

Discurso terrorista y libertad de expresión. Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Almandoz c. España), por Mariona LLOBET ANGLÍ

La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso «Aturem el Parlament». Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio, por Francisco FERNÁNDEZ PERALES

«¿A qué hora? y ¿dónde? [...]». Sobre la anticipación de las barreras de punición en el delito de cohecho. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021, por Roberto CRUZ PALMERA

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Discurso terrorista y libertad de expresión

Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (*Erkizia Almandoz c. España*)

Mariona Llobet Anglí
Universidad Pompeu Fabra
mariona.llobet@upf.edu

1. Introducción: tuiteros, cantantes y humoristas frente al art. 578 CP

«Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo», la famosa frase que se atribuye a Voltaire, aunque él jamás pronunció¹, se encuentra en grave crisis en la jurisprudencia española. Los números hablan por sí solos: un informe de Amnistía Internacional de 2018² cifra en 3 las personas condenadas por el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (art. 578 CP) en 2011, momento del anuncio del cese de violencia por parte de ETA, y en alrededor de 70 en los dos años anteriores al informe (2016/2017)³. Por su parte, tomando como referencia el CENDOJ⁴, si entre 2004 y 2011, cuando la banda aún cometía atentados, hubo 33 sentencias por este delito, en los siete años siguientes (2012/2018) hubo 121, casi cuatro veces más, de las que 83 fueron condenatorias.

Además, es necesario hacer otras dos consideraciones: por un lado, aunque esta figura sirve para condenar a sujetos simpatizantes de organizaciones y grupos terroristas, activos o no, básicamente, ETA y el terrorismo islámico⁵, se está usando, sobre todo, para perseguir a cantantes -en especial, raperos-, titiriteros, actores, tuiteros y humoristas. Y, por el otro, hay absoluta inseguridad en cuanto a su aplicación. Así, por ejemplo, el caso de César Strawberry ha terminado con la concesión del amparo, por vulneración de la libertad de

¹ En realidad, su autora es Evelyn Beatrice Hall estudiosa de la vida y obra de Voltaire y autora de una importante biografía titulada *Los amigos de Voltaire (The Friends of Voltaire)* publicada en 1906.

² Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-ley-antiterrorista-utilizada-para-aplastar-la-satira-y-la-expresion-creativa-online/>; última fecha de visita 27-11-2021.

³ Precisamente, entre 2014 y 2016, se produjeron numerosas detenciones bajo el paraguas de operaciones policiales producto de investigaciones en la red social *Twitter*, denominadas por el Ministerio del Interior como «Operaciones Araña». Fruto de cuatro de estas operaciones se detuvieron a 73 personas, enjuiciadas por la AN (competente para ello, en virtud del art. 65.7 LOPJ y la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁴ Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (cfr. el estudio en: https://www.eldiario.es/politica/enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-eta_1_2166124.html; última fecha de visita 16-9-2021).

⁵ Aunque, recientemente, ha habido una causa en el ámbito del independentismo gallego. En diciembre de 2020 se ha terminado absolviendo a doce acusados por enaltecer a *Resistencia Galega* (organización considerada terrorista) desde *Causa Galiza* -partido político- y *Ceivar* -organismo popular- (SAN 23/2020, de 22 de diciembre [ECLI:AN:2020:4319]).

expresión, después de ser absuelto por la AN y condenado por el TS por unos tuits⁶. No obstante, otros imputados han seguido otros derroteros, bien frente a la justicia ordinaria, bien frente al TC. Cassandra Vera, al contrario que Strawberry, fue condenada por la AN y absuelta por el TS, por la publicación, de nuevo, de trece tuits⁷. Por su parte, ante el TC, también han llegado los recursos de los (ahora famosos) condenados en doble instancia Valtonyc⁸ y Pablo Hasél⁹ por las letras de sus canciones y/o tuits, pero han corrido peor suerte, al haberseles denegado el amparo -aunque, en todas las instancias, abundan los votos particulares-.

La proliferación de enjuiciamientos que deja el panorama expuesto ha alarmado, incluso, tanto a algunos miembros de la judicatura¹⁰, como a algunas víctimas del terrorismo, que han expresado públicamente su rechazo ante tal retroceso de la libertad de expresión¹¹, y, especialmente, a buena parte de la comunidad académica¹². Y, en lo que aquí interesa, este rechazo a una interpretación demasiado amplia de los delitos de opinión en torno al terrorismo también ha sido manifestada por el TEDH en su reciente Sentencia de 22 de junio de 2021 en el caso *Erkizia Almandoz c. España*. En ella, el Alto Tribunal condena a España por haber vulnerado la libertad de expresión del recurrente, quien, por participar en un acto homenaje de un antiguo dirigente de ETA, fue hallado culpable de enaltecer el terrorismo. Antes de entrar en el contenido de esta sentencia, no obstante, hay que contextualizar, en primer lugar, el marco normativo en el que se inserta esta figura delictiva, así como la discusión sobre su legitimidad (apartado 1), y,

⁶ Véase SAN 20/2016, de 18 de julio (ECLI:AN:2016:2767); STS 4/2017, Penal, de 18 de enero (ECLI:TS:2017:31); STC (Pleno) 35/2020, de 25 de febrero (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020).

⁷ Véase SAN 9/2017, de 29 de marzo (ECLI:AN:2017:514); STS 95/2018, Penal, de 26 de febrero (ECLI:TS:2018:493).

⁸ Por las letras de canciones publicadas en internet, la STS 79/2018, Penal, de 15 de febrero (ECLI:TS:2018:397), confirma la condena de tres años y medio de cárcel dictada por la AN (SAN 4/2017, de 21 de febrero [ECLI:AN:2017:494]) por enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas y, también, por injurias a la Corona y amenazas no condicionales, y el TC no admite a trámite su recurso de amparo (Providencia 1242/2018, de 19 de abril).

⁹ En este caso se acumulan dos causas. En la primera, se le condena, sobre la letra de algunas de sus canciones, por delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo a la pena de dos años de prisión (SAN 8/2014, de 31 de marzo (ECLI:AN:2014:1319), confirmada por la STS 106/2015, Penal, de 19 de febrero (ECLI:TS:2015:748), aunque la privación de libertad queda suspendida). En la segunda causa, sobre la base de unos tuits, condena la SAN 3/2018, de 2 de marzo (ECLI:AN:2018:27), en virtud, de nuevo, del art. 578 CP, a la pena de 9 meses de prisión (tras recurrir, ante la Sala de Apelaciones de la AN, la pena de dos años impuesta inicialmente) y, también, por los delitos de injurias a la Corona y a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado a las correspondientes penas de multa. En este caso, confirma el fallo condenatorio la STS 135/2020, Penal, de 7 de mayo (ECLI:TS:2020:1298), e inadmite a trámite el recurso de amparo la resolución del TC de 23 de noviembre de 2020 (sobre la segunda causa, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El segundo ‘caso Pablo Hasél’», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, [20], 2021, pp. 393-414).

¹⁰ Cfr. la crítica de las asociaciones Jueces para la Democracia (JpD) y la Unión Progresista de Fiscales (UpF) de alguna condena y sobre que los delitos de expresión supongan un tercio de los casos de terrorismo de la AN (cfr. <https://heraldodiariodesoria.elmundo.es/articulo/cultura/division-jueces-fiscales/20170128183808248668.html>; última fecha de visita 16-9-2021).

¹¹ Así, Irene Villa, respecto a chistes y tuits sobre ella, quien manifestó que ‘no la ofenden’ (véase <https://www.abc.es/madrid/20150615/abci-entrevista-irene-villa-201506142128.html>; última fecha de visita 16-9-2021); y la nieta de Carrero Blanco quien afirmó, en una carta, ser ‘un disparate’ pedir cárcel por tuits sobre su abuelo (disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/carrero-sintoma_129_3595781.html; última fecha de visita 16-9-2021).

¹² Por ejemplo, en 2017, un grupo de más de 200 profesores universitarios de Derecho penal firmaron un manifiesto escrito por el catedrático de la UC3, Jacobo Dopico Aller, alarmados ante las interpretaciones que proponen pasar a considerar delictivas las sátiras de humor negro sobre la muerte de Carrero Blanco (cfr. el manifiesto en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/carrero-sintoma_129_3595781.html; última fecha de visita 16-9-2000).

en segundo lugar, describir la doctrina sentada tanto por el TEDH como por el TC español sobre los límites de la libertad de expresión respecto del *discurso del odio* (apartado 2). Una vez establecidos estos presupuestos legales y jurisprudenciales se narrará, en tercer lugar, el periplo judicial del caso *Erkizia* y los argumentos que han llevado al TEDH a fallar en su favor (apartado 3). Finalmente (apartado 4), se realizarán algunas consideraciones descriptivas y valorativas sobre el actual panorama político-criminal y judicial respecto de los delitos de opinión que se divisa en España. Por tanto, este comentario, más que de una concreta sentencia, lo es *a su luz*.

2. Contextualización normativa entorno al art. 578 CP: evolución, alcance y legitimidad

Actualmente, el denominado *discurso del terrorismo*¹⁵ se encuentra tipificado autónomamente en el art. 578 CP y castiga, con pena de prisión de uno a tres años y multa: «el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos [de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Así, sobre este precepto, son destacables tres aspectos: uno, su historia y evolución; dos, su alcance típico; y, tres, la polémica sobre su legitimidad.

Como es sabido, el Código Penal de 1995 regula, en su art. 18.1.II, la tradicional figura de la apología, esto es, la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Sin embargo, la configura como una modalidad de provocación exigiendo que, para ser punible, tiene que constituir una incitación directa a la comisión de un delito. Por esta razón, la LO 7/2000¹⁴ reintrodujo¹⁵ un delito autónomo en la parte especial que castiga el apoyo ideológico o la solidaridad moral en torno al terrorismo. En concreto, tres son las conductas típicas: primero, enaltecer los crímenes terroristas o sus autores, segundo, justificarlos, o, tercero, humillar a las víctimas¹⁶. Así, pues, se castiga la expresión de ideas favorables a los delitos de terrorismo y a quienes los ejecutan, esto es, se criminaliza la verbalización de aquel pensamiento que exalta, justifica o, incluso, simpatiza, trivializa, minimiza o se jacta de la violencia como medio de lucha política. Además, en consonancia con la política criminal expansiva en esta materia, dicho precepto vivió una importante reforma en el año 2015¹⁷, que amplió su alcance típico y la sanción impuesta tanto del tipo básico, como de dos nuevas modalidades agravadas: a saber, cuando los hechos se cometan a través de las TIC, o cuando

¹³ Cfr. CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019, *passim*, pp. 107 ss.

¹⁴ De 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹⁵ Cfr. el art. 268 CP de 1973.

¹⁶ De aquí que, como pone de relieve la doctrina, el art. 578 CP mezcla dos modalidades delictivas muy distintas: enaltecer o justificar el terrorismo, por un lado, y humillar a sus víctimas, por el otro (*vid.* BERNAL DEL CASTILLO, «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’», *RDPC*, [16], 2016, pp. 18 y 27 ss.; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, p. 34, nota 27; CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas ‘más allá de la provocación y la injuria’», en ALONSO RIMO *et al.* [dirs.], *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343; MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 36).

¹⁷ LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública. Así, en la actualidad, la pena puede alcanzar los tres o los cuatro años y medio de prisión, respectivamente.

Sentado lo anterior, es fácil divisar que el principal problema es su fricción con la libertad de expresión, tanto en su manifestación de libertad individual básica, como en su configuración de elemento conformador de nuestro sistema político democrático¹⁸. De aquí que se hayan alzado voces que consideren que se trata de un delito inconstitucional¹⁹. No obstante, lo cierto es que la Directiva 2017/541²⁰ avala, expresamente, la tipificación de la apología en su art. 5, cuando pueda incitar no solo directa, sino también indirectamente, a la comisión de delitos de terrorismo. Lo que ocurre es que, para evitar su aplicación autoritaria, establece unos límites en los siguientes términos: «La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas delicadas queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva y, en especial, de la definición de provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo» (considerando 40). Por ello, solo deben tipificarse las conductas que conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas y, en cada caso concreto, al examinar si aquel se ha materializado, «se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto», y «la importancia y verosimilitud del riesgo» (considerando 10). Así, para proteger la libertad de expresión, rige el estándar según el cual sólo se puede castigar por delitos de *inflammatory speech* cuando las conductas sean idóneas para mover a terceras personas a la comisión de delitos, pero no por su mero «contenido irritante o escandaloso»²¹.

En consecuencia, tanto en su tipificación como en su aplicación al caso concreto, hay que determinar los límites tolerables del castigo penal respecto del *discurso terrorista*, esto es, qué conductas quedan amparadas por la libertad de expresión y cuáles han de reputarse delictivas. De aquí que el TEDH haya elaborado una doctrina sobre las injerencias legítimas de un estado a la hora de limitar aquella libertad ante el denominado *discurso del odio*, en la que se integra el *discurso terrorista*²². Doctrina a la que, en teoría, el TC dice adherirse, aunque, «del dicho al hecho

¹⁸ La STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), establece que «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». Sobre el carácter institucional de la libertad de expresión *vid.*, también, la STC 177/2015, de 22 de julio, y ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14-02), 2012, pp. 10 ss.; y, respecto a la sobrelimitación de la libertad de expresión política, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, (36), 2017, pp. 125 ss.

¹⁹ Cfr. LLOBET ANGLÍ, «¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido», en MASFERRER (ed.), *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 545-592; BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, (16), 2016, p. 16.

²⁰ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Eunomía*, (20), 2021, p. 400.

²² Tanto la jurisprudencia europea como la española y, también, parte de la doctrina (muy especialmente, BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, [16], 2016, pp. 17 ss.) integran el *discurso terrorista* (especie) en el *discurso del odio* (género) -véase un detallado análisis sobre esta cuestión en CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, *passim*. Así, el marco de este discurso, aplicado inicialmente a los delitos de provocación al odio y la discriminación y a la justificación del genocidio, se ha trasladado progresivamente a la apología del terrorismo.

va mucho trecho», como demuestra el reciente fallo condenando a España en el caso *Erkizia*, y como ya manifestó el Magistrado Andrés Ollero Tassara en su voto particular a la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en el caso de los ultrajes a la bandera española. Como pone de relieve, él era el ponente inicial de la Sentencia, pero fue sustituido al no contar su borrador con el apoyo de la mayoría. Sin embargo, el nuevo magistrado ponente mantuvo los iniciales fundamentos 3 y 4, reproduciéndolos literalmente con los números 4 y 3. En concreto, declara su *copyright* sobre 273 líneas del segundo borrador, a las que se añadieron las 175 del nuevo fundamento jurídico 5, destinado a respaldar el fallo denegatorio de amparo. Por ello denuncia que «las mismas premisas sirvieron pues para argumentar un fallo contrario; nada novedoso, en lo que a argumentación jurídica se refiere». A continuación, pues, se describirá la doctrina europea y constitucional sobre los límites de la libertad de expresión en el concreto ámbito del *discurso terrorista*, para, después, pasar a comentar la reciente STEDH del caso *Erkizia Amador c. España*, así como sus antecedentes.

3. Libertad de expresión y apología del terrorismo: doctrina del TEDH y del TC

Es doctrina sentada por el TEDH que la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH) no es ilimitada y que, entre otras excepciones, no ampara el *discurso del odio*²³. Este discurso, que tiene múltiples facetas, contempla como a uno de sus principales referentes al *discurso terrorista*²⁴. Por ello, en este ámbito, se califica de *discurso del odio*, la alabanza o la justificación de acciones terroristas o de sus autores²⁵, siempre que pueda inferirse que suponen un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito. Desde esta perspectiva, su castigo se considera una medida necesaria («necesidad social apremiante o imperiosa»), para lograr unos fines legítimos y, como consecuencia, tales manifestaciones no pueden incluirse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica²⁶. Para tal ponderación, además, resultan relevantes aspectos como: el mayor o menor impacto de difusión pública²⁷; las circunstancias personales de quien realiza la conducta;²⁸ su coincidencia en el tiempo con actos terroristas²⁹ o la acreditación de un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia³⁰; o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos

²³ Ante todo, *vid.* las limitaciones establecidas ya en el propio apartado 2º del art. 10 CEDH, así como en su art. 17.

²⁴ Como indican la STC (Sala) 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016), y la STC (Pleno) 35/2020, de 26 de marzo (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020): «las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

²⁵ Como ejemplos de casos de respaldo de la propia actividad *vid.* SSTEDH de 16 de marzo de 2000, caso *Özgür Gündem c. Turquía*; 7 de febrero de 2006, caso *Halis Dogan c. Turquía*; 7 de marzo de 2006, caso *Hocaoğullari c. Turquía*. Y, como supuestos de reconocimiento de sus autores: SSTEDH de 28 de septiembre de 1999, asunto *Öztürk c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁶ *Vid.* SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek and Ozdemir c. Turquía*; 4 de diciembre de 2003, caso *Gündüz c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁷ SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso *Gerger c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁸ SSTEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*; 1 de febrero de 2011, caso *Faruk Temel c. Turquía*; 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España*; Decisión de 20 de enero de 2000, caso *Hogefeld c. Alemania*.

²⁹ SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, caso *Zana c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

³⁰ STEDH de 28 de septiembre de 1999, caso *Öztürk c. Turquía*.

contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos³¹.

Sin embargo, esta doctrina genera muchas dudas sobre su aplicación al caso concreto, es decir, en cuanto a su subsunción en un supuesto de hecho específico³². Sin ir más lejos, el TC la sigue formalmente en el caso *Erkizia* (Sentencia 112/2016)³³, pero, curiosamente (o no, como acaba de indicarse), deniega el amparo³⁴. Según indica, «la sanción penal de las conductas apologéticas supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Por tanto, la labor de control de constitucionalidad debe quedar limitada a verificar si en cada caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada (...) pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia»³⁵.

4. Recorrido judicial del caso *Erkizia*

4.1. Condena nacional

El 21 de diciembre de 2008, en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya), Erkizia Almandoz participó como principal orador en un acto destinado a rendir homenaje a un antiguo dirigente de la organización terrorista ETA, José Miguel Bergarán Ordeñana, alias «Argala». Durante su celebración, en la que actuaron bailarines (*dantzaris*) y donde figuraba una gran fotografía suya, así como las de otros miembros encapuchados de la banda, y de presos, el futuro demandante, político vasco independentista, se dirigió al público y les pidió: «una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático», terminando con los gritos «*Gora Euskal Herria askatuta*», «*Gora Euskal Herria euskalduna*» y «*Gora Argala*» (¡Viva *Euskal Herria* libre! ¡Viva *Euskal Herria* vasca! ¡Viva Argala!). Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala. Por último, el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que se mencionaba lo siguiente: «La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a

³¹ SSTEDH de 11 de diciembre de 2007, caso *Karakoyun y Taran c. Turquía*; 21 de febrero de 2008, caso *Yalciner c. Turquía*.

³² Ya, en este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, (16), p. 24.

³³ También en el caso «*Strawberry*» (STC [Pleno] 35/2020, de 26 de marzo [BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020]). Se sigue lo establecido en la STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015), sobre el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia.

³⁴ En este sentido véase el voto particular formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. A su juicio, una profundización de la doctrina constitucional aplicable al caso, que comparte con la mayoría, hubiera debido llevar a concluir que no concurrían «los elementos que hacen que la sanción impuesta sea necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión». En concreto, considera que deberían haberse analizado en mayor medida el impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realiza la conducta citando jurisprudencia del TEDH y el contexto de violencia en el que se realizó el acto.

³⁵ Cursiva añadida. En definitiva, pues, no pueden ser delictivas expresiones que no generen riesgo de incitar a nuevos delitos.

consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar».

Por su discurso, la AN (Sentencia 24/2011, de 3 de mayo) le condenó como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) a la pena de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta³⁶. Ante tal fallo presentó recurso de casación ante el TS, alegando, entre otros motivos, la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a CE), el cual fue desestimado mediante Sentencia 180/2012, de 14 de marzo, con un voto particular discrepante. Finalmente, acudió a la jurisdicción constitucional y recurrió en amparo su condena por vulneración de los mismos derechos, lo que fue también desestimado por la Sentencia 112/2016³⁷, y que también cuenta con un voto particular en contra, como se ha indicado.

A juicio del TC, fue una manifestación del *discurso del odio*, al estar presentes todos los requisitos necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia; manifestado a través de un nacionalismo agresivo; y con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Además, hubo una instigación a la violencia, pues, siguiendo la doctrina sentada por el TEDH³⁸, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo». Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta perspectiva, la acción realizada por el demandante creó «un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social». Por ello concluye que es incuestionable, para un espectador objetivo, «que la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

4.2. Varapalo europeo

Ante tal resolución, como última instancia, el condenado presentó un recurso ante el TEDH sosteniendo que los tribunales españoles habían vulnerado su derecho a la libertad de expresión, de conformidad con el art. 10 CEDH, dado que con su discurso no apelaba a la comisión de actos violentos. En consecuencia, la pena impuesta constituía un castigo que no respondía a una necesidad imperiosa de castigo en el marco de una sociedad democrática, enfatizando el contexto en que se produjeron sus declaraciones: un momento en el que el movimiento independentista vasco debatía sobre el uso de medios pacíficos para conseguir sus objetivos políticos. En cambio, el Gobierno argumentó que las palabras del demandante suponían una incitación al odio mediante la lucha terrorista en una sociedad democrática, al ser claramente entendidas por los miembros de ETA como un apoyo a la actividad terrorista. Por ello, consideró que la injerencia en la libertad de expresión estaba fundada en las causas que permite el art. 10.2 del Convenio y era proporcional, pues no se impuso una privación efectiva de libertad, sino solo la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

³⁶ Cfr., también, el actual art. 579 bis 1 CP (art. 579.2 en el momento de comisión de los hechos).

³⁷ Sobre ella, ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio y los límites a la libertad de expresión: de la zona intermedia a los estándares internacionales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 255-273.

³⁸ Sentencia de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*.

No obstante, el TEDH, partiendo de su función -esto es, determinar si el castigo fue necesario y proporcional al fin legítimo perseguido (básicamente, la protección del orden público o la prevención de delitos) y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarlo se presentaron como pertinentes y suficientes- considera que no resulta probada la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista. A su juicio, el discurso del demandante parecía, más bien, abogar por una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda *abertzale*. Por ello, concluye que la injerencia de las autoridades en el derecho a la libertad de expresión no puede calificarse de «*necesaria en una sociedad democrática*» y falla que se ha vulnerado el art. 10 CEDH (libertad de expresión), atendiendo a una serie de factores -que pivotan, básicamente, alrededor del contexto del caso, elemento que considera esencial-, y que sistematiza del siguiente modo: (i) el *contexto* político y social en el que se vertieron los comentarios; (ii) la cuestión de si las palabras, correctamente interpretadas y apreciadas en su *contexto* inmediato o más general, pueden ser consideradas un llamamiento directo o indirecto a la violencia, al odio o a la intolerancia; (iii) la forma en que se formularon las observaciones, y su capacidad, directa o indirecta, de dañar (en ese contexto).

Sentado lo anterior, pues, el Tribunal analiza estas pautas en relación con el caso enjuiciado. Así, aunque parte de que los comentarios del demandante sobre la integridad territorial en España eran de interés general en el contexto social español y, en particular, en el del País Vasco, también indica que ello no implica que el derecho a la libertad de expresión en este ámbito sea ilimitado. En concreto, se debe determinar si el discurso pronunciado fue manifestación del *discurso del odio*, lo que, a su juicio, no concurre, partiendo de los citados criterios:

1) preexistía un contexto político y social tenso; 2) el alegato, leído en su conjunto, no fomentaba el uso de la violencia o la resistencia armada, ni directa ni indirectamente. De hecho, el solicitante expresó explícitamente que era necesario elegir el camino más adecuado para conducir al pueblo hacia un escenario democrático. Así, a pesar de que algunas de las expresiones utilizadas podrían considerarse ambiguas, no se puede llegar a la conclusión de que tuvo la intención de incitar a la violencia, mediante la justificación y el elogio del terrorismo. El Tribunal observa, en particular, que el demandante no fue ni el organizador del evento ni el responsable de la proyección de fotografías de miembros encapuchados de ETA, por lo que su participación en el acto no puede ser considerada, en sí misma, como una llamada para el uso de la violencia o como constitutiva de *discurso del odio*; 3) las declaraciones fueron vertidas oralmente en el contexto de un evento que reunió a partidarios del movimiento separatista del País Vasco. Por ello, concluye que, por la forma en que las palabras fueron expresadas, no tuvieron una aptitud particular para dañar.

Por el contrario, uno de los votos particulares³⁹, el del juez Dedov, considera que no hubo violación del art. 10. A su juicio, en lo que respecta al contexto del medio de expresión como uno de los criterios para determinar si la injerencia era necesaria para combatir el enaltecimiento del terrorismo, hubiera debido prestarse atención a diversos símbolos asociados al evento (como el retrato de un líder de ETA). En el momento del acto, el demandante pronunció un discurso rodeado de estos símbolos, que, pese a no ser una pieza clave en la organización y planificación de este evento, fue fundamental para la realización de toda la idea que lo rodeó.

³⁹ La Sentencia cuenta con dos votos particulares. Sin embargo, el otro, firmado por el juez Lemmens, señala estar de acuerdo con la conclusión de la mayoría. A su juicio, el problema en este caso no son sólo las decisiones de los tribunales nacionales, sino también la base legal de la condena, es decir, el art. 578 CP. Considera que sería mejor abandonar el ambiguo término 'justificación', o, al menos, utilizarlo sólo después de aclarar su alcance.

4.3. Algunas observaciones críticas: argumentación que no da de pleno en la diana

Descrita la argumentación del TEDH, ¿es esta congruente, clara y suficiente? Pues bien, a mi juicio no, o, al menos, no suficientemente, aunque se comparte el fallo. Dejando de lado cierta circularidad⁴⁰ y referencias sin incidencia en el caso⁴¹, se observa que los aspectos clave para fallar a favor del demandante son: por un lado, el propio *contenido* de la opinión vertida (no hubo incitación a la violencia) y, por el otro, el *modo* en que se realizaron, que incluye la *forma* (oralmente) y el *lugar* (ante una concurrencia de personas de la misma ideología), por lo que eran *ex ante* inidóneas para inducir a la violencia.

Así, en primer lugar, faltando lo primero, lo segundo debería servir a mayor abundamiento. En consecuencia, aunque se hubiera retransmitido el acto a través de otro medio de mayor difusión (TV, internet, etc.), la conclusión debería haber sido la misma: del propio contenido de las expresiones realizadas no se vislumbraba un llamamiento a la violencia. Punto. Y, en segundo lugar, parece inferirse que otras conductas apologetas, como organizar actos conmemorativos de terroristas o mostrar sus fotos, en las mismas circunstancias (poca trascendencia pública más allá de quienes comparten la misma visión), podrían ser consideradas manifestaciones del *discurso del odio*. Obsérvese que el Tribunal hace hincapié en que Erkizia no organizó el acto ni proyectó fotografías de etarras (y el voto particular menciona que estas circunstancias, que rodearon el evento, deberían haberse valorado para fallar en sentido contrario).

Por tanto, se colige que, de haberlo hecho, las cosas podrían haber sido distintas⁴². Sin embargo, es igualmente discutible que tales conductas resulten idóneas para fomentar la situación de violencia terrorista, sobre todo, cuando los asistentes pertenecen al mismo colectivo ideológico. Son actos (simbólico-comunicativos) de reafirmación interna. Pero, sin ellos, los que ya están dentro siguen firmes en sus postulados, y los que no lo están ratifican la importancia de seguir luchando contra el terrorismo (y sus simpatizantes). No incrementan, en definitiva, el riesgo de acciones terroristas, por lo que no se insertan en el *discurso del odio*. Y, para muestra, aunque tales conductas han sido constitutivas de delito la mayor parte del periodo activo de ETA (se destipificaron, solo, entre 1995 y 2000) la comisión de atentados no incrementó o disminuyó en función de ello. Por tanto, no se constata un efecto perjudicial sobre la prevención del terrorismo⁴³ que legitime el castigo, al menos, de meros actos conmemorativos de sus figuras representativas.

⁴⁰ Cfr., especialmente, los párrafos 43 y ss., en los que se dice que se ha de tomar en cuenta el interés general, atendiendo al contexto social, aunque ello no implica que la libertad de expresión sea ilimitada, pues el *discurso del odio* no puede tolerarse en ningún caso, y, para saber si concurre tal discurso, ha de tomarse en cuenta el contexto social; y el párrafo 50 que reitera que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta al apreciar la proporcionalidad de la injerencia y que la pena de prisión sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, como en el caso, por ejemplo, de la difusión de discursos de odio o de incitación a la violencia. Por tanto, en este caso, el problema no era la naturaleza de la sanción sino, simplemente, que las expresiones no fueron manifestación del *discurso del odio*.

⁴¹ Cfr. el párrafo 42, que incide sobre las características personales del demandante: persona importante en el panorama político, pero que en el momento de los hechos ejerció como particular, que no se vuelve a mencionar.

⁴² Aunque llama la atención que nadie más fuera imputado: ningún organizador o colaborador del acto. También lo pone de relieve el voto particular del caso a la STC.

⁴³ En este sentido, cfr. la STEDH de 28 de septiembre de 1999, *caso Östürk c. Turquía*, en el que el Tribunal no se convence del efecto perjudicial que el contenido de un libro podría haber tenido sobre la prevención del desorden y del delito en Turquía.

5. Conclusiones: la protección de los sentimientos y la inconstitucionalidad del tipo básico del art. 578 CP

Para terminar este comentario a la luz de la STEDH referida es necesario hacer dos consideraciones: la primera, político-criminal; la segunda, constitucional. Respecto a la primera, como es sabido, con la llegada del nuevo milenio, se describió un cambio de paradigma en el Derecho penal, denominado de la seguridad, en contraposición al paradigma de la libertad, que había caracterizado al Derecho penal de finales de siglo pasado⁴⁴. No obstante, por un lado, en la actualidad, este paradigma de la seguridad no se ha abandonado, ni mucho menos. De hecho, sigue prosperando, en especial, en materia de crimen organizado y terrorismo⁴⁵. Pero, además, por el otro lado -y en lo que aquí interesa-, se le han yuxtapuesto, paulatinamente, otros paradigmas, que están conllevando una expansión del Derecho penal hasta límites insoportables e insospechados, siendo, uno de ellos, el paradigma de los sentimientos⁴⁶.

Ciertamente, sobre la legitimidad de su protección, la doctrina le ha prestado atención en los últimos tiempos⁴⁷, convirtiéndose en un aspecto muy relevante de la política criminal moderna⁴⁸. Así, aunque no procede aquí un análisis valorativo y general sobre la justificación de su castigo, sí se pretende realizar una mera consideración descriptiva concreta, a saber: lo que, en relación al art. 578 CP, los tribunales españoles esconden bajo el paradigma de la seguridad encaja, en realidad, en el de los sentimientos⁴⁹. La persecución de conductas como las expuestas no se explica desde una perspectiva prospectiva, esto es, como acto preparatorio de futuros delitos, por mucho que la jurisprudencia se esfuerce en disfrazarlo bajo este paraguas. Por el contrario, la perspectiva es retrospectiva⁵⁰: los atentados terroristas sufridos en los últimos 50 años han

⁴⁴ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, *passim*.

⁴⁵ Cfr. los preámbulos de las últimas tres reformas en materia de criminalidad organizada y terrorismo (LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; LO 2/2015, de 30 de marzo; y la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional).

⁴⁶ El otro sería el paradigma del género. Asimismo, tal expansión se produce desde dos frentes: el legislativo (o de creación de derecho) y el jurisprudencial (o aplicativo), auspiciado por el sentir de una buena parte de la población.

⁴⁷ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, «Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y Derecho penal», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 73 ss.; CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal», pp. 331 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El origen de las penas en Beccaria y su vigencia actual», en LÓPEZ GUERRA *et al.* (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en Homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 139-158; HÖRNLE, «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL *et al.* (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 383 ss.

⁴⁸ Cfr. la obra de FEINBERG, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1985, *passim*, para distinguir entre el daño a intereses y la ofensa a valores o sentimientos. Sobre su concepción y desarrollo posterior, MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *RECPC*, 17-23, 2015, pp. 13 ss.

⁴⁹ De la misma opinión, CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal» 2018, p. 344. Véase un análisis jurisprudencial evolutivo en GALÁN MUÑOZ, «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Vol. 9, (1), 2019, pp. 100 ss.; y, sobre el estado de la cuestión, ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), 2010, pp. 36 ss.; MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 37-38.

⁵⁰ Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 154, «la sanción de la apología no puede fundamentarse más que de tres modos: a) de modo retrospectivo, como comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido; b) de modo actual, como

causado, como no puede ser de otro modo, tanto dolor, que resulta insoportable su enaltecimiento, su justificación, e, incluso, su trivialización. Ese eco no puede ser tolerado y, en este sentido, es muy gráfica la STS 646/2018, de 14 de diciembre: «en materia de delitos de odio en relación con el terrorismo, ha de situarse el discurso típico en el especial sufrimiento de la sociedad española por los actos terroristas». De aquí que, en realidad, sea una ofensa a los sentimientos generales, esto es, a la moral colectiva⁵¹. De hecho, esta era su orientación inicial: como indica la exposición de motivos de la LO 7/2003, las conductas de enaltecimiento y justificación del terrorismo merecen un claro reproche penal porque «*producen perplejidad e indignación en la sociedad*» -pero no para evitar la comisión de nuevos atentados-.

Y, a mayor abundamiento, de aquí que, por un lado, la otra modalidad típica sea la humillación de las víctimas del terrorismo, lo que no tiene nada que ver con la provocación indirecta a la comisión de delitos, como llega a reconocer la propia jurisprudencia⁵²; y, por el otro, que tanto el art. 170.2 CP⁵³, como el art. 579 CP tipifiquen, expresamente, distintas modalidades de reclamaciones públicas o de difusión de consignas que induzcan a la comisión de delitos, esto es, de incitaciones *sui generis*. En definitiva, tanto una interpretación sistemática como teleológica indican que el objeto de tutela no es la seguridad. Basta echar un ojo a la realidad para comprobar que las pretendidas interpretaciones basadas en los principios de favor *libertatis*⁵⁴, *breathing space*⁵⁵ o *chilling effect*⁵⁶ palidecen, precisamente, porque la verdadera concepción del bien jurídico acogida tiene que ver con los sentimientos. Y, es que, ¿cuántos casos existen en los tribunales de apología del terrorismo islámico y cuántos del extinto terrorismo de ETA (o de otras organizaciones, como el GRAPO)⁵⁷?

Y, precisamente, conectada con esta idea, surge el segundo problema anunciado, sobre la constitucionalidad del precepto. Si la legitimidad del castigo de la apología del terrorismo es la persecución del *discurso del odio*, la modalidad básica del art. 578 CP habría de reputarse inconstitucional. A saber, el propio TC, aunque no lo dice expresamente, realiza, en el caso *Erkizia* -y sigue en el caso *Strawberry*-, una sentencia interpretativa⁵⁸, según la cual sólo es

comportamiento que en sí mismo supone una negación simbólica de la norma vulnerada, al reafirmar el delito; c) de modo prospectivo, como acto preparatorio de futuros delitos».

⁵¹ MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, p. 38.

⁵² «La libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación» (STS 623/2016, Penal, de 13 de julio [ECLI:TS:2016:3113]), aunque, en la jurisprudencia del TS, hay sentencias que hacen referencia a ese necesario elemento incitador también en esta modalidad (STS 95/2018, Penal, de 26 de febrero [ECLI:TS:2018:493]); y, el TC, en su Sentencia (Pleno) 35/2020, de 26 de marzo (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020, reitera la naturaleza de *discurso del odio* en las dos variantes del art. 578 CP. Sin embargo, otra corriente jurisprudencial niega la necesidad de verificar el elemento tendencial y de concreción del riesgo en el tipo de humillación (SSTS 646/2018, Penal, de 14 de diciembre [ECLI:TS:2018:4133], con ulteriores referencias, y 291/2020, Penal, de 10 de junio [ECLI:TS:2020:1913], que, posterior al fallo del TC, se conforma con un riesgo abstracto). En definitiva, «ni sí, ni no, sino todo lo contrario».

⁵³ Véase ALONSO RIMO, *RDPC*, (4), 2010, pp. 72 ss., aunque este autor intenta arreglar el entuerto.

⁵⁴ STS 106/2015, Penal, de 19 de febrero (ECLI:TS:2015:748).

⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Eunomía*, (20), 2021, p. 412.

⁵⁶ Cfr. COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, pp. 97-116.

⁵⁷ Si se echa un ojo a los materiales de la web *libex*, en el ámbito del art. 578 CP se verá cuantos casos (relevantes) hay de lo uno y de lo otro (<https://libex.es/enaltecimiento-del-terrorismo/>).

⁵⁸ Cfr. el voto particular a la STC (Sala) 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016): «Tal contundencia espero que sea correctamente interpretada por los operadores jurídicos en el sentido de que este

compatible el castigo penal con el derecho a la libertad de expresión cuando las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores generen una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.⁵⁹ Sin embargo, tal contenido de injusto se halla inserto en la modalidad agravada del apartado 3º, que incrementa la pena, justamente, «cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de seguridad o temor en la sociedad o parte de ella», es decir, cuando generen un miedo colectivo por la posible comisión de hechos de la misma naturaleza que los ensalzados o justificados.⁶⁰ Por tanto, el bien jurídico protegido en el tipo básico, se reitera otra vez, está vinculado con los sentimientos generales, no con el *discurso del odio*. Esto ocurre en el subtipo mencionado. La *vis atractiva* del *discurso del odio* al *discurso terrorista*, en consecuencia, debiera tener dos efectos: en el plano de *lege ferenda*, determinar la inconstitucionalidad del tipo básico del art. 578 CP, y, mientras, en el de *lege lata*, perseguir, pero de verdad, las conductas que alentasen, en último extremo, a la violencia (lo que, por suerte, no parece vislumbrarse respecto del terrorismo de ETA).

pronunciamiento constitucional implica una suerte de sentencia interpretativa en relación con el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo», así como la posterior STC 35/2020.

⁵⁹ STC (Pleno) 35/2020, de 25 de febrero (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020): «Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del *discurso del odio*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática (...)».

⁶⁰ De otra opinión, GALÁN MUÑOZ, *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Vol. 9, (1), 2019, p. 107 ss.

La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso «Aturem el Parlament»

Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio

Francisco Fernández Perales
Universidad Pompeu Fabra
francisco.fernandezp@upf.edu

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2021, de 24 de junio¹, ha desestimado los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo. Ésta había casado parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio, que había absuelto a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP por aplicación de la eximente del art. 20.7 CP, condenando únicamente a uno de los acusados por una falta de daños, manteniendo el Tribunal Supremo este último pronunciamiento en su sentencia revocatoria. Las tres sentencias se pronuncian sobre los límites del derecho de manifestación y sobre la relevancia jurídico-penal de las conductas que incurren en un exceso en su ejercicio, con lo que afloran los problemas que tiene la traslación de los criterios propios de la doctrina y jurisprudencia constitucionales al ámbito de la dogmática jurídico-penal.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados

El 15 de junio de 2011 estaba convocado el Pleno del Parlamento de Cataluña para, entre otras cosas, continuar con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos de la Generalitat para llevar a cabo el debate a la totalidad y votación de enmiendas. El referido proyecto de ley preveía una reducción del gasto público de un 10% respecto del año anterior², que afectaba, asimismo, a las cantidades dispuestas para gasto social³. El movimiento de protesta 15M había nacido un mes antes a raíz de las acciones de protesta llevadas a cabo, entre otros, por el colectivo «Democracia Real Ya!» como respuesta a las políticas de austeridad que se planteaban a escala global en un contexto desolador, con un aumento muy significativo de la tasa de desempleo (sobre todo del desempleo juvenil) y del riesgo de pobreza en España⁴. Con ocasión de la referida tramitación de

¹ Ponente Narváez Rodríguez.

² Preámbulo de la Ley 6/2011, de 27 de julio, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2011.

³ Art. 1 de la Ley 6/2011, de 27 de julio, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2011.

⁴ Una breve explicación sobre el origen y la posterior difusión del movimiento de protesta 15M, que tuvo una gran influencia en movimientos de protesta posteriores de similar envergadura como el movimiento Occupy Wall Street, en FLESHER FOMINAYA, «The Diffusion of Protest following the 2007-2008 Global Crash», *Brown Journal of World Affairs*, (26-1), 2019, pp. 62-66. Un análisis politológico del conjunto de acciones de protesta posteriores a la recesión económica, con especial consideración al movimiento 15M, en PORTOS, «Movilización social en

los presupuestos de la Generalitat en el Parlamento, organizaciones afines al movimiento 15M como «L'Acampada de Barcelona y las asociaciones de vecinos de la ciudad»⁵ convocaron una acción de protesta que tendría lugar en fecha 14 y 15 de junio de 2011, cuyo lema era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (Paremos al/el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)»⁶. Las referidas organizaciones informaron de la manifestación a la autoridad competente, que «no adoptó medida alguna»⁷ para regularla, y la publicitaron a través de diversos medios días antes de que tuviera lugar. Sus portavoces declararon «que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar»⁸.

En fecha 14 de junio de 2011 alrededor de mil personas se congregaron junto al *Parc de la Ciutadella* de Barcelona, a fin de preparar la manifestación convocada para el día siguiente frente al Parlamento de Cataluña, situado en el interior del parque. Al impedir la policía el acceso a éste y siendo que quedaba cerrado durante la noche, los manifestantes decidieron acampar en un lugar cercano. A la mañana siguiente, la policía desalojó «por la fuerza»⁹ a los manifestantes para asegurar el acceso a los parlamentarios a través de la única puerta que habían decidido dejar abierta, sin que se asegurara el acceso con medidas como el levantamiento de un cordón policial alrededor de la entrada. Desde la llegada de los diputados al parque de la Ciutadella sobre las 8.00 horas, se fueron sucediendo incidentes con los manifestantes, cuyo número ascendía a más de seiscientas personas. Los manifestantes impidieron el paso e increparon a varios de los diputados que pretendían acceder al Parlamento, llegando, en algunos casos, a derramar sobre ellos líquidos y a arrebatarles objetos de su propiedad. Asimismo, ocuparon la carretera y obstaculizaron la marcha de los vehículos oficiales que transportaban al Parlamento al presidente de la Generalitat, D. Artur Mas i Gavarró, y a otros diputados, tratando de abrir la puerta de alguno de dichos vehículos, dándole varios golpes e interponiendo en su camino «un cono de plástico de señalización»¹⁰. La mayoría de los hechos referidos, sin embargo, no pudieron atribuirse a ninguna de las concretas personas que participaron en la acción de protesta.

Los hechos que pudieron probarse son los siguientes¹¹: 1) D. José María Vázquez Moreno se acercó por detrás a la diputada del Partido Socialista Catalán D^a Montserrat Tura i Camafreita y «le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un espray, que ensuciaron también el bolso que llevaba en la bandolera»; 2) D. Francisco José Cobos García se situó frente a algunos parlamentarios, con los brazos en cruz, y siguió al diputado de Solidaritat Catalana D. Alfons López i Tena «con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión»; 3) D^a Ángela Bergillos Alguacil siguió, también, al diputado D. Alfons López i Tena «con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación», sin que conste que le empujara; 4) D. Jordi Raymond Parra confrontó a los diputados de Convergència i Unió D. Josep María Llop i Rigol y D. Jordi Turull i Negre y pidió a los demás manifestantes «que no les dejaran pasar, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda»; 4) D. Ciro Morales Rodríguez

tiempos de recesión: un análisis de eventos de protesta en España, 2007-2015», *Revista Española de Ciencia Política*, (41), pp. 159-178.

⁵ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁶ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁷ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁸ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

¹⁰ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

¹¹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

rodeó al diputado del Partido Socialista Catalán D. Ernest Maragall i Mira mientras coreaba «los lemas de la manifestación»; 5) D^a Olga Álvarez Juan, D. Rubén Molina Marín y D. Carlos Munter Domec se acercaron al diputado de Convergència i Unió D. Santi Vila i Vicente, recriminándole «las políticas de recortes de gasto público», diciéndole «que no les representaba», sin que conste que le agredieran o empujaran.

2.2. La justificación de la conducta en casos de exceso en el ejercicio del derecho de manifestación. La posición de la Audiencia Nacional

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP, en concurso ideal con un delito agravado de atentado de los art. 550 y 551.2 CP y una falta de daños del art. 625.1 CP. La acusación popular, ejercida por el sindicato Manos Limpias, también solicitó la condena de los acusados por un delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP. Las representaciones procesales de la Generalitat de Catalunya y del Parlament calificaron los hechos únicamente como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP, habiendo solicitado todas las acusaciones penas de prisión superiores al límite máximo que contempla el art. 80 CP para la suspensión de las penas privativas de libertad.

La sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su sentencia 31/2014, de 7 de julio, absolvió a todos los acusados salvo a D. José María Vázquez Moreno, a quien condenó como autor de una falta de daños del art. 625.1 CP¹². Antes de determinar si las conductas enjuiciadas son subsumibles en los tipos penales objeto de acusación, la Audiencia Nacional recuerda la reiterada jurisprudencia constitucional que establece que, para delimitar el ámbito de protección de un derecho fundamental no debe recurrirse a sus límites, sino a su contenido, establecido de acuerdo con la propia Constitución¹³. A tal fin, pues, la Audiencia Nacional repasa la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que configura el contenido esencial del derecho de reunión y manifestación. Ésta lo caracteriza como una «manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejercita mediante la asociación transitoria de personas, para la exposición e intercambio de ideas y opiniones, la defensa de intereses o la difusión de problemas y reivindicaciones»¹⁴. La Audiencia Nacional incide en la importancia del derecho de manifestación como «cauce del principio democrático participativo», lo que le hace merecedor de «especial atención y protección», y es que lo caracteriza como «una garantía de la democracia» y como «una de las formas de democracia directa»¹⁵. Asimismo, añade el tribunal que debe atenderse a que ciertos colectivos no disponen de medios para expresar públicamente sus ideas, por lo que el derecho de manifestación es su único recurso, especialmente en un contexto en el que el espacio público estaría, en palabras del tribunal, «controlado por los medios de comunicación», que están «en manos privadas» o son, algunos, «de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas»¹⁶. A la remoción de tales obstáculos para que las minorías puedan participar en la vida política, además, recuerda la Audiencia Nacional, se compromete a los poderes públicos

¹² La sentencia cuenta con un voto particular, formulado por el entonces magistrado de la Audiencia Nacional, D. Fernando Grande Marlaska Gómez, que consideró que la conducta de los acusados era típica y antijurídica, pudiendo haberse reducido la pena, a su juicio, con un indulto parcial al amparo del art. 4.3 CP, «evitando el ingreso en prisión de quienes no tuvieran antecedentes penales».

¹³ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁴ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁵ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁶ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

mediante el art. 9.2 CE. La Audiencia Nacional concluye, pues, que la protesta llevada a cabo por los manifestantes se «hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación»¹⁷. A su parecer, la protesta tenía como fin «la defensa de la Constitución y sus contenidos básicos», y se desarrolló de modo similar a la denominada «acción revocatoria de mandatos» a través de la confrontación entre los manifestantes y el destinatario de la protesta (modalidad de acción que denomina como «piquete»)¹⁸, que las autoridades permitieron al no negociar con los manifestantes un desarrollo distinto de aquélla.

A fin de analizar la antijuridicidad de la conducta enjuiciada, la Audiencia Nacional parte de una distinción básica. En un primer grupo estarían las conductas que entran en el ámbito objetivo del derecho fundamental, que el tribunal asevera que «no pueden considerarse típicas ni antijurídicas»¹⁹, destacando que la doctrina discutiría si esta circunstancia se erige en causa de atipicidad o de justificación, mientras que la jurisprudencia habría optado por aplicar el art. 20.7 CP. En otro grupo estarían las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho. En una zona intermedia estarían las conductas que incurren en un «exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque se encuentran relacionadas con su ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho»²⁰. En este caso, para considerar justificada la conducta, habría que acudir, según la Audiencia Nacional, a la doctrina del efecto desaliento. Estas conductas no serían, necesariamente, conformes a Derecho, sino que podrían ser «reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal»,²¹ y es que la Audiencia Nacional entiende que debe diferenciarse «el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal»²². Es en este último grupo donde parece incluir la Audiencia Nacional la conducta de los acusados, concluyendo que el principio de proporcionalidad, que fundamenta la doctrina del efecto desaliento, impide el recurso a la sanción penal. No obstante, no queda claro si la Audiencia Nacional acaba absolviendo por atipicidad o por concurrencia de la causa de justificación del art. 20.7 CP, por cuanto, finalmente, refiere que las conductas enjuiciadas «materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas»^{23/24}.

2.3. Revocación de la sentencia absolutoria y condena por el Tribunal Supremo. La necesaria ponderación de los derechos en conflicto

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y revocó la sentencia dictada por la Audiencia Nacional. Entendió el Alto Tribunal que la Audiencia Nacional había apoyado sus tesis en citas jurisprudenciales descontextualizadas, que le llevaban a otorgar una dimensión al derecho de reunión y manifestación que no le

¹⁷ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.1.

¹⁸ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.1.

¹⁹ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2.

²⁰ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2., en referencia a la STC (Sala) 104/2011, de 20 de junio (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2011), Fundamento Jurídico 6.

²¹ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2., en referencia al ATC 377/2004, de 7 de octubre, Fundamento jurídico 1.

²² SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2.

²³ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.3.

²⁴ Destacando la ambigüedad del pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el sentido indicado, véase GARCÍA AMADO, «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dir.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 199.

correspondía en el caso enjuiciado. Se le objeta a la Audiencia Nacional haber contemplado «la colisión entre principios y valores constitucionales» producida como «una patológica colisión»²⁵, en evidente (aunque no explícita) referencia a su afirmación sobre lo consustancial de cierto exceso en el ejercicio del derecho de manifestación²⁶. Si bien el Tribunal Supremo manifiesta estar de acuerdo con la necesidad de delimitar *in extenso* los derechos relativos a la libertad de expresión, entiende que, en este caso, debían ponderarse el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de participación política (23 CE). A su juicio, la acción de protesta habría afectado al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes escogidos, otra dimensión del derecho de participación, junto al derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. El ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión, expone el Tribunal Supremo, «no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional»²⁷. La Audiencia Nacional habría llegado a «banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático»²⁸, relativizando el significado jurídico de lo ocurrido ante el Parlamento. En definitiva, considera el Tribunal Supremo que, en el ejercicio de ponderación que, presuntamente, habría realizado la Audiencia Nacional, habría estado ausente toda consideración a los principios de la libertad y el pluralismo político, proclamados en el art. 1 de la Constitución, por lo que su resultado no fue correcto.

El Tribunal Supremo, pues, habiendo rechazado la preponderancia del derecho de manifestación sobre el derecho de representación, defiende que los hechos se subsumen con claridad en el tipo del art. 498 CP. El lema de la convocatoria, «Aturem el Parlament», cobraría gran relevancia a efectos de realizar el referido juicio de subsunción²⁹, puesto que revelaría que la finalidad de la acción de protesta «no era otra [...] que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto». De ningún modo se habría perseguido por los manifestantes ejercitar una vía directa de participación política, sino que habrían perseguido «atacar las raíces mismas del sistema democrático»³⁰.

Debe destacarse, no obstante, el voto particular formulado por el magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez. A su parecer, la Audiencia Nacional había pretendido, contrariamente a lo manifestado por la mayoría, tomar en consideración la realidad social en el marco de la que acontecieron los hechos. Pone de relieve el magistrado que las medidas contra las que se protestaba, que podían modificar las «posibilidades futuras de acceso a bienes elementales» de la ciudadanía, no habían «formado parte de los programas de gobierno expuestos al voto» de aquélla. Añade a dicha consideración que, precisamente, quienes podían verse en mayor medida afectados por las decisiones que iban a tomarse en el Parlamento sufren un déficit material de representación mayor que los demás, por lo que el derecho de manifestación es una de las únicas opciones con

²⁵ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁶ En un sentido similar a lo afirmado por la Audiencia Nacional, REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991, p. 278: «Typisches, nicht nur bagatelhaftes Verhaltensunrecht liegt also bei fast jeder Verwirklichung politischer Grundrechte vor».

²⁷ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁸ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁹ A juicio de SANTAOLALLA LÓPEZ, el lema de la convocatoria «es expresivo del propósito obstruccionista de esta institución por los convocantes, lo que permite dudar seriamente de que su fin fuese legítimo». Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el Parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 39.

³⁰ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.G).

las que cuentan realmente para expresar su malestar. La solución por la que habría optado el magistrado que formula el voto particular, no obstante, no se encuentra en sede de justificación, sino que considera que en el juicio de subsunción típica debió tenerse en cuenta lo antedicho. A su parecer, del lema no se desprende, inequívocamente, una voluntad de todos los manifestantes de «constreñir al Parlamento catalán a la inacción», y es que entiende que, precisamente, los acusados (así como la mayoría de los manifestantes) no lo interpretaron así, puesto que no llevaron a cabo actos de «fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave» sobre ninguno de los parlamentarios (si bien admite que otros manifestantes, no identificados, sí realizaron el tipo del 498 CP).

3. El exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en la dogmática jurídico-penal

3.1. ¿Colisión de derechos o especificación de su contenido?

El caso comentado suscita problemas que van más allá, como resulta ostensible, del ámbito teórico del Derecho penal. Su solución pone a prueba la relación entre dos ámbitos jurídicos, el penal y el constitucional, que no ha tenido un desarrollo doctrinal lo suficientemente amplio³¹. La jurisdicción penal ha acostumbrado a aplicar directamente la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales para resolver los casos en que se produce cierta tensión entre el ámbito de protección de dos derechos contrapuestos. A esta doctrina subyace una extensa discusión sobre el concepto y los límites de los derechos fundamentales. Dos son las posiciones básicas que se han enfrentado a este respecto. La primera asume la existencia de colisiones de derechos y trata de perfeccionar el método a través del que resolverlas, por lo que defiende el denominado modelo *conflictivista* de los derechos. Éste partiría de una «concepción débil de los derechos», en tanto que principios (o mandatos de optimización, en la terminología de ALEXY, que sostiene esta posición)³² limitables, que, a su vez, se sostendría en la concepción amplia del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales, cuyos límites serían externos a éste (constituirían excepciones a la aplicación del derecho)³³. El contenido de los derechos, así concebidos, se identificaría en dos etapas: en primer lugar, se establecería un ámbito de protección inicial del derecho, necesariamente amplio; tras este primer paso, el derecho *prima facie* se limitaría en función de los conflictos con otros derechos en el caso concreto³⁴ mediante

³¹ Resulta muy destacable, sin embargo, la firme crítica al intento de limitar la independencia del Derecho penal recurriendo al Derecho constitucional en ROBLES PLANAS, «La tiranía de la proporcionalidad», en CHINGUEL RIVERA/GARCÍA CAVERO (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, ideas, Lima, 2019, pp. 117-134. Sobre los problemas que implica la relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional tanto en la tarea legislativa como en la aplicación del Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 40-50.

³² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 ss.

³³ Sobre esta caracterización del modelo, véase CABRA APALATEGUI, «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, pp. 79 ss.

³⁴ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 85. Afirmando que «esta dualidad propicia una interpretación extensiva (amplia) de las disposiciones de derecho fundamental y, con ello, una expansión casi ilimitada del contenido (no del alcance de la protección) de los derechos, especialmente de aquellos cuya formulación es más genérica y presenta un mayor grado de vaguedad». Asimismo, BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (59), 2000, p. 31.

un juicio de ponderación³⁵. La segunda de las posiciones básicas enfrentadas es la denominada «coherentista» o especificacionista^{36/37}. Ésta parte de la teoría de los límites inmanentes de los derechos³⁸ y, por lo tanto, les asigna un ámbito de protección limitado, pero definitivo³⁹, que se conforma a través de su especificación atendiendo a parámetros valorativos⁴⁰.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional (como se dirá) parecen adherirse en este caso al modelo *conflictivista*, haciendo uso del método ponderativo a fin de resolver el presunto conflicto de derechos que se daría entre el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de representación (23 CE). Este método, sin embargo, está sometido a importantes críticas. En primer lugar, al juicio ponderativo le debe preceder, necesariamente, la subsunción de la conducta entre aquellas que estarían en el ámbito de protección del derecho fundamental y, por tanto, pueden ser incluidas en la ponderación o entre las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho (al que recurren, retóricamente, como pretexto). En este primer paso se debe recurrir, por tanto, a una determinada interpretación del contenido de los derechos fundamentales. El principal problema que plantea la ponderación de derechos fundamentales en el ámbito del Derecho penal es que la conducta de quien ejerce un derecho que no prepondera sobre otro, con el que presuntamente colisiona, no equivale, necesariamente, a una conducta merecedora de pena. Como se ha apuntado, desde el punto de vista *conflictivista* de los derechos, para que un derecho colisione con otro es necesario que la conducta quede dentro

³⁵ Sobre el uso del método de la ponderación por quienes entienden que las normas constitucionales que establecen derechos son principios y no reglas, MORESO, «Conflictos entre principios constitucionales», en EL MISMO, *La Constitución: modelo para amar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 268 ss. El autor, por lo demás, defiende en este ensayo

³⁶ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 88. Sobre los diversos tipos de teorías coherentistas de los derechos, CABRA APALATEGUI, «Conflictos de derechos y estrategias argumentativas ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (51), 2017, pp. 366 ss.

³⁷ En realidad, la idea de la especificación de los derechos puede remontarse al concepto tomista de la *determinatio*. Definida por FINNIS (con referencias a la Suma Teológica) aludiendo a la analogía que realizó SANTO TOMÁS DE AQUINO con la arquitectura, consistiría en especificar el contenido de las normas atendiendo a su conexión con principios permanentes relativos a la cuestión y a los sujetos afectados por el supuesto concreto. Cfr. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2ª ed., 2011, pp. 284 ss. Una revisión del concepto de *determinatio*, en CONTRERAS AGUIRRE, «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), pp. 39-54. Agradezco la referencia a la conexión entre las teorías especificacionistas de los derechos y la *determinatio* de SANTO TOMÁS DE AQUINO a mi admirado director y maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez.

³⁸ Sobre las diversas versiones de la teoría de los límites internos o inmanentes y su base filosófico-política, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPyC, Madrid, 3ª ed. 2007, pp. 448 ss.

³⁹ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 88. Lo ejemplifica el autor, precisamente, con el ejemplo propuesto por DE OTTO sobre las coacciones realizadas en el transcurso de una manifestación. La sanción de dicha conducta no constituiría una limitación del derecho de reunión y manifestación, por cuanto este derecho no comprendería el derecho a ejercer coacciones sobre terceros.

⁴⁰ Un firme defensor de este tipo de especificacionismo es WEBBER, que entiende que el modelo *conflictivista* «divorces rights from *what is right*», por cuanto promovería una definición de los derechos que atiende, únicamente, a los intereses individuales, descuidando, por lo tanto, lo que es justo desde una perspectiva que toma en cuenta el contexto y la relación con los demás. Cfr. WEBBER, «On the Loss of Rights», en HUSCROFT *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, p. 132, 143. Asimismo, resulta destacable la propuesta de AMAYA, que propone un especificacionismo de corte neoaristotélico alejado de cálculos utilitaristas. A su juicio, los derechos deben especificarse «mediante la reflexión acerca del conjunto de razones percibidas como relevantes en el caso concreto en aras de hacer de ellas un conjunto coherente con una determinada concepción del Derecho, lo que exigiría [...] la revisión de estos valores e, incluso, en los casos más extremos [...] la revisión del propio concepto de Derecho». Cfr. AMAYA, «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, Vol. LVI, (67), pp. 135-142.

de su ámbito de protección. Precisamente, los partidarios de esta concepción entienden que el derecho que no ha preponderado ha sido, igualmente, ejercido y, por tanto, debe considerarse lesionado, aunque justificadamente⁴¹. Sin embargo, resulta difícil asumir que quien ha ejercido un derecho que ha sido lesionado de forma justificada ha llevado a cabo, en realidad, una conducta merecedora de pena, incluso si se propone acudir a la eximente incompleta del art 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP, como hace parte de la doctrina⁴². En definitiva, mediante el juicio de ponderación no puede distinguirse qué conductas merecen pena y cuáles no, de entre aquellas que constituirían (según este punto de vista) el ejercicio de un derecho que no prepondera.

Ante este problema, otra parte de la doctrina ha recurrido a la doctrina del efecto desaliento⁴³. En atención a ésta se sostiene que la sanción penal de conductas próximas al ejercicio de un derecho fundamental puede tener el efecto de desincentivar su ejercicio. No hay acuerdo, sin embargo, sobre si la toma en consideración de esta doctrina debe llevar a la reducción de la pena⁴⁴ o, directamente, a la impunidad⁴⁵. Tales planteamientos, sin embargo, no detallan la traslación de esta doctrina al ámbito de la dogmática jurídico-penal⁴⁶. Atendiendo a su razón de ser, no es

⁴¹ Sobre los problemas teóricos que implica esta tesis, OBERDIEK, «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, (23-4), 2004, pp. 325-346; EL MISMO, «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307; SHAFER-LANDAU, «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225; WEBBER, «On the Loss of Rights», en HUSCROFT *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York 2014, pp. 123-154.

⁴² UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, «La eximente de «ejercicio legítimo de un derecho» (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R.V.A.P.*, (63), 2002, p. 16. Proponiendo la atenuación por la vía de aplicar el 21.1 CP si se descarta la atipicidad de la conducta, aunque sin pronunciarse sobre la adecuación del método ponderativo para resolver casos como el comentado, PAREDES CASTAÑÓN, «Caso “Aturem el Parlament”: Una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en GARCÍA AMADO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 178.

⁴³ Entre otros y con referencias, MARTÍN LORENZO, «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en PÉREZ MANZANO *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, pp. 124 ss. Crítico con la indeterminación que implica recurrir a esta doctrina y refiriendo la posibilidad de que acabe originando un efecto criminógeno, RODRÍGUEZ MOURULLO, «La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y desarrollo de las huelgas. (Comentarios a la STC 104/2011 desde la perspectiva penal)», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 610.

⁴⁴ De acuerdo con esta opción, GONZÁLEZ COLLANTES, «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020, p. 12. A este respecto, COLOMER BEA mantiene que «el efecto desaliento determina que la conducta castigada pierda su naturaleza delictiva», por lo que del efecto desaliento lo que se derivaría sería «un deber especial de proporcionalidad por parte del juez consistente en imponer una pena inferior que la que aplicaría si se tratase de una conducta que no tuviese relación alguna con el contenido de derechos fundamentales», refiriendo la eximente incompleta como posible solución. Cfr. COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105.

⁴⁵ Refiriendo este desacuerdo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, CCC, Oviedo, 2013, p. 610; Con referencias, COLOMER BEA, *CEFD*, (41), 2019, p. 104.

⁴⁶ Aludiendo a la complejidad de encontrar una «traducción dogmática de la prohibición de sancionar desproporcionadamente el ejercicio ilícito de un derecho fundamental que genera un efecto desalentador», MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, p. 128. Hace referencia MARTÍN LORENZO a la posibilidad de recurrir a una interpretación restrictiva del tipo, a «a criterios de imputación objetiva y de antijuridicidad material», así como, en el marco de la determinación de la pena, «a posibles eximentes incompletas y atenuantes analógicas». Sobre el tratamiento dogmático del efecto desaliento, concluyendo que debe tener su lugar en el ámbito del juicio de subsunción y en el de la determinación de la pena (donde incluye la aplicación de la eximente incompleta *ex art.* 21.1 CP), CUERDA

razonable plantear la reducción o exclusión del merecimiento de pena, puesto que se apoya en criterios de utilidad de la sanción penal. En realidad, según ha aducido la doctrina, no es el efecto desaliento *per se* el que fundamentaría la exclusión o reducción de la intensidad de la intervención penal. Ciertamente, dicho efecto podría esperarse, también, de la sanción penal de conductas que, verdaderamente, no están tan próximas al ejercicio legítimo del derecho fundamental, sino que son un mero ejercicio aparente de éste (aunque en menor medida, cabría señalar)⁴⁷. Si fuera, pues, meramente la posibilidad del efecto desaliento lo que fundamentara la exclusión de la intervención penal, que la conducta en cuestión fuera claramente merecedora de pena no cambiaría nada si todavía pudiera esperarse que la sanción penal producirá dicho efecto. Es, en realidad, la proximidad de la conducta (determinada mediante criterios valorativos) al ejercicio legítimo de un derecho fundamental lo que reducirá, en todo caso, el merecimiento de pena. Expresión de lo antedicho es, en realidad, la posibilidad de aplicar la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP en los supuestos de exceso en el ejercicio del derecho fundamental. Ciertamente, si el efecto desaliento solo fuera esperable de la sanción penal de conductas próximas al ejercicio legítimo de un derecho, correspondería aplicar, primero, la reducción de pena prevista para la eximente incompleta (art. 68 CP) y, después, la reducción de pena que correspondiera para evitar dicho efecto, pero esto último requiere que se aclare su naturaleza y se concrete por qué razón su concurrencia debería reducir la pena a imponer. Una opción, dada su fundamentación utilitarista, sería concebir el posible efecto desaliento como una causa de exclusión de los presupuestos de aplicación de la norma de sanción.

Desde otro punto de vista, se han planteado soluciones excluyentes de la antijuridicidad penal o de la reprochabilidad de la conducta⁴⁸ que presentan un desarrollo dogmático mucho más preciso. Entre las primeras destaca la propuesta de SILVA SÁNCHEZ que, a propósito de la sanción penal, en Alemania, de las conductas de *Containern*, propone acudir a la «infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal – o del injusto punible –, que pueden descartar la intervención del Derecho penal en caso de conductas que, si bien son típicas y antijurídicas, «carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena»⁴⁹.

ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007.

⁴⁷ Que la sanción penal produzca dicho efecto depende, en gran medida, del modo en que traten la información relativa a aquella los medios de comunicación. La dificultad para establecer el contenido y los límites de un derecho fundamental como el de reunión y manifestación, cuyo ejercicio suele implicar la manifestación de opiniones de carácter político, hace menos verosímil todavía una relación proporcional entre el merecimiento de pena y el efecto desaliento que puede generar la sanción penal.

⁴⁸ ROXIN propuso la exclusión de la responsabilidad penal (*strafrechtlicher Verantwortlichkeit*) en virtud del artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn, siempre que la acción de protesta cumpliera con ciertos requisitos. A su juicio, la culpabilidad de quien toma parte en la acción de protesta que sobrepasa los límites del art. 8 GG se ve reducida doblemente. En primer lugar, el injusto se encuentra en el límite inferior de lo penalmente relevante por la insignificancia de la conducta y por la cercanía de esta a un derecho fundamental, por lo que lo mismo puede decirse de la culpabilidad que le corresponde. Y, en segundo lugar, la reprochabilidad de la conducta es mínima, por cuanto el autor la dirige al objetivo de contribuir al bien común. Esta doble disminución de la culpabilidad, aduce ROXIN, debe llevar a la exclusión de la responsabilidad penal cuando no se opongan a ello razones preventivas, siempre que concurren una serie de circunstancias que denoten el carácter pacífico y acorde con la democracia constitucional de la acción de protesta: 1) Que la protesta se refiera a cuestiones existenciales que afectación a la generalidad de la población; 2) que el autor actúe por interés en el bien común; 3) que la norma infringida guarde relación con el destinatario de la acción de protesta; 4) que los manifestantes estén comprometidos con la democracia parlamentaria; 5) que se evite toda forma de violencia y resistencia a los agentes de policía; 6) que la afectación de los derechos de terceros sea mínima. Cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, p. 1141.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, «El hurto de alimentos caducados frente al Bundestag», *InDret*, (2), 2021, p. 8. Ya en EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Buenos Aires, 2ª ed., 2012, p. 655, afirmando que la

Como el propio autor apuntaba, estas conductas han sido llevadas a cabo, en ocasiones, por «activistas contra el desperdicio de alimentos», por lo que, a su juicio, podría pensarse en el ejercicio de «alguna forma de derecho de protesta»⁵⁰. En esa línea puede verse la tesis de GÜNTHER. Partiendo de la unidad del ordenamiento jurídico, señala que ésta no impide considerar razones específicas de exclusión del injusto en relación con un ámbito jurídico, como el penal⁵¹. Así como el Derecho penal cuenta con una fundamentación del injusto específica de su ámbito, lo mismo tendría que ocurrir con la fundamentación de la exclusión de aquél⁵². Deberían contemplarse, pues, a su parecer, causas de exclusión del injusto penal, que llevan a renunciar a la desaprobación penal de la conducta, sin expresar su licitud general. Esto significa que la conducta todavía puede ser considerada ilícita en el ámbito de otros sectores del ordenamiento, como el administrativo sancionador⁵³. Con tales premisas, GÜNTHER plantea la distinción entre las causas de justificación generales o no genuinas (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*), que excluyen la antijuridicidad general de la conducta, y las causas de exclusión de injusto penal o causas de justificación genuinas (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*)⁵⁴. Entre estas últimas incluye, precisamente, la conducta próxima al ejercicio de un derecho fundamental⁵⁵. Cumple destacar, además, que GÜNTHER mantiene que, ante tales conductas, la víctima no tiene un deber de tolerancia, sino que puede ejercer incluso la legítima defensa⁵⁶, por lo que no se daría el problema derivado del pronunciamiento de la Audiencia Nacional, que llevaría a concluir que los afectados por el ejercicio excesivo del derecho de manifestación debían tolerar dicha conducta y que la acción policial fue ilegítima.

conurrencia parcial de una causa de justificación, al disminuir significativamente el injusto, puede hacerlo insignificante para el Derecho penal. Sobre la necesidad de reconocer la posibilidad de una exclusión del injusto penal, ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 194.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, «El hurto de alimentos caducados frente al Bundestag», *InDret*, (2), 2021, p. 8. Asimismo, refiriendo la posibilidad de excluir la antijuridicidad de la conducta con arreglo al principio de solidaridad en los casos de acciones de protesta con fines de auto-inclusión, aunque con ciertos matices, SILVA SÁNCHEZ, «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3.

⁵¹ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983, p. 253. Señala el autor que incluso los fundadores de la doctrina del concepto unitario de antijuridicidad, FISCHER y ZITELMANN, consideraban admisibles las causas de exclusión de la ilicitud específicas de un ámbito jurídico.

⁵² GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 254.

⁵³ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 256.

⁵⁴ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 257-260. Las primeras se basarían en razones justificantes metajurídicas y, al declarar lícita para todos los ámbitos jurídicos la conducta, contarían con requisitos demasiado estrictos, por lo que podrían sancionarse penalmente conductas ilícitas que, no obstante, no son merecedoras de pena. Las segundas, que serían necesarias por razón de lo antedicho, se orientarían al cumplimiento de los fines del Derecho penal. En el mismo sentido, GÜNTHER, Hans Ludwig, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, de Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-201. También, REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, 1991, pp. 276 ss.

⁵⁵ GÜNTHER, Hans Ludwig, en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, de Gruyter, Berlín, 1992, pp. 199-201. En concreto, sobre la aplicación del § 240.2 StGB, que tipifica las coacciones cuando el uso de la fuerza o la amenaza de un mal para conseguir el fin perseguido resulte reprobable, GÜNTHER, Hans Ludwig, «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnahe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en ARZT et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

⁵⁶ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 383. No obstante, también se ha propuesto que la exclusión del injusto penal impida la legítima defensa del afectado, pero le permita actuar en estado de necesidad. Cfr. STERNBERG-LIEBEN, «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., 2019, nm. 10.

Uno de los problemas a los que tendría que enfrentarse la propuesta de GÜNTHER es la posibilidad de su aplicación de *lege lata*. La exclusión del injusto penal respecto de una conducta típica no tiene asidero en nuestro Código Penal, con lo que parecería que la única opción sería acudir a la aplicación de una causa de exclusión del injusto suprallegal mediante la analogía *in bonam partem* (que GÜNTHER reivindica en su obra sobre la exclusión del injusto penal)⁵⁷. Resulta patente, en todo caso, que la falta de desarrollo doctrinal de esta posibilidad complica darle una solución rigurosa a los casos de conductas que incurren en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental que no parecen reunir el necesario merecimiento de pena pero que, aun así, resultan a todas luces típicas⁵⁸.

3.2. Subsunción y ponderación en las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

A este respecto, la discrepancia entre ambos tribunales resulta evidente a tenor de sus argumentos. El Tribunal Supremo refiere, expresamente, que la Audiencia Nacional no realizó una correcta ponderación, en tanto en cuanto no confrontó el derecho de participación *ex art. 23 CE* con el derecho de manifestación, al que otorgó prevalencia. Del propio tipo por el que las acusaciones pidieron la condena de los manifestantes acusados se desprendería que la acción de protesta habría afectado al referido derecho, por cuanto éste sería, al parecer unánime de doctrina y jurisprudencia el bien jurídico protegido por el art. 498 CP⁵⁹. Sin embargo, aun cuando el Tribunal Supremo refiere estar apoyando su decisión revocatoria en el resultado de la ponderación de ambos derechos, afirma que los manifestantes perseguían atacar las raíces mismas del sistema democrático, por lo que difícilmente puede entenderse que asumiera que la conducta de los acusados se encontraba dentro del ámbito de protección del derecho de manifestación, a pesar de que lo incluya en la ponderación. Ésta presupone, precisamente, que estemos ante el ejercicio de dos derechos que colisionan⁶⁰, por lo que, si una de las partes, en realidad, no está ejerciendo derecho alguno, sino alegando su ejercicio como mero pretexto, no puede realizarse ponderación alguna. Así es como entiende, en definitiva, el Tribunal Supremo la conducta de los manifestantes, como un abuso de derecho, esto es, un ejercicio aparente del derecho de manifestación que, verdaderamente, es contrario a los principios que inspiran su configuración⁶¹. En tales casos, incluso desde el punto de vista de quien sigue el modelo *conflictivista*, no estamos frente a un conflicto entre dos derechos, donde se produce una tensión

⁵⁷ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 281 ss. Resumiendo su posición y analizándola críticamente, MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 334 ss.

⁵⁸ Muestra de lo antedicho es que la tesis de la Audiencia Nacional sobre la zona intermedia entre las conductas que constituyen un ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio aparente de este coincide, precisamente, con lo que sostiene GÜNTHER y, sin embargo, recurre a la doctrina del efecto desaliento para resolver el caso. Cfr. GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 353, afirmando que resulta evidente que, entre las conductas amparadas por los derechos fundamentales y las conductas prohibidas por el Derecho penal hay una zona intermedia en la que se incluirían las conductas que, si bien no gozan de la protección de los derechos fundamentales, tampoco constituyen un injusto merecedor de pena.

⁵⁹ Entre otros, CARPIO BRIZ, «Artículo 498», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1610; LASCURAIN SÁNCHEZ, «Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, Lefebvre, Madrid, 2021, n. 17569.

⁶⁰ Como pone de manifiesto MARTÍNEZ ZORILLA, a la ponderación entre principios en conflicto le precede «una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidid». Cfr. MARTÍNEZ ZORILLA, «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009, p. 122.

⁶¹ Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48.

externa entre el ámbito de protección de ambos, sino que la tensión es interna, puesto que se trata del contenido y límites del derecho⁶². No resulta coherente, pues, el proceder del Tribunal Supremo que, aun así, procedió a realizar un presunto juicio de ponderación entre el derecho de manifestación y el de participación a través de los representantes parlamentarios.

En lugar del referido juicio de ponderación realiza el Tribunal Supremo, realmente, una jerarquización en abstracto de ambos derechos. A su parecer, «el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos» y, si se tiene en cuenta la doble dimensión del derecho a participar a partir de los representantes parlamentarios escogidos, debería concluirse que el ejercicio del derecho de reunión que afecte a aquél atenta contra «los valores superiores del orden democrático»⁶³. Tales afirmaciones las apoya, además, en el art. 1 CE, concretamente en los principios de libertad y pluralismo político, advirtiendo que, en la historia europea, contamos con ejemplos de actos violentos contra el órgano legislativo que supusieron «la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria»⁶⁴. Nada más refiere el tribunal a fin de realizar esa presunta ponderación de derechos. No toma en consideración circunstancias como el contexto de crisis económica y de representación política (desafección generalizada) en que se produce la protesta, que se protestaba contra medidas que implicaban la reducción del gasto social o que éstas no habían sido incluidas en los programas políticos que la ciudadanía había podido tener en cuenta al votar, pese a que, precisamente, el método ponderativo se caracteriza, entre otras cosas, por su atención a las circunstancias concretas del caso⁶⁵.

La Audiencia Nacional, por su parte, pese a que el Tribunal Supremo afirma que realiza un juicio de ponderación, resuelve el caso mediante un juicio de subsunción⁶⁶, realizando una interpretación ciertamente amplia del derecho de manifestación (al que denomina «derecho de protesta» en varias ocasiones). Por un lado (como se ha referido ya), caracteriza este derecho como cauce del principio democrático participativo, que vigoriza la autonomía de la sociedad civil, afirmando, además, que cierto efecto disruptivo le es connatural⁶⁷. Por otro lado, toma en consideración que los medios de comunicación se encuentran dominados por ciertos poderes económicos y por algunos partidos políticos, que las medidas que iba a tomar el gobierno no estaban presentes en los programas electorales de ningún partido y que las autoridades policiales no diseñaron correctamente su intervención, a fin de que la protesta discurriera con el menor

⁶² MUÑOZ ARANGUREN, «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 40-41. A su juicio, «en la ponderación nos encontramos ante un escenario que se asemeja al de los círculos secantes, mientras que en el abuso al de los concéntricos».

⁶³ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.D).

⁶⁴ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.D).

⁶⁵ GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 201. El autor afirma, a este respecto, que «de una ponderación metódicamente llevada, paso a paso, no encontramos huella en la sentencia». Para una crítica a la falta de rigor con la que, a su juicio, ha utilizado el método ponderativo el Tribunal Constitucional, véase PRESNO LINERA, «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, EUO, Oviedo, 2016, pp. 575-587.

⁶⁶ De esta opinión, GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 188. Si bien GARCÍA AMADO se ha erigido en uno de los críticos más reputados del método ponderativo (crítica que también formula en el trabajo citado), tampoco considera correcto el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Nacional en este caso, del que dice que «no desentona del tipo de enigmáticas metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales» (p. 194).

⁶⁷ Pese a no referirlo así, la Audiencia Nacional parecería estar delimitando un espacio de riesgo permitido en el que se incluirían las conductas muy levemente disruptivas, de las que, de todos modos, no da ningún ejemplo.

grado de interrupción posible. No obstante, si bien la Audiencia Nacional realiza un juicio subsuntivo, no sitúa el supuesto enjuiciado en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho de manifestación, por cuanto asume que se produjo un exceso (un abuso, llega a decir)⁶⁸, sino que lo incluye entre los casos en que la sanción penal debe descartarse por aplicación del principio de proporcionalidad, del que es expresión, a su juicio, el denominado efecto desaliento. En este punto, aunque no lo explicita, sí realiza una ponderación. La Audiencia Nacional juzga aquí si pesa más el efecto buscado con la sanción penal o el efecto perjudicial para el futuro ejercicio del derecho fundamental de manifestación que tendría la imposición de aquélla⁶⁹. Esta ponderación la resuelve, como se ha expuesto ya, a favor de descartar la intervención penal, atendiendo a la escasa intensidad del exceso.

4. Confirmación de la condena por el Tribunal Constitucional⁷⁰

4.1. Sobre el ejercicio legítimo del derecho de manifestación

El Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, mantiene que debieron confrontarse los derechos de reunión y de participación política en un juicio de ponderación. Tras concluir que la conducta de los manifestantes no constituyó un «ejercicio lícito de las libertades de reunión y manifestación», afirma que aquélla afectó a los derechos de terceros que, en este caso, «debían prevalecer, atendiendo al modo, tiempo y lugar en el que la protesta se hizo efectiva»⁷¹. Parte el tribunal de que los derechos invocados por los recurrentes «admiten limitaciones justificadas en protección de otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes»⁷². Siendo así, a su parecer no cabía sino concluir la preponderancia del derecho de participación política, por cuanto los hechos se produjeron en un contexto en el que se llevaron a cabo «actos, gestos y expresiones innecesariamente coercitivas»⁷³. La conducta de los recurrentes, en tal contexto, habría sido idónea para influir en la voluntad de los parlamentarios.

⁶⁸ Resulta evidente que, cuando la Audiencia Nacional hace referencia al abuso de derecho, no está queriendo decir lo que generalmente se entiende por tal. Precisamente, este tribunal mantiene que el caso puede subsumirse en tres grupos distintos. El primero, el del ejercicio legítimo del derecho. Un segundo grupo donde se encontraría (como entiende respecto de los hechos enjuiciados) el ejercicio excesivo del derecho, pero, a fin de cuentas, ejercicio de éste. Y un tercer grupo en el que se incluiría el ejercicio aparente del derecho, es decir, las conductas que, verdaderamente, no suponen un ejercicio del derecho. El concepto de abuso de derecho encaja en este último grupo y no en el segundo, como parecería sugerir la lectura de la sentencia de la Audiencia Nacional.

⁶⁹ Entiende, asimismo, que la Audiencia Nacional acaba realizando un juicio de ponderación, GARCÍA AMADO. Sin embargo, considera que la ponderación lo es entre «la ilegitimidad de la vulneración del bien jurídico que el correspondiente delito protege y la legitimidad de un derecho fundamental en sí y que, sin embargo, en el caso no se ha ejercido legítimamente». Cfr. GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 195.

⁷⁰ El Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial de los recursos de amparo interpuestos. Si bien interesó la desestimación de la alegada vulneración de los derechos fundamentales de expresión, reunión y manifestación, entendió vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa (24.2 CE), por cuanto el Tribunal Supremo habría valorado los hechos probados en un sentido distinto a la Audiencia Nacional para condenar a los acusados, sin darles la debida audiencia a éstos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que el Tribunal Supremo no realizó una nueva valoración de los hechos, sino una subsunción de estos en el tipo, apreciando la concurrencia del tipo subjetivo en lo que constituye una valoración jurídica. Pese a que lo antedicho resulta de interés, el presente comentario se centra en la discusión relativa al ejercicio del derecho de manifestación por parte de los penados, que fue, precisamente, la cuestión que llevó a admitir el amparo al Tribunal Constitucional (STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Antecedentes, 5.).

⁷¹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), a).

⁷² STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), b).

⁷³ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), b).

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional refiere tener presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incluye las «conductas físicas obstructivas» en el «ámbito general de protección» del derecho de manifestación, sin perjuicio de que no formen parte del «núcleo de facultades de actuación que define la libertad que reconoce el artículo 11 del CEDH»⁷⁴. Sin embargo, considera el tribunal que «la forma exorbitante e intimidatoria» en la que se realizó la manifestación haría patente que no se trató de un ejercicio *legítimo* de la libertad de reunión o manifestación, por lo que acaba concluyendo que las conductas enjuiciadas «no se encontraban dentro del ámbito objetivo de protección»⁷⁵ de tales derechos⁷⁶, pese a lo que, como hizo el Tribunal Supremo, consideró que debían ponderarse ambos derechos, por lo que su pronunciamiento está sujeto a las mismas críticas expuestas *ut supra*.

4.2. Principio de legalidad

Todavía más lejos va el Tribunal Constitucional al analizar si, descartado el ejercicio legítimo del derecho de manifestación, puede estimarse la vulneración del principio de legalidad. En primer lugar, y coincidiendo con el Tribunal Supremo, niega que el objetivo de la acción de protesta fuera expresar el desacuerdo y la indignación generalizados respecto de las políticas de reducción del gasto social. La verdadera finalidad de los manifestantes no habría sido otra que la de incapacitar al Parlamento «para el debate y la acción política», por lo que la subsunción de los hechos no resultaría irrazonable. Tampoco estima el Tribunal Constitucional la vulneración del principio de legalidad por resultar desproporcionada la sanción penal. La condena, a juicio de los recurrentes, produciría un efecto desalentador respecto del ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración se había, asimismo, denunciado. Además, la condena a tres años de prisión resultaría desproporcionada atendiendo a la levedad de las conductas enjuiciadas. A este respecto, el Tribunal Constitucional reconoce que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados [...] implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza»⁷⁷. Con esta premisa recurre el tribunal, antes de volver a los hechos enjuiciados, a su jurisprudencia reciente sobre la relevancia penal de conductas situadas en el contexto del ejercicio de los derechos fundamentales. En este punto, recuerda el tribunal que, en tales supuestos, la legitimidad de la intervención penal viene determinada por la delimitación del contenido de los derechos fundamentales. Si la conducta se ajusta a éste, constituyendo un ejercicio regular del derecho fundamental correspondiente, no resulta legítima la imposición de una pena, ni siquiera cuando sea posible la subsunción de los hechos en el tipo. En cambio, cuando se produzca un exceso en el ejercicio del derecho fundamental, la intervención penal resultaría ilegítima cuando implique «un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio». Por último, la intervención penal resulta legítima cuando se esté

⁷⁴ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), c), en referencia a la STEDH de 15 de octubre de 2015, *Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 97.

⁷⁵ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. D).

⁷⁶ De la misma opinión, SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el Parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 36. Invoca el autor la STC 301/2006, de 23 de octubre, que admitía la prohibición de manifestaciones cuando quedaran afectados o imposibilitados servicios esenciales. Entiende, a mi juicio irrazonablemente, que la paralización de la actividad parlamentaria podría considerarse como tal. La propia sentencia que cita el autor refiere que esa imposibilidad de prestar servicios esenciales debe tener «incidencia en la seguridad de personas o bienes», poniendo como ejemplo «los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas». Es patente, pues, que el Tribunal Constitucional se estaba refiriendo a servicios que tratan de garantizar la integridad de personas o bienes con inmediatez, por lo que la paralización de la actividad parlamentaria no podría entenderse como la grave afectación de un servicio esencial en dicho sentido.

⁷⁷ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 7.2.1.a)

frente «a un aparente ejercicio de un derecho fundamental»⁷⁸. En este último grupo es en el que sitúa el Tribunal Constitucional la conducta de los recurrentes. La acción de protesta habría tenido el objetivo de impedir a los diputados el acceso a la sede parlamentaria, siendo, a juicio del tribunal, una clara muestra de dicho extremo el lema de la convocatoria. Siendo esta la finalidad de los manifestantes no podría hablarse siquiera de un exceso en el ejercicio del derecho de manifestación, al que se haría referencia únicamente como pretexto para llevar a cabo una conducta delictiva.

Resulta sorprendente, sin embargo, que el Tribunal Constitucional recurra a la referida clasificación, que es en la que se apoya la Audiencia Nacional, y que, pese a ello, considere procedente realizar un juicio de ponderación habiendo clasificado las conductas enjuiciadas en el grupo de las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho fundamental. Del juicio de ponderación, como ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo, no hay detalle, y es que el Tribunal Constitucional se limita a realizar un juicio de subsunción tras el que determina que la conducta de los acusados no puede subsumirse en la norma del derecho de manifestación.

4.3. Votos particulares

Mención aparte merecen los votos particulares formulados, en tanto en cuanto en tres de ellos se considera que la conexión de las conductas enjuiciadas con el ejercicio de derechos fundamentales debió haber dado como resultado la estimación del amparo. En su voto particular, el magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, que había declinado la ponencia al rechazarse sus propuestas de resolución (estimado el amparo) al Pleno del tribunal, afirma que las conductas enjuiciadas «están encuadradas sin duda alguna en el ámbito de protección» de las «libertades de expresión, reunión y manifestación alegadas», si bien entiende que no constituyen un ejercicio legítimo de éstas. Considera el magistrado que los hechos deben verse como acciones de protesta que, pese a exceder los límites, tenían una función de crítica política. La intervención penal, a su parecer, resulta desproporcionada, atendiendo a la severidad de la pena impuesta (que es privativa de libertad), a la escasa intensidad de la conducta enjuiciada (mera «confrontación verbal y gestual con los parlamentarios», sin agresión ni acometimiento), al hecho de que no se impidiera la actividad parlamentaria y, sobre todo, a la directa relación de la conducta de los penados con el ejercicio de derechos fundamentales. No obstante, esta conclusión no lleva al magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón a reivindicar una solución en clave de absolucón, sino que entiende merecida la sanción penal, aunque desproporcionada por el *quantum* de ésta, que debió ser reducido, a su parecer, aplicando la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP. En definitiva, el referido magistrado mantiene que la sentencia del Tribunal Supremo vulneró el principio de legalidad (25.1 CE), en tanto en cuanto proscribía la imposición de penas desproporcionadas.

Los magistrados D. Juan Antonio Xiol Ríos y D^a María Luisa Balaguer Callejón (que formulan su voto particular conjuntamente) son todavía más críticos con el parecer de la mayoría, que consideran muestra de «una preocupante deriva de la jurisprudencia constitucional que, en el tratamiento de las condenas penales por conductas que se desarrollan en el ámbito material de los derechos a la libertad de expresión y de reunión, parece alejarse cada vez más de la jurisprudencia del TEDH». Ambos magistrados, que parten de que la conducta de los manifestantes se encontraba dentro del «ámbito material del ejercicio de los derechos a la

⁷⁸ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 7.2.1.b)

libertad de expresión y de reunión», objetan a la mayoría haber realizado un ejercicio de interpretación del art. 21 CE excesivamente limitado, sin profundizar en aspectos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado al respecto. Éste, tal y como recoge el voto particular, ha puesto de relieve en su jurisprudencia que la inclusión de la conducta en el ámbito de protección material del derecho no depende tanto de que no se produzca ningún acto violento durante la manifestación, sino de que sus participantes o convocantes no tuvieran una intención violenta, sin que pueda bastar para afirmar dicho extremo que su intención fuera penalmente ilícita. Conductas como los cortes de carretera, ocupaciones o la producción de daños leves, como refieren los magistrados tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podrían estar dentro del ámbito material de protección del ejercicio del derecho de manifestación. De acuerdo con lo anterior, y tomando en consideración que la acción de protesta fue comunicada a las autoridades, que el objetivo y la pretensión de que su desarrollo fuera pacífico fueron explicados en una rueda de prensa por los convocantes y que, salvo «actos esporádicos de presión singular sobre determinados diputados», la manifestación tuvo dicho carácter, exponen los magistrados que «[n]o parece que pueda ser razonablemente controvertido el hecho de que la conducta por las [sic] que fueron finalmente condenadas las personas demandantes de amparo se desarrollaba en el contexto y en íntima vinculación con el ámbito material de protección del derecho de reunión pacífica».

En conclusión, entienden los magistrados que formulan este voto particular que el recurso a la intervención penal fue «desproporcionado y lesivo del derecho de reunión por el efecto desaliento que para el ejercicio de este derecho puede implicar». Fundamentan esta conclusión en el interés colectivo del asunto por el que se protestaba, la importancia del derecho de manifestación como expresión del principio democrático participativo y en la relativa levedad de la conducta de los penados, que, como insisten los magistrados en destacar, tenían la intención de reprochar a los diputados su voluntad de tomar medidas de recorte del gasto social, no de impedir la actividad parlamentaria. En definitiva, ambos magistrados sostienen que debió haberse estimado el amparo solicitado por vulneración del derecho de reunión y manifestación *ex art. 21 CE*.

5. Conclusión

El contenido de las sucesivas sentencias dictadas en el marco del caso comentado pone de manifiesto lo problemático que puede resultar sustituir la dogmática jurídico-penal por la aplicación directa de la doctrina constitucional. El método ponderativo, reivindicado por la presunta ventaja que constituiría evitar el recurso a criterios valorativos acerca de los derechos fundamentales para delimitar su contenido, no puede ser trasladado directamente al ámbito del Derecho penal. Su fundamento utilitarista no da cuenta del primer paso del análisis de la relevancia penal de una conducta, la afirmación del merecimiento de pena, por lo que no resulta adecuado para analizar la relevancia jurídico-penal de conductas cercanas al ejercicio legítimo de un derecho (en atención a las circunstancias concretas del caso, que pueden modificar la delimitación de aquél) que no constituyen un mero ejercicio aparente de éste. Estas deficiencias se dejan ver también en la sentencia del Tribunal Constitucional, que acaba realizando un juicio de ponderación entre el ejercicio de un derecho (el de representación, *ex art. 23 CE*) y una conducta que considera ajena al ámbito de protección de un derecho fundamental (el de reunión y manifestación, *ex art. 21 CE*), a fin de afirmar el carácter delictivo de esta última.

Asimismo, la urgencia de conectar el Derecho constitucional y la dogmática jurídico-penal se hace patente con la falta de recorrido doctrinal hacia una solución excluyente de la

antijuridicidad para los casos de ejercicio excesivo de un derecho, y es que, como se ha apuntado, la solución de la Audiencia Nacional implica problemas insalvables en el ámbito de la teoría de la justificación, como la generación de deberes de tolerancia para los afectados por una acción de protesta que no constituye el ejercicio legítimo de un derecho.

En definitiva, la disparidad de pareceres y la proliferación de votos particulares en el *iter* procesal del caso objeto de comentario no debe hacer otra cosa que alertar a la dogmática jurídico-penal de los peligros de su progresiva pérdida de independencia frente al Derecho constitucional.

«¿A qué hora? y ¿dónde? [...]». Sobre la anticipación de las barreras de punición en el delito de cohecho

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021

Roberto Cruz Palmera
Universidad Isabel I de Castilla
roberto jose.cruz@ui1.es

1. Introducción

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021 (ponente Ariel Augusto Torres Rojas)¹ sobre el *sonado* caso colombiano «¿A qué hora? y ¿dónde?», que condenó al exsenador Eduardo Pulgar por la comisión de delitos contra la Administración Pública, plantea una serie de cuestiones bastante interesantes. Los hechos de este caso se podrían agrupar, cuanto menos, en dos partes. Por una parte, los relativos a los intereses del amigo del senador Pulgar en «comprar la justicia» para *resolver* un conflicto judicial. Por la otra, los relacionados con la propuesta realizada por parte del senador a un juez de la república para que el operador judicial decidiera en favor de los intereses del amigo del parlamentario.

En este caso se demostró que el entonces senador ofreció la suma de doscientos millones de pesos a un juez municipal, para que realizara un acto contrario a los deberes oficiales de su cargo —cohecho propio—, con el fin de favorecer los intereses del amigo del congresista. En relación con el resultado de la audiencia preliminar de restablecimiento del derecho en donde se dirimía el control de una universidad privada, cuyo manejo ostentaba, en gran parte, el amigo del parlamentario. La Corte determinó que el senador Pulgar obró con el propósito de que el funcionario judicial ejecutara un acto contrario a los deberes oficiales de su cargo. Dicho de otro modo: el senador emitió una verdadera oferta de compra de la justicia, oferta que fue rechazada de manera rotunda por parte del juez. Tras recibir el pliego de acusaciones, el senador se acogió a una sentencia anticipada, aceptando los cargos de tráfico de influencias de servidor público y, además, de cohecho por dar u ofrecer².

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021, SEP 64-2021, radicación núm. 300, acta núm. 34.

² Respecto a la sentencia anticipada, se trata de una figura procesal que pretende acelerar la justicia, premiando al acusado con una reducción de hasta una tercera parte de la pena aplicable. No obstante, la correcta aplicación de este mecanismo implica la necesidad de garantizar la inocencia del ciudadano y, para esto, es necesario comprobar la veracidad de la autoincriminación y, conjuntamente, corroborar la culpabilidad del acusado (artículo 40 de Ley 600 del 2000). Como señala el estatuto procesal, otro de los efectos principales de la sentencia anticipada es la abdicación del acusado al derecho de controvertir tanto la acusación como las pruebas en que en ella se funden.

2. Institución jurídica en juego

No son pocas las instituciones que la Corte Suprema de Justicia analiza con rigor en esta causa, mostrándonos interesantes aportaciones doctrinales. No me pronunciaré sobre todas las cuestiones que aparecen en esta sentencia. Por el contrario, me limitaré, esencialmente, a brindar un análisis sobre la problemática del castigo de la tentativa en el delito de cohecho y, conjuntamente, sobre la categorización y características de las normas penales que adelantan las barreras de protección en el marco de los delitos contra la Administración Pública.

3. Pretensiones de la defensa

La aceptación de cargos, en el marco de la legislación procesal colombiana, no implica la necesaria renuncia a la solicitud de determinadas pretensiones. En esta causa, la defensa formuló una petición específica: la prisión domiciliaria. No obstante, al tratarse de un delito cometido contra la Administración Pública, la Corte rechazó el otorgamiento de este beneficio.

4. Decisión de la Corte

Como mostramos al inicio, la Corte Suprema de Justicia de Colombia condenó como autor de un delito de cohecho al senador Eduardo Pulgar. Se descartó el título de imputación como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, determinando que el sujeto actuó bajo un único propósito al realizar una sola lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico³. En ese orden, se defendió el título de imputación como autor penalmente responsable de un delito de cohecho consumado. Esta valoración, a la luz del código penal y de la jurisprudencia colombiana vigente solo puede estimarse como plausible, por lo que no habría nada que comentar al respecto.

5. Comentario y balance

Vamos a abordar el análisis sobre los fundamentos conceptuales a partir de la dogmática jurídica de la anticipación delictiva que caracteriza a los delitos de cohecho y tráfico de influencias. Respecto a la primera conducta, constitutiva de un delito de tráfico de influencias de servidor público, la Corte, en la sentencia objeto de análisis, mantiene la siguiente posición:

«Es un delito de mera conducta, además de lo indebido en la utilización de la influencia, la conducta del influenciador adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos en los denominados de mera conducta, en tanto no se requiere la consecución del resultado, esto es, el éxito en la gestión del influenciado o la aceptación del requerimiento por parte de éste, basta que se despliegue el acto de la indebida influencia para consumir el delito»⁴.

Frente a esta valoración, cabría además resaltar el carácter anticipatorio del delito de tráfico de influencias.

³ En el fallo se recoge que el objeto de protección es la integridad de la función pública, integridad que se sustenta en el interés general que debe garantizar la eficacia de los principios de igualdad de trato, así como la posibilidad de formar un orden justo como fundamento del Estado colombiano.

⁴ SCSJC 9/2021, p. 24.

La Corte sostiene que el traficante de influencias es tanto determinable como autónomo en la realización de su acción indebida y, por ello, no es necesario constatar la posterior realización de conductas indebidas o ilícitas para poder determinar la consumación del delito. Éste, a nuestro modo de ver, se corresponde también con los denominados delitos instrumentales o de corte medial. Pues bien, y si se me permite la expresión, no hay un tráfico de influencias en sí mismo, pues siempre se trafica con el propósito de alcanzar algo. Por ejemplo, el traficante influye con el propósito de apoderarse de bienes públicos, o cuando opera en el autor ánimo de falsificar documentos para adquirir algún beneficio, en ambos casos, que podrían ampliarse con facilidad, sobresale un propósito posterior determinado. Respecto a la segunda conducta delictiva, delito de cohecho por dar u ofrecer, la Corte mantiene la siguiente posición:

«La dinámica propia de la forma de ejecución de este ilícito no requiere una inmediatez entre el acto demandado por el oferente corruptor y el cumplimiento de la canonjía por la que se vende la función pública; inclusive no se precisa que el acto demandado sea en sí mismo de contenido ilícito»⁵.

En coherencia con el extracto citado relacionado con el delito de cohecho, hasta donde alcanzo, se evidencia también su carácter instrumental. Sin embargo, para la Corte se trata de un delito de peligro⁶ y afirma que el límite que desplaza el delito de tráfico de influencias respecto del tipo de cohecho está en el ofrecimiento de la contraprestación. Sostiene, conjuntamente, que estas formas delictivas no admiten tentativa.

Esta última afirmación no resulta plausible, pues se aprecia incongruente al tenor del precepto contenido en el art. 27 del código penal colombiano⁷. Respecto a la imposibilidad de determinar la tentativa en los delitos de cohecho⁸, considero que quien inicia la ejecución de un ofrecimiento mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación sin alcanzar el resultado, en el marco de los delitos contra la Administración Pública, también traiciona su compromiso de hacer respetar la Constitución, así como su obligación ciudadana de acatar la ley y el deber de actuar de manera transparente y honesta. Es cierto que estas formas imperfectas de ejecución no suelen presentarse con habitualidad debido a múltiples circunstancias. Sin embargo, no comparto la imposibilidad de que tal clase de conductas den lugar a una tentativa. Vamos a argumentar mediante ejemplos: cuando la solicitud u oferta en el cohecho se realiza por un correo que luego es interceptado o se pierde antes de llegar a su destinatario; o cuando el ofrecimiento se canaliza mediante un intermediario, pero finalmente la oferta no llega al destinatario de la solicitud. En supuestos como estos, donde la conducta desplegada se aprecia como probabilísticamente apta para conseguir el resultado perseguido, ¿por qué deberían quedar impunes acciones cuyo único propósito es afectar el buen funcionamiento del aparato estatal? Según entiendo, si un sujeto comienza a ejecutar una conducta descrita en la Parte Especial, pero sin conseguir desarrollarla de forma íntegra —por motivos ajenos a su voluntad— como ocurre en la interceptación del correo, en el extravío de la misiva u otros escenarios, comete una

⁵ SCSJC 9/2021, p. 28.

⁶ SCSJC 9/2021, pp. 30-32.

⁷ Art. 27 CPC: «El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada».

⁸ SCSJC 9/2021, p. 32.

tentativa de cohecho y debe responder por ello⁹. A mi juicio, la antijuridicidad de estas conductas se aprecia en la manifestación dolosa del sujeto, cuando exterioriza la pretensión de corromper el aparato estatal o si se prefiere, cuando el sujeto expresa diferentes formas de ataque a la Administración que podrían lesionar distintos bienes jurídicos¹⁰. En ese sentido, para admitir la punibilidad, bastaría que la conducta realizada por parte del sujeto ponga en peligro el bien jurídico protegido y esta valoración, a mi parecer, no se distancia de los fundamentos sobre el castigo de la tentativa en el ordenamiento colombiano¹¹.

Respecto al segundo punto, esta clase de delitos —cohecho y tráfico de influencias—, se corresponden mejor con la denominación de *delitos instrumentales* y no tanto con la categoría de *delitos de peligro*¹². Así pues, entiendo que los delitos instrumentales, son *herramientas* para la comisión de otros *delitos* o para la confección de otras *infracciones penales*. El delito de cohecho no se caracteriza, en efecto, por ser un clásico delito de *resultado*¹³, si se me permite la expresión. Pero, como se sabe, esto no quiere decir que no exista un *resultado* como tal en el mundo fenoménico, lo que ocurre es que en él efectuamos una valoración *sobre los efectos* de una manera distinta. En ese sentido, es necesario apreciar la materialización de una propuesta en donde se relacione la recepción de dinero u otra utilidad, o la aceptación de una promesa remuneratoria para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o, en similar dirección, y como ocurrió en este caso, para ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales del funcionario. Conjuntamente, la conducta debe *realizarse* en un contexto que resulte objetivamente relevante para lesionar el bien jurídico o, al menos, para ponerlo en peligro.

⁹ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, BdeF, Buenos Aires, 2016, pp. 487-510. Siguiendo las valoraciones de REYES ALVARADO, también entiendo que la corrupción y los delitos de corrupción —en un sentido genérico—, asimismo pueden valorarse como intentos de acuerdos contrarios a Derecho y estos acuerdos buscan, por lo general, solucionar conflictos y llegar a soluciones a través de la violación de las normas. Semejante, también, a los ejemplos citados: SAP Málaga, Sección 2.ª, de 15 de octubre de 2004 (ECLI:APMA:2004:5403); STS 208/2006, Penal, de 20 de febrero (ECLI:TS:2006:978). A todo esto, dicha posición, desde mi parecer, no se contradice con el principio de intervención mínima, esto es, la idea de un mínimo número de delitos con penas limitadas e imprescindibles. En efecto, los tipos incongruentes, como entiendo que son las tentativas, contienen también un *resultado*, requiriendo que su autor haya ocasionado un *resultado* de puesta en peligro. Pues bien, en ello se baja dogmáticamente la legitimación del adelantamiento de las barreras de punición que suponen esta clase de normas, pues ya desde el intento de cometer una infracción penal se aprecia la modificación de un estado aprobado —en términos jurídicos— con una ejecución jurídicamente desaprobada en los mismos términos. Véase al respecto, QUINTERO OLIVARES, «Aspectos generales», en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 32-35.

¹⁰ KINDHÄUSER, «Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft», *ZIS*, (6), 2011, pp. 461 s. Si no lo malinterpreto, los actos relacionados con la corrupción pueden dirigirse contra diversos intereses legales y, en ese orden, estima que lo concluyente para la legitimidad de dichas conductas es demostrar que el perpetrador al menos intenta lesionar un interés jurídico o que pretende colocarlo en peligro. Esta tesis sostenida por KINDHÄUSER tiene como consecuencia la aceptación de que los delitos de corrupción están dentro de diversos campos sociales, destacando especialmente su carácter expansionista.

¹¹ Similar, con razón, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 614 s.

¹² Entre quienes incluyen este delito como tipo de peligro, DE LA MATA BARRANCO, «Relación concursa entre los delitos de cohecho y prevaricación», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, v. II, UCLM, Salamanca, 2001, pp. 314, 324; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 5.ª ed., 2008, p. 1102; CRESPO BARQUERO, «Corrupción y tráfico de influencias», *El nuevo código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (III)*, pp. 483-525; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública» en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1191.

¹³ OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.ª ed., 2004, § 4, n. 8.

A mi modo de ver, la anticipación de las barreras de protección en el delito de cohecho se aprecia en la propia naturaleza del tipo, pues este se muestra como un muro de contención cuyo objetivo es evitar resoluciones o actuaciones injustas en el marco de las actividades de la función pública¹⁴. Sabemos que, en el cohecho, no hace falta que se consiga la producción del *resultado injusto pactado o la oferta ofrecida*¹⁵, pues basta con la manifestación de la propuesta remuneratoria corrupta para que surja la afectación del bien jurídico. Es aquí donde también sobresale el carácter preparatorio e instrumental de este delito. Como puede verse, en esta clase de normas, el legislador no espera a que se produzca, por ejemplo, la dilación indebida de una resolución que impone la sanción por el impago de alimentos en una causa de familia, sino que castiga los actos previos en donde se sustentará la comisión de posteriores manifestaciones o *resoluciones injustas*¹⁶. Dicho de otra manera, mediante estos tipos penales, se pretende anticipar a la realización de conductas que, en definitiva, afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Pero esa valoración no debe asimilarse como una expresión somera o excesivamente genérica, dado que la barrera de contención que apreciamos en el delito de cohecho está para evitar acciones posteriores tan graves como la prevaricación judicial, que pueden derivar en resultados muchas veces irreversibles. Como se adelantó, basta con que el funcionario acepte una promesa remuneratoria para redactar un acto que se entiende como contrario a sus funciones o que el proponente intente corromper la Administración mediante un ofrecimiento. Es este, precisamente, el carácter instrumental y anticipatorio en el marco de la expansión del Derecho penal que ocupa el delito de cohecho¹⁷.

Al estudiar la estructura típica, podemos ver que el delito de cohecho se corresponde con la categoría de delitos instrumentales, pues sirve de base para la evitación de otras conductas en donde se pueden lesionar o afectar otros bienes jurídicos, incluso delitos destinados a los relacionados con la Administración de Justicia. Cuando nos referimos a delitos instrumentales, no estamos ante una fase intermedia entre la consumación del tipo y la tentativa del delito fin, sino ante un período anterior a la tentativa del delito que se planifica, como ocurre en el cohecho.

¹⁴ Hasta donde alcanzo, cuando nos centramos en esta serie de supuestos, podemos ver que la injusticia también se deriva en la desigualdad que puede generarse a la hora de acelerar una resolución o una actuación que el funcionario debe realizar en el ámbito de sus funciones, pero que colocan en desventaja al resto de los ciudadanos que no participan en la dinámica corrupta. Más claro aún puede observarse en el caso que analizamos, en donde se castiga la emisión de una oferta de compra de la justicia.

¹⁵ También de esta opinión: CÓRDOBA RODA «Delitos contra la Administración Pública», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 2002-2003; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*, 6.ª ed., en RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), La Ley, Madrid, 2017, p. 2241; FEIJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1130; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, «Delitos contra la Administración Pública (II)», en LOS MISMOS/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 688; BLANCO CORDERO, «Delitos contra la Administración Pública», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010 p. 1580; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Código Penal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 2309; CRESPO BAQUERO/CAMARERO GONZÁLEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Tomo II Art. 234 a 616 quáter*, Comares, Granada, 2018, p. 2551; MESTRE DELGADO, «Delitos contra la Administración Pública», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 879-884.

¹⁶ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, § 11 nm. 119. Es de sobra conocido que el legislador cuenta con la capacidad de anticipar la intervención a fases anteriores a la consumación. Puede hacerlo mediante figuras dependientes, pienso en «la tentativa» o «actos preparatorios punibles», pero también puede presentar figuras autónomas, por ejemplo, «delitos instrumentales» como el cohecho o el tráfico de influencias.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011, *passim*.

Al revisar la definición que el legislador ofrece para esta clase de normas, vemos que los delitos instrumentales no se corresponden con ninguna de las siguientes manifestaciones delictivas: tentativa o consumación de un determinado delito fin, pensado siempre en la planificación que apreciamos en el cohecho, en el tráfico de influencias o en otro delito instrumental¹⁸. Por mandato del legislador penal, entendemos que en los delitos instrumentales la preparación de ciertos ilícitos, a través de determinados instrumentos, equivale a efectos punitivos a la consumación formal del tipo. Solo es necesaria la determinación de una conducta jurídicamente relevante a efectos de lo que la norma pretende evitar, para dar lugar a la aplicación a estos preceptos y, en tal sentido, la preparación de la ofensa al bien jurídico es la base para fundamentar el injusto en esta clase de delitos. Se trata, en definitiva, de sistemas preventivos. En efecto, podemos ver que los delitos instrumentales se corresponden con una modalidad específica de delito consumado en la que el legislador considera que el hecho de preparar un delito debe ser valorado ya como consumación. En tal sentido, cabe la posibilidad de admitir la tentativa para ciertos supuestos siempre que se detecte una inequívoca puesta en peligro para los bienes jurídicos. Así pues, considero que el castigo de la tentativa en los delitos que hemos analizado abonaría a los criterios de la prevención general negativa.

Resulta indiscutible que, en los delitos instrumentales, como entiendo también es el cohecho, no se sanciona la fase de ejecución del respectivo delito fin (*malversación de caudales públicos, falsedad documental, prevaricato...*), sino actos de preparación o de construcción de otros delitos. En tal orden, alguien comete un delito instrumental siempre que su conducta se corresponda con una función delictiva sin importar que se materialice el respectivo delito fin¹⁹.

6. Conclusión

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana que hemos comentado pone de relieve que la discusión sobre la conveniencia del castigo de la tentativa en normas penales que anticipan las barreras de protección sigue abierta. En tal sentido, parece necesaria la confección de interpretaciones y restricciones teleológicas que conduzcan a aplicaciones sopesadas y prudentes a la hora de aplicar el castigo de la tentativa en delitos como el cohecho.

La Corte ha perdido una oportunidad para orientar a los juzgados y magistrados de instancias inferiores en la confección del castigo de la tentativa en los delitos de corrupción. Y sostengo que ha perdido una oportunidad ideal por tratarse de un caso muy sonado. No hay que olvidar que rige en Colombia el deber de ajustar las decisiones de los tribunales inferiores a lo resuelto por la Corte Suprema.

En los delitos contra la Administración pública (*como el cohecho, el tráfico de influencias, la prevaricación...*), la tentativa es estructuralmente posible. Dicha figura debería sancionarse siempre que la acción desplegada por el sujeto sea interpretada, objetivamente, como el inicio de la ejecución y no como un simple acto preparatorio y, para ello, el obrar del sujeto deberá presentarse, externamente, como capaz de lesionar el bien jurídico protegido.

¹⁸ HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2019, pp. 5291-5294.

¹⁹ El fenómeno de la instrumentalidad como delito debe ser asimilado como una base sólida en la que se sustentan las condiciones necesarias para atacar un bien jurídico y esto puede apreciarse cuando revisamos delitos contra la Administración Pública, ocurre tanto en el cohecho como en el tráfico de influencias.