

La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Origen, desarrollo y decadencia

Sumario

El trabajo analiza el abandono por parte del TC de la llamada doctrina del efecto de desaliento, cuyo principal objetivo es hacer efectivas las exigencias del principio de proporcionalidad. Las consecuencias dogmáticas de dicha doctrina son incuestionables en tanto que evita que se castiguen penalmente conductas que, pese a no ser ejercicio legítimo de un derecho, pertenecen al ámbito material del derecho y, por ende, su sanción penal podría desalentar a los ciudadanos de ejercer sus derechos ante el temor de que su conducta caiga del lado de lo prohibido.

Trasladar este esquema a la política criminal y a la interpretación de los delitos relacionados con el denominado discurso de odio sería especialmente útil porque si algo es claro en relación con el tratamiento legislativo y jurisprudencial - ordinario y constitucional- que recibe el llamado “discurso extremo” es el hecho de que en demasiadas ocasiones se prescinda del juicio de proporcionalidad. Sin embargo, pese a la utilidad inherente a la doctrina del desaliento, el TC se limita a hacer proclamaciones vacías acerca del contenido de tal doctrina, sin extraer de ello las oportunas consecuencias, como lo demuestran, entre otras, las recientes SSTC 190/2020 y 133/2021.

Abstract

The paper analyzes the fact that the Constitutional Court has limited the proportionality control. Especially, the focus is on the rejection by the Constitutional Court to use the so-called chilling effect doctrine, whose main objective is to make effective the requirements of the principle of proportionality.

The dogmatic consequences of chilling effect are really useful because it prevents the criminal punishment of conducts that, despite not being the legitimate exercise of a right, belongs to the material scope of the right (e.g. crimes related to hate speech). In these cases the criminal sanction could discourage citizens from exercising their rights in fear that their conduct falls on the side of what is prohibited. Despite this, the TC limits itself to making empty proclamations about the content of such doctrine, without drawing the appropriate consequences from it, as shown, among others, by the recent SSTC 190/2020 and 133/2021.

Zusammenfassung

Die Arbeit analysiert die Abkehr des Verfassungsgerichts von der sogenannten Lehre der abschreckenden Wirkung, deren Hauptziel die wirksame Anwendung der Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist. Die dogmatischen Folgen dieser Lehre sind unstrittig. Danach wird die strafrechtliche Ahndung von Handlungen verhindert, die zwar keine rechtmäßige Ausübung eines Rechts darstellen, aber dennoch zum materiellen Geltungsbereich des Rechts gehören, weshalb ihre strafrechtliche Ahndung die Bürger aus Furcht davor, dass ihr Verhalten auf die verbotene Seite fällt, von der Ausübung ihrer Rechte abschrecken könnte.

Die Übertragung dieses Schemas auf die Kriminalpolitik und die Auslegung von Straftatbeständen in Zusammenhang mit sogenannten Hassreden wäre besonders

nützlich, denn wenn bei der – gewöhnlichen und verfassungsrechtlichen – Behandlung sogenannter „extremer Äußerungen“ durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung etwas klar ist, dann ist es die Tatsache, dass die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu häufig außer Acht gelassen wird. Trotz des Nutzens, der mit dieser Lehre der abschreckenden Wirkung einhergeht, beschränkt sich das Verfassungsgericht auf leere Erklärungen bezüglich des Inhalts einer solchen Lehre, ohne daraus die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Dies zeigt sich unter anderem in den jüngsten Entscheidungen 190/2020 und 133/2021 des Verfassungsgerichts.

Title: *The chilling effect doctrine in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court. Beginning, development and decline*

Titel: *Die Lehre von der abschreckenden Wirkung in der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts. Entstehung, Entwicklung und Niedergang*

-

Palabras clave: principio de proporcionalidad, efecto de desaliento, derechos fundamentales, control constitucional de la ley penal

Keywords: *proportionality, chilling effect, constitutional control, criminal law.*

Stichwörter: *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, abschreckende Wirkung, Grundrechte, Verfassungskontrolle des Strafrechts*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i2.03

-

Recepción

11/02/2022

-

Aceptación

08/03/2022

-

Índice

-

1. Planteamiento

2. La doctrina del efecto de desaliento. Deshaciendo equívocos

2.1. Concepto

2.2. Un equívoco frecuente: la inadecuada confusión entre el efecto de desaliento y los fines de la pena

2.3. Efecto desaliento, proporcionalidad y contenido esencial de los derechos fundamentales

2.4. Efecto desaliento, proporcionalidad y principio de legalidad

3. La función dogmática del efecto desaliento. Remisión

3.1. Efecto desaliento y proceso de tipificación

3.2. Efecto desaliento y aplicación de los tipos

4. El efecto de desaliento en la jurisprudencia del TC

4.1. Origen

4.2. Ulteriores desarrollos: más allá de la trascendental STC 136/1999

4.3. Decadencia: dos sentencias a modo de ejemplo

a. La STC 190/2020, de 15 de diciembre: ultrajes a la bandera

b. La STC 133/2021, de 24 de junio: el asalto al Parlamento de Cataluña

5. Conclusión

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento

La STC (Sala 1ª) 199/1996, de 20 de julio (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1997), puso en el centro del debate la llamada “doctrina del efecto de desaliento”, que, sin ser nueva en nuestra jurisprudencia constitucional, tuvo una singular relevancia a la hora de otorgar el amparo a los demandantes y suscitó un debate doctrinal que en España era, hasta entonces, inexistente.

Dicha sentencia, como luego veremos con más detalle, estimó que la pena prevista en el Código penal para el delito de colaboración con banda armada¹ por el que fueron condenados los demandantes era desproporcionada y, en su virtud, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria pese a compartir con el tribunal de instancia que la conducta no era ejercicio de un derecho fundamental y había sido correctamente subsumida en el tipo por el que los acusados fueron condenados. Sin duda, lo más trascendente de esta polémica resolución radica en el hecho de que por primera vez el TC otorgara tanta trascendencia al juicio de proporcionalidad estricta y también por vez primera anulase una condena por desproporción de la consecuencia jurídica. Ciertamente, atendido el contenido que la jurisprudencia constitucional venía atribuyendo al principio de prohibición de exceso, no era posible cuestionar ni la finalidad- constitucionalmente irreprochable- perseguida con la sanción penal, ni la abstracta idoneidad del recurso a la misma como medio para preservar bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas o la paz social, al tratarse de «una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración» (FJ 27º). Tampoco el juicio de necesidad, tal y como este se concebía y concibe por la jurisprudencia constitucional, resultaba comprometido, toda vez que no era fácil argüir que existían medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia para tutelar unos bienes cuya relevancia autorizaba el recurso a la vía penal. El acento, pues, se puso en el juicio de proporcionalidad estricta, habida cuenta de que la pena mínima que el precepto obligaba a imponer era, además de una cuantiosa multa, la de seis años y un día de prisión. Es llegado a este punto cuando el TC afirma rotundamente que

«la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas» (FJ 29º).

«(...) La aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas».

«d) Finalmente, debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública

¹ Art. 174 bis a):

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite *cualquier acto de colaboración* que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y *cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación*, económica, o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos» (FJ 29º *in fine*).

Aunque, como decía, el TC se había referido al efecto de desaliento (o *chilling effect*) en anteriores resoluciones, la STC 136/1999 motivó un debate general acerca de las posibilidades y límites del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad y, en lo que ahora nos interesa más concretamente, suscitó encendidas críticas hacia aquella doctrina que los más frívolos consideraron un puro artificio dialéctico o una simple ocurrencia. Por fortuna, otros muchos - teóricos y prácticos- tomaron conciencia de las consecuencias dogmáticas inherentes a aquella doctrina constitucional que afirmaba que la lesión de las libertades también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que, sin ser ejercicio de un derecho, se relacionan con el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Ante ese tipo de conductas, la doctrina en cuestión se alzaba como un imperativo de moderación en el recurso a la pena dirigido, en primer término, al legislador y, en segundo lugar, al juez. Al primero le conmina a no sancionar penalmente conductas levemente ofensivas y muy cercanas al legítimo ejercicio del derecho fundamental y, en su defecto, a no sancionarlas con penas excesivamente severas. Por lo que al juez respecta, le obliga a interpretar esos tipos penales aplicando un estándar de proporcionalidad reforzado que, lógicamente sin apartarse de la legalidad, excluya del tipo las conductas de abuso de derecho escasamente ofensivas o, de no ser tal cosa posible, recurra a los mecanismos legales pertinentes para evitar que la reacción penal resulte desproporcionada. En suma, la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción penal, se alza como un límite constitucional esencial que la efectividad de los derechos fundamentales impone al legislador y al aplicador del Derecho como límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

En lo que sigue se analizará la doctrina del efecto de desaliento con el objetivo, en primer lugar, de deshacer equívocos. Seguidamente, se expondrá con más detalle cuál es su potencial dogmático y, finalmente, se pondrá de manifiesto el indiscutible abandono que de tal doctrina ha hecho el TC en ocasiones en que el recurso a la misma hubiera evitado la sanción desproporcionada de conductas que, pese a representar un abuso del derecho, no estaban necesitadas de pena o, al menos, no eran merecedoras de tanta pena.

2. La doctrina del efecto de desaliento. Deshaciendo equívocos

2.1. Concepto

Dicho muy brevemente, el efecto de desaliento es el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado.

La referida doctrina se aplica, pues, a conductas que son excesos en el ejercicio del derecho, conductas que, sin embargo, se relacionan con el mismo porque no son, en puridad de términos, hipótesis que queden fuera de sus fronteras, el límite conceptual más allá del cual el derecho en

cuestión deja de existir². Algunos supuestos que *ab initio* podrían subsumirse en el tenor literal de los delitos cometidos “con ocasión” del ejercicio de derechos fundamentales y las libertades públicas previstos en el capítulo IV del Título XXI CP son el mejor, aunque no el único, ejemplo de aquel tipo de conductas, que, pese a lo que se ha dicho, no es un *tertium genus*³ entre la licitud y su contrario. Son conductas ilícitas. Cuestión distinta es que deban ser penalmente castigadas o, de serlo, deban sancionarse con una pena de cierta entidad. Hay, pues, que valorar si la sanción penal -o tanta sanción- puede conducir al ciudadano a desistir de ejercitar legítimamente el derecho ante el temor de que su conducta, finalmente, caiga del lado de la red que separa lo lícito de lo penalmente ilícito. Así las cosas, la doctrina que nos ocupa estima contrario a las exigencias de la prohibición de exceso utilizar la amenaza para que, ante semejante dialéctica, el ciudadano opte por abstenerse de actuar, ya sea por la pena en sí, ya sea por lo que la simple iniciación de un proceso penal representa, no solo en términos de libertad (posibilidad de adoptar medidas cautelares privativas o restrictivas de libertad) como de afectación de otros derechos, singularmente el honor.

Podrá decirse que dicho efecto puede producirse por factores de naturaleza bien diversa que a cada cual le afligen de una manera distinta, de modo que, ciertamente, no hay que descartar que la imposición de una cuantiosa indemnización civil o una sanción administrativa pueda, de hecho, provocarlo en mayor medida que una sanción penal. Sin embargo, este planteamiento incurre en un error categorial, ya que no se trata de decidir qué es lo que *de facto* desalienta en mayor medida, sino de inquirir si es legítimo que el Derecho penal produzca tal efecto. Estamos en el ámbito de la legitimación del castigo y en ese marco, la proscripción del desaliento, como criterio inserto en el principio de proporcionalidad penal, lo que postula es excluir *al Derecho penal* como factor de desánimo. Carecen, pues, de sentido ideas tales como las de quienes⁴ exigen la necesidad de aportar datos empíricos que demuestren que el Derecho penal provoca efectos de desaliento superiores o inferiores a los de otros instrumentos represivos. Aunque estos últimos superaran a los que el Derecho penal genera, lo cierto es que la real afectación que producen en las libertades ciudadanas no alcanza a la que de suyo tiene el Derecho penal, que, precisamente por ello, exige una justificación “reforzada”. Por lo mismo, carece de solidez la objeción de que lo que desalienta es el recurso a la pena y no la medida de esta⁵. Nuevamente procede recordar que lo que impone el efecto de desaliento, en tanto que criterio inserto en la máxima de proporcionalidad estricta, es evitar aquel en tanto que efecto carente de justificación racional. Por eso acierta plenamente CUERDA RIEZU⁶ cuando en su comentario a la STC 136/1999

² Por el contrario, los excesos que quedan fuera de esas fronteras desnaturalizan y desfiguran el derecho en cuestión (así, mostrar mi desacuerdo con la vacunación obligatoria para entrar en locales de ocio montando un “macrobotellón” en una plaza pública nada tiene que ver con el derecho consagrado en el art. 20 CE y las posibles sanciones no representan, pues, límite alguno al ejercicio del derecho).

³ Me permito, pues, discrepar de las consideraciones que hace García Amado en el sentido de que con ello se esté creando una “zona intermedia” entre el ejercicio de un derecho justificado y un ejercicio ilegítimo, dando paso a una suerte de ejercicio abusivo que excusa de responsabilidad penal («Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 206). Lo que se está diciendo no es exactamente eso. Lo que digo es que no cabe reaccionar desproporcionadamente contra el acto ilícito, que podrá ser sancionado pero deberá serlo de manera proporcionada, lo que, en ocasiones, excluirá la vía penal y, en otras, exigirá atemperar la reacción utilizando a tal efecto los oportunos mecanismos legales.

⁴ Vid., GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 2003, pp. 138, s.

⁵ Vid., entre otros muchos, BILBAO UBILLOS, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador», *Revista española de derecho constitucional*, (58), 2000, p. 322, n. 59.

⁶ CUERDA RIEZU, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO

se desmarca de la mayoría e indica que el efecto de desaliento que se trata de combatir es el fragmento que está aquejado de desproporción, el que carece de legitimación y, por ende, vulnera el derecho fundamental afectado.

Recapitulando, cuando decimos que la norma penal no *debe* producir ese efecto, de lo que hablamos es de la obligación que el Estado tiene, como titular del *ius puniendi*, de evitar que la sanción penal de la conducta ilícita pueda desalentar el que se lleven a cabo otras que sí son legítimas. Dos son, por tanto, los elementos claves del concepto: a) la finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; no, claro está, potenciar la realización de conductas ilícitas y b) su aplicación –legislativa y judicial- se proyecta sobre conductas que no son ejercicio legítimo de un derecho, sino extralimitaciones del mismo.

2.2. Un equívoco frecuente: la inadecuada confusión entre el efecto de desaliento y los fines de la pena

Como ha subrayado DEMETRIO CRESPO⁷, hay que distinguir claramente el efecto disuasor que nos ocupa de los fines de la pena. La sanción penal, como es de todos conocido, persigue, principalmente mediante la intimidación, la evitación de conductas penalmente ilícitas, un objetivo legítimo sobre el que no se proyecta la proscripción del desaliento, que no persigue –sería absurdo- privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria. Lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de otros derechos, ya que, de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos de ejercer sus derechos constitucionales.

Por tanto, los legítimos fines de prevención general y especial a través de los cuales la pena cumple su función de tutela no están afectados por la proscripción de desaliento que aquí nos concita. Pese a lo que BILBAO UBILLOS ha dicho, la doctrina en cuestión no busca «proteger a delincuentes y a terroristas frente a la ley»⁸, sino, por el contrario, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales proscribiendo que el Derecho penal –sea la ley o la interpretación de la misma- constituya un factor de desánimo del futuro ejercicio legítimo de un derecho, por lo que la exclusión de la pena o el recurso a mecanismos legales que la moderen es el justiprecio –por usar un símil del agrado del constitucionalista mencionado- que en un Estado de Derecho hay que pagar para satisfacer el deber positivo que para ese Estado se deriva de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Ese es, pues, el primer equívoco que hay que deshacer: su confusión con los fines de la pena. En este sentido, como ya dijera tempranamente CUERDA RIEZU, lo que quiso decir la STC 136/1999 no es que era ilegítimo castigar conductas que podían calificarse como colaboración con banda armada. Era y es constitucionalmente intachable servirse de la fuerza de la pena para inhibir a la generalidad de colaborar con organizaciones criminales. Pero carecía de legitimación hacerlo con una pena tan excesiva que, añadida a la amplitud del precepto, podía desalentar a los ciudadanos de ejercer los derechos a la libertad de

CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 253.

⁷ DEMETRIO CRESPO, «Constitución y sanción penal», en EL MISMO, *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, 2020, p. 137. En el mismo sentido, COLOMER BEA, «La doctrina del efecto de desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, (41), 2019, p. 112

⁸ BILBAO UBILLOS, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al Legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (58), 2000, pp. 322 s.

expresión y participación en asuntos públicos. Brevemente: la función y fines de la pena nada tienen que ver con amedrentar al ciudadano de modo y manera que desista de ejercer sus derechos.

2.3. Efecto de desaliento, proporcionalidad y contenido esencial de los derechos fundamentales

Mucho se ha discutido acerca de si tal prohibición de desánimo debe residenciarse en el juicio de necesidad o en el de proporcionalidad en sentido estricto. Así, LOPERA MESA no duda en incluir el *chilling effect* en este último juicio. A juicio de LOPERA MESA, en dicho juicio no hay que ponderar solamente la gravedad de la pena con que se conmina la conducta prohibida sino también otros muchos factores que determinan el grado de afectación de los derechos fundamentales que, a la postre, resultan concernidos por la intervención penal. Y, justamente, aquel es uno de los más destacados efectos secundarios lesivos que puede desencadenar la reacción penal⁹. Otros autores optan por poner el acento en la menor gravedad que es predicable de las conductas que, aun ilícitas, están en el ámbito de relación del derecho afectado por el desaliento¹⁰, lo que, aunque con fundamentación distinta, les lleva también a vincular la exigencia constitucional al juicio de proporcionalidad estricta y, más precisamente, a la que debe existir entre gravedad del hecho y gravedad de la pena. Con ese mismo razonamiento, podría, sin embargo, sostenerse igualmente que la proscripción del desaliento es un elemento más a considerar en el juicio acerca de la necesidad de la intervención, en cuanto que, de un lado, estamos ante conductas cuya relación con un derecho fundamental les resta gravedad y, de otro, la intervención penal puede comportar la restricción indirecta de este, lo cual no puede ser ignorado a la hora de valorar la necesidad imperiosa de la intervención penal. En todo caso, ni ahora interesa entrar en los problemas que suscita la configuración de un principio garantista en términos de costos-beneficios, ni creo que sea verdaderamente relevante desentrañar en qué “subprincipio” de la prohibición de exceso hay que radicar la proscripción del desaliento, pues raramente de este tipo de pretensiones sistemáticas se deriva una justicia mejor. Interesa en mayor medida la consecuencia: allí donde la conducta discurre en los márgenes de un derecho fundamental se incrementa la carga de justificación de la intervención penal, que, según lo expuesto, se somete a un canon de proporcionalidad reforzado por los efectos colaterales que produce en el legítimo ejercicio del derecho fundamental, lo que, naturalmente, obliga al legislador primero y al juez penal después a actuar en consecuencia.

Ahora bien, convendría clarificar las relaciones que mantienen el límite que la proporcionalidad impone a la política legislativa y a la interpretación judicial de la ley y el representado por el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Se trata, como es sabido, de una cuestión polémica, especialmente en lo que afecta a la actividad legislativa. Frente a quienes estiman que al contenido esencial compete un papel autónomo como criterio de enjuiciamiento de la ley limitadora, están los que, como BERNAL PULIDO¹¹ o

⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 241 s., 507 ss.; LA MISMA, «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 116 s. Vid. asimismo PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pp. 273, 296.

¹⁰ Así, NAVARRO FRÍAS, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret*, (2), 2010, p. 20.

¹¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2005, pp. 771 ss.

LOPERA MESA¹², rechazan otorgarle ese protagonismo por entender que la indeterminación que rodea al concepto no autoriza tal cosa. Por ello, estos últimos autores, en la línea de ALEXY, insertan la idea de contenido esencial en el juicio de proporcionalidad, como una pauta más para medir la intensidad de la afectación del derecho fundamental en tanto que parámetro a tener en cuenta para realizar el juicio de ponderación. Así, en palabras de BERNAL PULIDO, «la intensidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental será mayor cuanto mayor sea el cumplimiento de las exigencias del contenido esencial formuladas por el TC en la STC 11/1981», lo cual, según la construcción que este autor ofrece del principio de proporcionalidad afecta a la primera de las magnitudes que deben ser ponderadas y que tiende a medir la importancia de la intervención en el derecho fundamental¹³. Por el contrario, autores como MEDINA GUERRERO¹⁴ o BARNES¹⁵ reclaman la autonomía del contenido esencial como límite inatacable por el legislador, quien solo podrá intervenir en la zona externa del derecho, esto es, en el “contenido *inicialmente* protegido”, cuyos elementos integrantes pueden ser sacrificados para preservar otros derechos o bienes con relevancia constitucional siempre que la intervención respete el principio de proporcionalidad¹⁶. Eso es también lo que, tras superar algunas vacilaciones iniciales¹⁷, vino a decir el TC en la STC (Pleno) 196/1987, de 11 de diciembre (BOE núm. 7, de 8 enero 1988), a cuyo tenor:

«las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no *sólo* que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen» (FJ 5º).

A mi modo de ver, negar al contenido esencial el carácter de límite autónomo frente al legislador resulta, en términos generales, insatisfactorio porque degrada la garantía del contenido esencial que nuestra Constitución parece querer sustraer a la acción legislativa (art. 53.1 CE). Otorgar ese papel a dicha garantía, por otra parte, no impide reconocer que el principio de prohibición de exceso es, como ha dicho HÄBERLE, el eje sobre el que debe girar un sistema armónico de derechos

¹² LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 521 ss.

¹³ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 761 ss.

¹⁴ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996.

¹⁵ BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de derecho público*, (5), 1998.

¹⁶ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 1996, pp. 170, 115 ss.

¹⁷ Como señala GONZÁLEZ BEILFUSS, la falta de claridad en este punto se evidencia más en la argumentación de algunas sentencias que en el plano teórico y, en todo caso, no es una confusión generalizada (*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 2003, pp. 111, 37 (con cita de la STC 161/1987). En la p. 81 de la obra mencionada el autor cita para ilustrar lo dicho la STC 202/1999, de 8 de noviembre, donde se concede el amparo al trabajador que había impugnado sin éxito la medida adoptada por su empresa de crear una base de datos permanente denominada de “absentismo con baja médica” en la que figuraban los diagnósticos de las enfermedades que dieron origen a una situación de baja laboral por incapacidad temporal, sin consentimiento expreso de los afectados. El TC concluyó entendiendo que «la realización de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información» (FJ 5º).

La confusión aludida se evidencia también en el modo en que el TC articuló ambos elementos de control en la STC 62/1982, de 15 de octubre (Libro A Ver), donde se comienza admitiendo que la moral puede ser un límite de la libertad de expresión y, a partir de ahí, el Tribunal entiende que el paso siguiente es enjuiciar “si tal límite afectaría al contenido esencial” (FJ 3º A), cuestión que resuelve en sentido negativo por entender que se trata de una medida proporcionada. Ese modo de proceder oscurece, sin embargo, la autonomía del contenido esencial como garantía conceptualmente distinta a la que provee el límite de la proporcionalidad. Por ello, una vez que el TC hubo aceptado, pese a la débil argumentación que lo sostenía, que la moral era un límite a la libertad constitucionalmente admisible, lo que debió indagar es si el haz de facultades o posibilidades de actuación que, para tutelar la moral, cercenaba la norma sancionadora (el entonces vigente delito de escándalo público) pertenecía o no al contenido esencial del derecho limitado para, una vez excluido que así fuera, aplicar el test de proporcionalidad a la limitación impuesta.

fundamentales¹⁸. En todo caso, no puedo aquí entrar a terciar en un debate que nos apartaría del objetivo central que ahora me interesa en mayor medida, a saber: deshacer el equívoco según el cual el principio de proporcionalidad es un instrumento de delimitación del derecho fundamental *en manos del juez ordinario*.

En efecto, a menudo se olvida que el contenido constitucional del derecho fundamental es un límite a la interpretación judicial de la ley, pues para el juez no hay distingo pertinente entre contenido esencial y contenido constitucionalmente posible del derecho. Ante el juez, el derecho se afirma íntegramente en su delimitación constitucional, de manera que, en ausencia de una ulterior limitación legislativa, no puede aquel privarle de parte de ese contenido. Dicho de manera más clara: la conducta sometida a enjuiciamiento no está dentro o fuera del ámbito de un derecho fundamental en función de que el juez penal estime que su tipificación como delito y la sanción asignada se ajustan a los requerimientos de la prohibición de exceso. Confundir ambos planos es dejar a los derechos en la indefinición más absoluta. Por tanto, resulta imprescindible dejar claro que una cosa es la delimitación constitucional del derecho y otra la proporcionalidad en la aplicación de la ley.

A tal efecto, lo primero que cabe decir es que la delimitación del contenido constitucional de los derechos fundamentales compete, en última instancia, al juez de la CE y al juez ordinario solo le queda respetarla¹⁹. El juez ordinario no puede apartarse al socaire de la proporcionalidad de la definición constitucional del derecho ofrecida por el máximo intérprete de la CE, esto es, no puede ampararse en ponderación alguna para desatender los cánones de constitucionalidad conforme a los cuales debe determinarse si la conducta puede estimarse legítimo ejercicio de un derecho fundamental. Pese a tal obviedad, no es difícil encontrar resoluciones en las que se desconoce frontalmente el contenido del derecho tal y como ha sido delimitado por el TC. Eso es lo que acontece, por ejemplo, cuando se condena por delito contra el honor a quien emite juicios de valor que, pese a entrañar descrédito, no representan una injuria absoluta, o cuando se aplica el canon de veracidad a los juicios de valor o se les aplica a los hechos pero entendido en sentido objetivo y no como actuar diligente del informador, quien solo responde de la relevancia y veracidad subjetiva de lo que transmite. En tales casos, se vulnera el contenido constitucional de la libertad de expresión y, por consiguiente, estamos ante una resolución viciada de nulidad que no puede ampararse en ponderación alguna.

Pese a ello, esa sigue siendo la tesis defendida por quienes, implícitamente, conciben la eximente 7ª como un instrumento en manos del juez para resolver conflictos entre derechos ponderando los intereses en juego. Nada más erróneo. Lo único que el juez ordinario puede hacer es constatar si concurre o no la causa de justificación, pero no le corresponde a él ser quien decida, al margen de la definición constitucional del derecho, el contenido y alcance de la justificación. Una cosa es que la *ratio* de la eximente de ejercicio del derecho corresponda a la lógica del interés preponderante y otra cosa que el contenido de un derecho fundamental haya de sustanciarse por la vía de la ponderación. Si la conducta entra en el ámbito inatacable del derecho fundamental,

¹⁸ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des 19. Abs. 2 GG*, 3ª ed., 1983; y, de hecho, también en nuestra CE es al legislador a quien compete articular a partir de dicho principio la compatibilidad de derechos fundamentales.

¹⁹ No quiero decir con ello que el TC sea el único intérprete de la CE. Ser el intérprete supremo significa que hay otros, pero también que la interpretación de estos no podrá prevalecer frente a la de aquel. El principio de supremacía formal y funcional del TC se deriva tanto de la supremacía normativa de la CE como del carácter de intérprete supremo de aquella atribuido al TC. Separación orgánica, articulación competencial y supremacía formal y funcional del TC son los tres principios que deben orientar la interrelación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

no hay nada que ponderar: el interés preponderante es dejar al margen de la sanción penal el ejercicio de derechos fundamentales.

En suma, al principio de proporcionalidad no le corresponde jugar papel alguno en el momento en que el juez penal debe decidir si la conducta por la que se siguen las actuaciones pertenece al contenido esencial de un derecho fundamental. Para ese examen previo²⁰ a la verificación del delito deberá el órgano jurisdiccional enjuiciar exclusivamente si la conducta es ejercicio legítimo de un derecho fundamental. De llegarse a esa conclusión, las opciones son dos: a) plantear una cuestión de inconstitucionalidad si el tipo sanciona conductas que representan como regla general el ejercicio de tal derecho²¹ o b) si se trata de la sanción de conductas que, en casos concretos pueden resultar justificadas, excluir el castigo aplicando la eximente prevista en el art. 20.7 CP, sin entrar, pues, en ningún caso a analizar si sancionarla es o no contrario a las exigencias de la proporcionalidad. Por lo mismo, como bien dice CARDENAL MONTRAVETA «el interés en prevenir el efecto de desaliento y el hecho de que aquellos excesos puedan contribuir a su difusión no deberían poder llegar a justificar que se considere lícita una expresión innecesariamente ofensiva»²², pues ello supondría, en el ejemplo de este autor, desconocer la delimitación constitucional del derecho al honor; sin perjuicio, como el mismo autor señala, de que aquellas circunstancias se tengan en cuenta a la hora de decidir acerca de su relevancia típica o en el momento de la determinación de la pena.

Tal modo de proceder es el que mayores garantías ofrece para los derechos fundamentales y el único que puede conducir a soluciones unívocas, logro imposible tanto en el plano abstracto como en el concreto cuando el contenido mismo de los derechos se ventila en sede de proporcionalidad penal, cuya proyección sobre el derecho afectado debe ser posterior al momento en que se ha descartado que la conducta sea ejercicio de un derecho. Tras ser excluida esa posibilidad, es cuando procede aplicar la norma penal conforme a las exigencias que se derivan de la prohibición de exceso, principio que garantiza la proporcionalidad frente al acto ilícito. Se trata, como se observa, de dos pasos sucesivos y no superpuestos. Sin embargo, pese a la sencillez del esquema, lo cierto es que suelen aparecer entremezclados en las construcciones conceptuales y, lo que es más grave, en la práctica judicial cotidiana, lo que explica la existencia de profundas discrepancias jurisprudenciales que, con razón, desconciertan a los juristas y escandalizan al ciudadano.

Lo propio cabe decir –con mayor motivo– cuando la doctrina del *chilling effect* se aplica a conductas que entran inequívocamente dentro del contenido del derecho constitucionalmente protegido y respetan los límites establecidos para su ejercicio. Referir la proscripción de desaliento a la limitación desproporcionada de una conducta que supone ejercicio legítimo de derecho fundamental induce a confusión porque sugiere nuevamente que la proporcionalidad contribuye a delimitar el contenido intangible del derecho²³.

²⁰ No me estoy refiriendo a un orden lógico (el juez puede, si quiere, empezar por enjuiciar si falta el dolo o cualquier otro elemento típico). Me refiero a lo que debe tener prioridad en el orden de sus preocupaciones y la primera no puede ser otra que la de excluir que estemos ante el ejercicio de un derecho constitucional.

²¹ Una correcta técnica legislativa habrá dejado ya fuera del tipo conductas que representan en todo caso un ejercicio legítimo del derecho. Pero tenemos ejemplos de contrario (el viejo art. 607 CP 1995 al sancionar la negación del Holocausto al margen de cualquier peligro o el viejo art. 432 CP 1973 que castigaba la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, entre otros)

²² CARDENAL MONTRAVETA, «Libertad de expresión y proporcionalidad», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA ET. AL., *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, p. 729.

²³ Cfr. LAMARCA PÉREZ, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes*, 2011, p. 55.

2.4. Efecto de desaliento, proporcionalidad y principio de legalidad

Dos son, a mi modo de ver, las cuestiones que en este ámbito convendría clarificar. La primera: ¿es el efecto de desaliento solo y siempre un problema de legalidad y no de proporcionalidad? La segunda: ¿cabe aceptar la proporcionalidad contra la ley?

Al primer interrogante respondió afirmativamente el magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS en su voto particular a la STC 136/1999 y, más tarde, lo han sostenido colegas tan insignes como Díez Ripollés²⁴, Huerta Tocildo²⁵ y también una de las mejores monografistas del tema, la Dra. Lopera Mesa. Incluso esta última autora, cuya posición resulta más matizada, se opone a considerar que eso sea un problema de proporcionalidad y entiende que la desproporción de la pena es *solo* una consecuencia inevitable del carácter supra-incluyente del tipo como «consecuencia de la incertidumbre generada por la excesiva amplitud e indeterminación del tipo penal»²⁶.

Indiscutiblemente, la imprevisibilidad inherente a una ley carente de taxatividad puede motivar la autocensura del ciudadano a la hora de decidir si ejerce o no un derecho. Por consiguiente, es obvio que el efecto de desaliento es también un problema de legalidad. Así es por cuanto la prohibición de exceso, como el resto de principios penales, son reconducibles al de legalidad en tanto que, como ha dicho Vives Antón, «es un principio de racionalización del castigo que, sobre la base del primado de la libertad ha de aplicarse sólo allí donde resulte necesario (...). Una legalidad arbitraria que (...) amenazara con castigos gravísimos conductas apenas dañinas no respondería a las exigencias de racionalización dimanantes del principio de legalidad»²⁷. En la línea de lo que proclamaron Beccaria, Bentham y, aún más claramente, Hobbes²⁸, Vives Antón subraya que «el principio de legalidad comporta una delimitación de lo que puede llegar a prohibirse: bajo la vigencia del principio de legalidad no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de prohibición, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad, según la conocida formulación kantiana. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, representa, pues, no sólo un límite formal al poder punitivo del Estado, sino también uno material que dimana del proceso de diferenciación del Derecho moderno, a lo largo del cual este se independiza de las concepciones morales y religiosas y se ciñe a castigar las perturbaciones más graves de la vida en sociedad»²⁹. Así se explica la vinculación que entre legalidad y proporcionalidad se establecía en la STC 136/1999 y, más recientemente, se recuerda en la STC (Pleno) 169/2021, de 6 de octubre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). Dicha sentencia, al analizar los reparos de legalidad y proporcionalidad que se oponen a la prisión permanente revisable, reconoce, como no podía ser de otro modo, que solo a la ley compete la

²⁴ Díez Ripollés, «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (75), 2005, p. 97, n. 119.

²⁵ Huerta Tocildo, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en AAVV, *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 69.

²⁶ Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 567, n. 40.

²⁷ Vives Antón, «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en EL MISMO, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., 2001, p. 726

²⁸ Para Hobbes ciertas exigencias de justicia básicas –que hoy llamaríamos principios y garantías constitucionales– no son meros límites externos al poder estatal de castigar, sino fronteras internas del mismo, en tanto determinan los propios conceptos de delito y pena que constituyen el presupuesto y la forma de ejercicio de dicho poder. Por eso afirmó que si la ley impone una pena indeterminada o manifiestamente desproporcionada eso no es derecho penal, sino, simple y llanamente, un acto de hostilidad (*Leviatán*, 2ª parte, 1979, pp. 386 ss.).

²⁹ Vives Antón, en EL MISMO, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., 2001, p. 726.

determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero se matiza en los términos siguientes:

«La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. Vale aquí recordar lo que ya dijimos en la STC 178/1985, esto es, que debe exigirse “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”» (FJ 9º b)⁵⁰.

En la misma línea discurren los diversos votos particulares formulados por el magistrado XIOL y la magistrada BALAGUER en relación con el castigo de condenados por el *procés*. Así, en su voto a la STC (Pleno) 91/2021, de 22 de abril (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 2021), concluyen:

«20. En definitiva, todas estas son las razones por las que defendimos en la deliberación que, sin controvertir la relevancia penal de la conducta del recurrente, nos parecía que el rigor de la respuesta penal, pudiendo haber sido ajustado cuantitativamente acudiendo a previsiones de la normativa penal, resultaba contrario a las exigencias del principio de proporcionalidad penal.

Esta posición tiene un sustento constitucional básico: la consideración de que el principio de proporcionalidad, tal y como se formula en el art. 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, está indefectiblemente vinculado al principio de legalidad que recoge el art. 25 CE. La exigencia de que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”, traduce un principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa comprensión europea común, asociada a una cultura jurídica también común, debe inspirar una interpretación evolutiva del art. 25 CE y del principio de legalidad penal, máxime cuando de la imposición de las penas se deriva la privación del derecho a la libertad y cuando la aplicación del tipo penal suscita dudas como las que ponemos de manifiesto en este voto.

Debemos insistir en una idea final: las sanciones previstas en una norma no deben exceder de lo que resulta necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por esa normativa, debiendo adecuarse la gravedad de las sanciones a la gravedad de las infracciones que castigan. La gravedad de los hechos enjuiciados en la instancia no se cuestiona en ningún momento. Pero hubiera sido necesario tener en cuenta las dudas técnicas que el recurso al tipo penal de sedición suscita en este caso. Y ello para evitar cualquier reparo respecto de que las sanciones impuestas excedan de lo necesario para alcanzar la garantía del Estado de Derecho que ellas mismas persiguen. Porque sin garantía de la preservación de la norma el Estado de Derecho no es posible. Pero sin una observancia escrupulosa de los derechos fundamentales tampoco lo es».

En consecuencia, no es que aquí se niegue la indiscutible relación que existe entre las exigencias derivadas de ambos principios. Lo que se niega es que la proscripción del desaliento sea *siempre* y *solo* un problema de estricta legalidad. Configurar, como ha hecho el TC, esa prohibición como exigencia derivada de la prohibición de exceso tiene, al menos, dos ventajas. La primera se proyecta sobre la tarea legislativa: cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación y, además, estas lo hacen exponencialmente a medida que lo hace el riesgo de afectación de los mismos. Por ello,

⁵⁰ Al «principio de proporcionalidad inherente al principio de legalidad propio de un Estado de Derecho», se refirió también en el FJ 8º la STC (Pleno) 111/1993, de 25 de marzo, (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993).

la garantía constitucional de taxatividad deviene en estas hipótesis aún más reforzada, por más que ello no nos haga olvidar que el hecho de que el legislador opere con palabras impide, desde una perspectiva lógica, querer hacer a la taxatividad sinónimo de la plena certeza. Es aquí donde convergen indeterminación de los tipos, efecto de desaliento y proporcionalidad de la sanción. El legislador puede sancionar conductas que se encuentran extramuros del derecho fundamental. Puede incluso redactar los tipos con un cierto margen de indeterminación, siempre y cuando, claro está, se respeten las exigencias materiales del principio de legalidad³¹. Ahora bien, lo primero -la relación de la conducta típica con el derecho fundamental-, le obliga a justificar el desaliento que toda sanción conlleva y lo segundo -la indeterminación- le compele a extremar las precauciones para conseguirlo. Dicho de otro modo: entre la indeterminación del tipo que sanciona conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho y la pena con que aquellas pueden ser conminadas existe una relación inversamente proporcional que, como bien dijo la STC 136/1999, obliga al legislador a poner a disposición del juez los resortes legales necesarios para adecuar la pena al grado de desvalor de la conducta correspondiente (FJ 30º).

La segunda de las ventajas que comporta insertar la proscripción de desaliento en la exigencia derivada de la prohibición de exceso se proyecta sobre la aplicación de la ley al limitar el alcance del *ius puniendi* estatal pese a que la norma resulte inatacable desde la perspectiva de la legalidad constitucional. La ley penal por clara y precisa que sea no puede por su extremado rigor frente a conductas limítrofes con el ejercicio de derechos fundamentales disuadir del legítimo ejercicio de aquellos y esa es una exigencia de legitimación que puede y debe gozar de autonomía. Lo cual no obsta a reconocer la evidente conexión que existe entre el efecto de desaliento y la indeterminación de los tipos. Para empezar, es innegable que la garantía constitucional de taxatividad deviene aún más reforzada cuando se tipifican conductas cercanas al ejercicio de derechos fundamentales precisamente para evitar aplicaciones extensivas del tipo capaces de

³¹ No quiera verse en lo afirmado una inexistente defensa del mal que aqueja al Derecho penal contemporáneo. Lejos de mi ánimo está el defender el cada vez más frecuente recurso a las cláusulas generales o a los elementos normativos en las descripciones típicas. Me limito solo a constatar que cierto grado de indefinición resulta inevitable. Por lo demás, resulta harto sabido que constituye doctrina constitucional consolidada la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordine a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC [Sala 1ª] 69/1989, de 20 de abril [BOE núm. 119, de 19 de mayo], FJ 1º; [Sala 1ª] 219/1989, de 21 de diciembre [BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990], FJ 5º; [Sala 1ª] 116/1993, de 29 de marzo [BOE núm. 107, de 05 de mayo de 1993], FJ 3º; [Sala 2ª] 305/1993, de 25 de octubre [BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1993], FJ 5º; [Sala 1ª] 26/1994, de 27 de enero [BOE núm. 52, de 02 de marzo de 1994], FJ 4º; [Sala 1ª] 306/1994, de 14 de noviembre [BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1994], FJ 3º; [Sala 2ª] 184/1995, de 12 de diciembre [BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996], FJ 3º; [Sala 2ª] 151/1997, de 29 de septiembre [BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997], FJ 3º). En todo caso, como bien dice la importante STC 151/1997, «admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 CE y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos (FJ 3º)». Vid. CUERDA RIEZU, «Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz*, 2001, pp. 172 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, especialmente p. 136 ss.; DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las leyes penales. El caso de las leyes en blanco*, 1999, especialmente, pp. 47 ss. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, 2002, pp. 21 ss.; HUERTA TOCILDO, en AAVV, *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, pp. 39 ss.

reduplicar el desaliento³². En esa medida, las exigencias de legalidad y las asociadas a la proscripción del desaliento convergen. Aun así, resultaría artificioso postular que la doctrina del desaliento persiga atajar problemas de legalidad en sentido estricto. El mandato de indeterminación no precisa recurrir a argumentos como el desánimo para salir airoso ante una eventual vulneración. La utilidad que reporta la doctrina que comentamos es, según creo, la de operar como exigencia *adicional* de justificación frente a tipos que, pese a su relativa indeterminación, pueden superar el filtro de la legalidad. El hecho de que, hasta ahora, nadie haya cuestionado ante el TC el art. 510 CP desde esa perspectiva es, creo, un ejemplo inmejorable de las posibilidades dogmáticas de la doctrina del *chilling effect* frente a preceptos cuya cercanía con el ejercicio de derechos (art. 20 CE, singularmente) y sus severas consecuencias obligan al juez a realizar una interpretación del tipo tan estricta como lo requieran las exigencias materiales de los derechos fundamentales implicados y *lo permita la ley*. Es así y no de otra manera como la proporcionalidad se alza como principio capaz de excluir la legitimidad constitucional de algunas interpretaciones literalmente posibles, cerrando de ese modo el círculo en el que legalidad y proporcionalidad confluyen para proteger al derecho o derechos fundamentales afectados³³.

Ahora bien, esas exigencias que se proyectan sobre la interpretación de la ley no autorizan al juez a realizar una suerte de ponderación que le lleve a excluir conductas indiscutiblemente insertas en el tipo legal. Respondo con ello a la segunda de las preguntas con que encabezaba este epígrafe. Frente a la ley, no cabe el artificio de recurrir a “exigencias dimanantes de la prohibición de exceso” o al subterfugio que en este caso representa la interpretación *secundum constitutionem*³⁴. Ni lo uno ni lo otro sirve para ocultar un uso perverso del principio de proporcionalidad utilizado por el juez ordinario para revisar el criterio legislativo. El paradigma de la legalidad heredado de la tradición ilustrada no puede resultar aplastado por un entendimiento de la proporcionalidad que, en la mejor tradición alexyana, lo transforma en una estructura ponderativa que acaba con la sumisión del juez a la ley y con ello con la idea misma de seguridad jurídica³⁵. En nuestro sistema de fuentes no es posible admitir la proporcionalidad

³² Acierta, pues, plenamente FERRERES COMELLA cuando incluye entre los criterios que incrementan el rigor exigible en la determinación de los tipos la conexión entre la conducta prohibida y el ejercicio de la libertad de expresión (*El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, pp. 21 ss).

³³ Un ejemplo de lo anterior en nuestra jurisprudencia constitucional es la STC (Pleno) 24/2004, de 24 de febrero (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004) en la que se resolvía la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 563 CP. El precepto castigaba “la tenencia de armas prohibidas” sin más precisiones, por lo que era cuestionable que dicha ley penal en blanco respetase la reserva de ley orgánica. La mayoría del Pleno estimó, sin embargo, que la constitucionalidad de la norma podía salvarse (ex principio de conservación) con una interpretación que, partiendo del tenor literal del precepto, restringiese su ámbito de aplicación a las armas con una potencialidad especialmente lesiva y en condiciones que las hicieran peligrosas para la seguridad ciudadana. A tal conclusión llegó el TC aplicando «los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y los principios limitadores del ejercicio del ius puniendi (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal» (FJ 7º), siendo determinantes a tal efecto para el TC las exigencias derivadas de la prohibición de exceso y del principio de protección de bienes jurídicos, *prius* lógico de la proporcionalidad misma (vid. especialmente FFJJ. 5º, 6º y 7º).

³⁴ Precisamente por ello en la ya citada STC 24/2004, el TC rechazó limitar el ámbito del delito de tenencia de armas (art. 536 CP) a las de fuego. El TC recordó entonces que «no podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5º; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador» (FJ 6º). Cfr. votos particulares contra lo que se consideró una criticable sentencia interpretativa.

³⁵ Me aparto, pues, expresamente de cualquier orientación ponderativa cercana al denominado neoconstitucionalismo principialista o cualquier otro modo de creacionismo judicial por las buenas razones por las que FERRAJOLI o GARCÍA AMADO han expuesto en diversos trabajos, en los que critican esta suerte de metafísica

contra la ley, de modo que tanto si el juzgador estima que el legislador ha invadido el ámbito constitucional inatacable de un derecho fundamental, como si estima que, pese a no invadirlo, ha reaccionado desproporcionadamente y no es posible corregir dicha desproporción sin vulnerar las exigencias de la legalidad, a aquel solo le queda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, única vía legítima para alzar su voz frente a la ley.

En definitiva, la proporcionalidad que, como he dicho, no cabe frente a la ley, se inserta en ella para garantizar que el entendimiento judicial de la misma no es contrario a la efectividad del derecho fundamental afectado. En realidad, de lo que se trata es de enlazar con el nuevo paradigma que en materia de legalidad instauró el TC a partir, fundamentalmente, de las ya citadas SSTC 111/1993, 137/1997 y 151/1997³⁶. Con ellas, el TC vino a poner fin a una época de ampulosas declaraciones y déficit aplicativo³⁷ y abrió otra de control más intenso, en la cual las exigencias de la legalidad ya no se detienen en la constatación de que la subsunción realizada no es ajena al significado posible de los términos empleados por la norma aplicada. Como con mejor prosa dice la STC 137/1997,

«La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido en otras ocasiones como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras -determinables “en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia” (SSTC 69/1989, 214/1989, 116/1993, 26/1994, 306/1994, 184/1995). Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (FJ 7º)³⁸.

Había, pues, razones para albergar la esperanza de que el TC profundizase en el principio de proporcionalidad como criterio de cierre para decidir cuándo se ha producido una extensión

en virtud de la cual cada uno ajusta la ley a sus preferencias morales (Vid. el interesante debate que sobre el particular entablan estos iusfilósofos y ATIENZA, «¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?», *Teoría & Derecho*, (20), 2016, pp. 14 ss.

³⁶ Vid. VIVES ANTÓN, «Comentario al art. 11 del CP», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 519 ss.; CUERDA RIEZU, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 174 ss.

³⁷ Vid. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992, p. 65.

³⁸ Doctrina reiterada en las SSTC (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), (Sala 2ª) STC 42/1999, de 22 de marzo (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999), (Sala 2ª) 13/2003, de 28 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003), (Sala 1ª) 88/2003, de 19 de mayo (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2003), (Sala 1ª) 111/2004, de 12 de julio (BOE núm. 193, de 11 de agosto de 2004), (Sala 1ª) 262/2006, de 11 de septiembre (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 2006) o (Sala 2ª) 328/2006, de 20 de noviembre (BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2006), entre otras muchas.

inconstitucional de la norma desde la perspectiva del derecho fundamental. La realidad, como luego veremos, ha sido muy distinta.

3. La función dogmática del efecto de desaliento. Remisión

En otro lugar³⁹ expuse con detalle las funciones que la doctrina que nos ocupa podía desplegar tanto frente al legislador como frente al juez, obligándoles –a cada uno en el ámbito de su competencia- a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción.

A fin de no cansar al lector, en lo que sigue, me ceñiré a subrayar las consecuencias dogmáticas que considero esenciales y que se resumen en lo siguiente: un legislador –y también un juez- convencido del deber positivo que todos los órganos de un Estado democrático han contraído con los derechos fundamentales debe distinguir la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y su relevancia penal, de modo que no todo exceso puede ser penado y, de serlo, es exigible que la pena respete los angostos límites que ante tales hipótesis impone la proscripción del desaliento como criterio inserto en el principio constitucional de prohibición de exceso para garantizar que la condena penal no produzca un efecto disuasor del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada. Veámoslo con algo más de detalle.

3.1. Efecto de desaliento y proceso de tipificación

Como es sabido, en la verificación del juicio estricto de proporcionalidad lo hay que comparar es la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- con la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-. En ese marco, el efecto de desaliento pertenece, a fin de cuentas, a la carga coactiva de la pena. Claro está que la gravedad de la misma depende prioritariamente de su clase y duración, puesto que eso es lo que determina el derecho del que priva (libertad, patrimonio, etc.) y el grado de intensidad con que se ve afectado. Ahora bien, a la carga coactiva de la sanción también pertenece el efecto que esta provoca sobre otros derechos del condenado (p. ej. honor) o sobre los derechos de terceros, que, en lo que ahora interesa, podrían sentirse desalentados del ejercicio legítimo de sus derechos. Desde esa amplia perspectiva debe el legislador encarar el proceso de elaboración de la ley para dotarlo de racionalidad.

En unos casos, la levedad de la ofensa y el desaliento que, sin embargo, provoca la tipificación de esas conductas convierte en extremadamente difícil la empresa de encontrar una sanción que supere el juicio de proporcionalidad estricta. El referido efecto vendrá a sumarse a la escasa gravedad de la conducta para empujar hacia abajo la pena imponible, hasta el punto de tener que preguntarse si *en esas condiciones* el recurso al Derecho penal es realmente necesario, esto es, está racionalmente justificado. Esa es, por ejemplo, la reflexión a que debiera someterse la tipificación de las injurias leves a la Corona (art. 490.3, inciso último CP), el delito de escarnio de dogmas, creencias, ritos o ceremonias religiosas (art. 525 CP) o los ultrajes a los símbolos de la nación (art. 543 CP). Precisamente en relación con el primero de los tipos mencionados recayó

³⁹ CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *RGDP*, (8), 2007.

la condena del TEDH a España en el caso Stern Taulats y Roura Capellera (STEDH 13 marzo 2018), que, en la misma línea que otras relacionadas con el llamado discurso extremo, lo que ha venido a decir es que nuestro país ha recurrido al Derecho penal con manifiesta desproporción⁴⁰.

En otros casos, sin embargo, la indiscutible trascendencia del bien o bienes protegidos y el grado de afección que para ellos representa la conducta que se pretende combatir impiden discutir desde la óptica de la necesidad el recurso a la sanción penal. Esto era y es lo que ocurre en el delito de colaboración con banda armada, de modo que en tales casos el desánimo que la tipificación pueda provocar en el ejercicio de derechos fundamentales carece de reflejo en el juicio de necesidad. Sin embargo, el referido desánimo debe tomarse en consideración por el legislador en el juicio de proporcionalidad estricta. Eso era lo que no hacía el viejo art. 174 bis a del CP derogado⁴¹ y lo que en buena medida no hacen preceptos como el art. 510 CP en su nueva redacción, que, como es sabido, conlleva que lo aplicable habitualmente sea el subtipo agravado del número 3, lo que arroja como resultado una pena de dos a cuatro años, multa y la inhabilitación a que se refiere el apartado quinto. Ciertamente, puesto que no existe nada parecido a una exacta proporción entre el desvalor de la conducta prohibida y el desvalor de la sanción, no es de esperar que el TC limite por esta vía la libertad de configuración normativa que debe reconocerse al legislador penal dada su posición constitucional y, en última instancia, su específica legitimidad democrática⁴². Ello no exonera, sin embargo, a un legislador responsable de atender a cuanto se ha dicho a la hora de diseñar una política criminal comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales. En esa dirección, me permito remitir al lector a la rigurosa propuesta que hace décadas formuló PRIETO DEL PINO⁴³ como vía particularmente prometedora para avanzar hacia una política criminal respetuosa de la prohibición de exceso.

3.2. Efecto de desaliento y aplicación de los tipos

Veamos ahora cuáles son las principales implicaciones que en la tarea de interpretación y aplicación de los tipos puede tener la proscripción del desaliento como límite constitucional esencial que la CE impone para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

⁴⁰ Asimismo, STEDH 22 junio 2021, caso Erquizia c. España

⁴¹ Vid. n. 1

⁴² Recuérdese la taxativa declaración que hizo en la STC 65/1986: «En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del art. 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (FJ 3º). En este caso se enjuiciaba la imposición de una pena de dieciséis años cuatro meses y un día de reclusión menor y accesorias al transportista contratado por la Comisaría General de Abastecimientos que se apropió y vendió en beneficio propio parte de la carne propiedad de dicho organismo público. Tan desproporcionada consecuencia motivó que el Tribunal de instancia solicitase que la pena impuesta fuese conmutada por la de seis años y un día de presidio mayor e inhabilitación absoluta. Aun así, el TC no consideró que ese fuera uno de esos casos en los que, como en esa misma resolución se decía, «exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella».

⁴³ La autora actualiza su propuesta en PRIETO DEL PINO, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, pp. 273 ss.

En el frontispicio debe situarse, como dice la STC (Sala 2ª) 110/2000, de 5 de mayo (BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000):

«la necesidad de que se deje un amplio espacio, es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que [el derecho fundamental afectado] pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor» (FJ 5º *in fine*).

No basta, pues, con estimar justificadas las conductas que sean ejercicio legítimo de tal derecho. Eso es un *prius* respecto a estas otras exigencias derivadas del efecto de desaliento que ahora estamos considerando. Precisamente por eso, la función dogmática del efecto de desaliento no puede desplegarse en sede de justificación toda vez que aquél opera en relación con conductas que no representan el ejercicio de un derecho fundamental, pues, si lo representaran, habría que excluir *ab initio* la sanción, sin necesidad de recurrir a la proscripción del desaliento. Esas exigencias vienen, por consiguiente, a añadirse a la obligación de respetar el contenido constitucionalmente protegido y podrían condensarse en la prohibición de reaccionar desproporcionadamente frente al acto ilícito⁴⁴.

La desproporción en que puede incurrirse y el ilegítimo desaliento que ello conlleva es tanto la que se deriva de una interpretación de los tipos contraria a la obligación constitucional de interpretarlos de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, como la que se produce al desconocer de manera manifiesta las posibilidades que la norma ofrece de ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa. El efecto de desaliento despliega, pues, su función dogmática en esos dos ámbitos: en la tipicidad, orientando la subsunción jurídica y en la penalidad, guiando la determinación de la pena.

En el momento de la subsunción típica, lo que singulariza al efecto de desaliento como exigencia adicional de justificación es el hecho de robustecer las exigencias clásicas de legalidad, que resultan aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental. Dicho de otro modo: la doctrina del desaliento pasa a formar parte del análisis global que debe preceder a la decisión judicial, un análisis en el que se entrelazan de modo indisoluble las exigencias de legalidad y las derivadas directamente del necesario respeto y efectividad de los derechos fundamentales. En su virtud, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho. Es decir, cuando el tipo penal se conecta con el ejercicio de derechos fundamentales no basta con razonar a partir de la literalidad del precepto penal, sino que resulta necesario hacerlo a la luz del derecho fundamental afectado, cuyo legítimo ejercicio no puede resultar desalentado por una interpretación del tipo ajena a las exigencias de la proporcionalidad penal. La proporcionalidad -que, como reiteradamente he dicho, no cabe frente a la ley- se inserta en ella para garantizar que el entendimiento judicial de la misma no es contrario a la efectividad del derecho fundamental afectado.

⁴⁴ La sorpresa que una afirmación de esta naturaleza causa al magistrado Jiménez De Parga en su voto a la STC 136/1999 no se comprende. No solo porque es el ámbito más propio de la proporcionalidad penal, sino porque, como es bien sabido, la proporcionalidad frente al acto ilícito se predica, incluso, de sanciones de naturaleza distinta (paradigmática la STEDH en el asunto Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido, de 13 de julio de 1995, donde, sin entrar a cuestionar la condena por difamación, se estimó desproporcionada la indemnización de un millón y medio de libras esterlinas a que se condenó al conde Tolstoy Miloslavsky por haber acusado a Lord Aldington de ser un criminal de guerra -parágrafo 33 a 55-).

Junto a dicha función, la proscripción del desaliento se proyecta también sobre la determinación de la pena, obligando a tener presente que, como también antes se ha dicho, a la carga coactiva de la pena pertenece también el efecto de desaliento y que, por ende, este debe ser tomado en cuenta al establecer la relación valorativa que media entre la gravedad del hecho y la de la sanción. Claro está que en este ámbito, al igual que en el de la tipicidad, la proporcionalidad no puede operar frente a la ley, de manera que no hay que descartar la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad basada en la imposibilidad de atender los requerimientos que en este terreno impone la tutela del derecho fundamental. Dejando, pues, al margen los casos en que el defecto lo sea de la ley, al juez compete servirse de los diferentes instrumentos que permitan ajustar la reacción. En ese sentido, las posibilidades pueden ir desde la imposición del mínimo legal si es que estima que así procede, hasta la elección, de existir esa opción, de una pena alternativa menos grave, pasando por el recurso a los mecanismos de suspensión o sustitutivos, la solicitud de indulto parcial o, incluso en algunos casos, recurriendo a la eximente incompleta de ejercicio de un derecho o a la atenuante análoga a la misma⁴⁵.

Precisar, por último, que tomar esa exigencia en consideración al aplicar el Derecho penal ni supone contradicción alguna, ni tampoco implica caer, como dice GARCÍA AMADO, en «un radical casuismo y una sorprendente y revolucionaria justicia penal del caso concreto»⁴⁶. Por supuesto, comparto con mi admirado filósofo sus severas críticas a las “metodologías ponderativas” que, en el fondo, encubren un sistema “funcional” para la imposición de las propias convicciones morales. En primer lugar, es obvio que en nuestro sistema de fuentes no cabe ponderación judicial alguna contra la ley. En segundo lugar, como también mi maestro ha dicho en infinidad de ocasiones y he reiterado páginas atrás, la ponderación como método para determinar el contenido intangible de un derecho acaba con el derecho mismo porque abre una brecha incontrolable por la que penetra la opinión que cada juez concreto estima preferible en un momento determinado. Por ello, no es posible utilizar el método ponderativo para delimitar el ámbito del derecho fundamental afectado. Sin embargo, esto último no se opone a que la proporcionalidad, que no cabe frente a la ley, se inserte en ella para garantizar que la interpretación judicial de la misma no sea contraria a la efectividad del derecho, lo que, reitero, exige interpretar el tipo de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental y aprovechar cuantas posibilidades ofrece la norma de ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa.

Trasladar este esquema a la política criminal y a la interpretación de los delitos relacionados con el denominado discurso de odio sería especialmente útil porque si algo es claro en relación con el tratamiento legislativo y jurisprudencial –ordinario y constitucional- que recibe el llamado “discurso extremo” es el hecho de que en demasiadas ocasiones se prescinda del juicio de proporcionalidad⁴⁷.

⁴⁵ En el mismo sentido, CARDENAL MONTRAVETA, en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA ET. AL, *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 732, 734.

⁴⁶ GARCÍA AMADO, en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 204.

⁴⁷ Así lo puso de manifiesto hace más de una década mi compañero de escuela ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (4), 2010, pp. 13 ss. En el mismo sentido, vid. el magnífico estudio de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, 2012 o, más recientemente, los trabajos de CORRECHER MIRA, «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la lo 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017 y la imprescindible obra de ALCACER GUIRAO en la que su autor se muestra extraordinariamente crítico con el legislador pero también, y sobre todo, con el Tribunal Constitucional, del que llega a decir que en materia de libertad de

4. El efecto de desaliento en la jurisprudencia del TC

4.1. Origen

Al igual que hiciera en primer término la jurisprudencia constitucional norteamericana⁴⁸ y luego han hecho el TEDH⁴⁹ y otros tribunales constitucionales de nuestro entorno⁵⁰, el TC sitúa al efecto de desaliento en la estructura argumentativa que sirve para enjuiciar las restricciones penales impuestas a todos los derechos fundamentales, si bien ha sido en el terreno de las libertades de expresión e información donde prioritariamente ha desarrollado la referida doctrina, que, contrariamente a lo que muchos han dicho, no surge de manera espontánea en la STC 136/1999.

expresión ha impuesto a la jurisdicción ordinaria una concepción jibarizada del derecho fundamental (*La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, 2020, p. 211). Del mismo autor, «Opiniones constitucionales», *InDret*, (1), 2018, especialmente, pp. 23-33, con ulteriores citas.

⁴⁸ Como es sabido, el Tribunal Supremo norteamericano recurre al *chilling effect* fundamentalmente para declarar inconstitucionales normas que sancionan conductas expresivas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de esa libertad preferente ante el temor a ser sancionados por infringir una prohibición cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido. Estas circunstancias, a juicio del Tribunal, incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*). Vid. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1988, pp. 1022 ss. (cfr. 3ª ed., 2000, v. II, cap. 12 y 16); SCHAUER, «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston Law Review*, (58), 1978, pp. 693 ss.; para una visión comparativa, resulta de interés el estudio que el profesor de Harvard nos ofrece en «Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», en NOLTE (ed.), *European and U.S. Constitutionalism*, 2005, pp. 49-69. Sobre la *Less Restrictive Alternative Doctrine*, vid. BASTRESS, «El principio de alternativa menos restrictiva en Derecho constitucional norteamericano», *Cuadernos de derecho público*, (5), 1998, pp. 238 ss.

⁴⁹ Entre sus pronunciamientos históricos en relación con el tema que nos ocupa están, además del caso Lingens (STEDH de 8 de julio de 1986), caso Barford (STEDH de 22 de febrero de 1989), o el asunto Incal contra Turquía (STEDH de 9 de junio de 1998), algunas condenas a nuestro país el asunto Castells contra España (STEDH de 23 de abril de 1992) y el caso Otegui contra España (STEDH 15 marzo 2011). En ambas, tuvo que recordar al Estado español que la vía penal debe usarse con extremada moderación para evitar acortar indebidamente los límites de la crítica política. Lo mismo hubo de reiterarnos más tarde en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España (STEDH 13 marzo 2018) y en el asunto Erquizia (STEDH 22 junio 2021).

⁵⁰ Así, por ejemplo, el *BverfG* incorpora de manera natural la doctrina del *chilling effect* a su análisis de la prohibición de exceso. Curiosamente, una de las sentencias en las que el recurso al efecto de desaliento recuerda al que de él se hiciera en la STC 136/1999 es la dictada el 30 de marzo de 2004 a propósito del recurso de amparo interpuesto por unos abogados que fueron condenados como autores de un delito de blanqueo de capitales por haber recibido de sus clientes en concepto de provisión de fondos dinero que sabían procedente de una estafa. Ante ello, el *BVerfG* utiliza, como lo hiciera el TC, el principio de proporcionalidad como cláusula de cierre del análisis de la legitimidad de la intervención. De hecho, los recurrentes alegaron que la amplísima redacción del tipo vulneraba las exigencias de legalidad pero el Tribunal no aceptó tal reparo, aunque sí entendió que la aplicación del tipo a cualquiera de los posibles destinatarios vulneraría las exigencias de proporcionalidad estricta. A juicio del *BVerfG*, una interpretación de aquella naturaleza podía producir un efecto de desaliento del ejercicio de derechos fundamentales, pues el riesgo de ser imputado por ese delito pone en peligro el derecho del defensor penal a realizar su actividad y puede perturbar el nacimiento de una relación de confianza fundamental para el correcto ejercicio del derecho de defensa. En su virtud, concluyó afirmando que el respeto al principio de proporcionalidad exige una reducción del ámbito de aplicación del tipo, de modo que este solo resulte aplicable a los abogados que en el momento de aceptar el mandato y el pago de honorarios saben con seguridad que el dinero procede de alguno de los delitos mencionados en el precepto (vid. sobre el particular el magnífico artículo de PÉREZ MANZANO, «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado y a la defensa y las conductas neutrales: la sentencia del TC alemán de 30 de marzo de 2004», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Don Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 789 ss.).

Por el contrario, al margen de algún pronunciamiento precursor⁵¹, esa doctrina viene precedida de reflexiones previas en el seno del Tribunal motivadas por tres votos particulares formulados por el magistrado VIVES ANTÓN en tres asuntos relacionados con el honor y la libertad de expresión.

El primero⁵² de aquellos votos particulares lo formuló VIVES ANTÓN a la STC (Sala 2ª) 78/1995, de 22 de mayo (BOE núm. 147, de 21 de junio de 1995). El recurso de amparo está motivado en la pretendida vulneración del derecho al honor de los demandantes, que ocupaban los cargos de consejero-delegado y director general de la empresa propietaria de los periódicos "La Provincia" y "Diario de Las Palmas". El origen de la queja está en la previa desestimación de la querrela presentada contra el autor de un artículo aparecido en el periódico "Canarias 7" en el que bajo el título "Cartas boca arriba", se aludía a lo que el autor entendía que había sido la trayectoria profesional de los hoy demandantes de amparo y su influencia en la vida política, social y cultural de las islas. A tal efecto, el autor del artículo no se limitó a mostrar su pensamiento crítico acerca de la manipulación de algunos medios de comunicación que les atribuía, sino que acompañó sus comentarios con calificativos tales como "piratas", "falsos beatos", "embusteros", "difamadores y perros", aludiendo a "sus antojos, sus ambiciones, sus egoísmos, sus intrigas, sus venenos y sus papeles", remitiéndose, además, a una supuesta conversación en la que se calificaba a uno de los recurrentes de cínico, egoísta, ególatra y personaje siniestro. Pues bien, a juicio de mayoría, «para hacer llegar el mensaje de que manipulaban ciertos medios de comunicación no resultaba necesario acompañarlo de toda esa serie de impropiedades que nada añadían a esa idea-eje y que excedían con mucho de la crítica acerba que debe soportar un personaje público en lo relativo a su actuación en tal concepto». En consecuencia, la mayoría estima que los órganos jurisdiccionales «no han llevado a cabo una correcta ponderación de los derechos constitucionales en conflicto que debiera haberles conducido a negar toda eficacia justificante respecto de las mismas al ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 a) C.E» (FJ 5º), razón por la cual procede a anular las sentencias y retrotraer las actuaciones para que se dicte nueva sentencia, lo cual, por sí solo, ya es objetable desde la perspectiva del art. 24.2 CE, cuestión que ahora no interesa. Frente al sentir de la mayoría, el magistrado VIVES ANTÓN, con la concisión de los maestros, expone:

«La libertad de expresión y, en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión cual el que la Constitución española consagra. Si bien la libertad de expresión no comporta ningún derecho al insulto, creo que las expresiones insultantes vertidas en el presente caso ni son lo

⁵¹ En la STC (Pleno) 199/1987, de 16 de diciembre (BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988) encontramos una embrionaria manifestación de dicha doctrina. En ella se resolvían los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Concretamente, en relación con lo dispuesto en el art. 21.1 relativo a la clausura de medios de difusión, el TC afirmó que «no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de "autocensura" en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho» (FJ 12º).

⁵² En realidad, VIVES ANTÓN redactó primero el voto particular a la STC 79/1995, de ahí que en la STC 78/1995 se refiera a un voto supuestamente anterior que buscó denodadamente en lugar de ir a la fuente para, finalmente, ratificar que el orden no es virtud que adorne a mi maestro.

suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al derecho penal criminal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública. La amplitud del espacio a que antes me refería ha de ser, pues, mayor cuando, ante el posible exceso, entre en juego la reacción punitiva.

La mera posibilidad de que aquí se castigue penalmente el exceso, me parece contraria al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión. Por ello, mi decisión hubiera sido la de otorgar parcialmente el amparo reconociendo que el derecho al honor ha sido injustificadamente vulnerado sin anular las decisiones absolutorias en la vía penal. Con ello se habría producido ya una reparación al recurrente y, en cualquier caso, la vía civil para obtener una compensación económica hubiera quedado, en principio, abierta».

El segundo de los votos lo formula VIVES ANTÓN a la STC (Sala 2ª) 79/ 1995, de 22 de mayo (BOE núm. 147, de 21 de junio de 1995), en la que se estima el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho al honor del recurrente. En este caso, la conducta consistió en las afirmaciones vertidas por el demandado en el editorial de un diario, en el cual, bajo el título "Provinciana obsesión" se aludía al Sr. Alcalde, calificándosele de representante en Canarias de una cuadrilla que, dirigida por el Sr. X, intentaba, entre otras cosas, «conseguir con el amedrantamiento lo que no es capaz de lograr con la razón y el juego limpio» y «denigrar todo aquello o a aquellos que en un momento determinado optaron por no secundar las intolerables exigencias, auténtico impuesto revolucionario exigido con guante blanco, de quienes se creyeron en condiciones de imponer un modelo colonial que tan sólo puede existir en sus trasnochados delirios de grandeza». Se habla en el artículo de los recurrentes como de un "herpes redivivo", se califica su tarjeta de presentación como tiñosa, sus ataques como abyectos, etc. Se les atribuye urdir oscuras maquinaciones y, reiteradamente se habla de ellos como cuadrilla que suele propinar caricias de pezuña. Pese a ello, los órganos judiciales de instancia y de apelación absolvieron al director del periódico y el TC denegó el amparo. Pero también aquí VIVES ANTÓN tenía algo que decir. Y dijo:

«Estoy conforme con el fallo de la Sentencia (...). Sin embargo, no puedo compartir la fundamentación que lo sustenta y mi discrepancia implica (...) un acogimiento parcial del amparo solicitado.

(...) No veo que tales manifestaciones se hallen cubiertas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y pienso que la Sentencia afronta dos problemas (el de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión y el de la relevancia penal de ese exceso); pero razona sólo sobre uno y, en la medida en que lo hace, no resulta acertada. Para poner de manifiesto lo que, en mi opinión, constituye un error de la Sentencia, basta comparar el presente caso con el enjuiciado en el recurso núm. 3.694/93: los hechos son muy semejantes y, sin embargo, allí se admite el amparo y se da vía libre a una acción penal por delito de injurias mientras que en este caso se deniega, cerrando el paso a una mera responsabilidad a título de falta.

Para llegar a una resolución igual en ambos casos, respetuosa con el contenido esencial de la libertad de expresión y que no menoscabe el derecho al honor, tan fundamental como aquélla, procede en mi opinión, abordar el tema planteado desde otra perspectiva, esto es, no desde la perspectiva de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión a que se refiere el art. 20.4 C.E., sino desde la perspectiva de si ese exceso justifica o no el recurso a la vía penal.

Pues bien: en casos como el presente (y como el contemplado en el recurso de amparo núm. 3.694/93), el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión. La libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad lo suficientemente

extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un "efecto de desaliento" que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones. Esto es, a mi modo de ver, lo que sucede en este caso. Creo incluso que cabría cuestionarse la constitucionalidad misma del castigo de las injurias leves, aunque aquí no proceda plantear la autocuestión por no ser necesaria para resolver el amparo solicitado. Pues lo cierto es que, casi por definición, en todos los casos de injurias leves habrán de aparecer problemas como los que aquí se han abordado. En conclusión, creo que el amparo está bien desestimado, pero no porque no se hayan excedido los límites de la libertad de expresión, sino porque la vía penal que se intentaba seguir no es adecuada en el presente caso para depurar los posibles excesos cometidos».

El tercer voto discrepante con el que VIVES ANTÓN incorpora la doctrina del efecto de desaliento a las discusiones del TC es el contenido en la STC (Sala 2ª) 46/1998, de 2 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo) en la que se desestima el amparo frente a la condena impuesta al recurrente por un delito de desacato por razón de ciertas manifestaciones de contenido vejatorio que, en su condición de abogado en ejercicio, había efectuado en el curso de una entrevista periodística respecto de la magistrada suplente ante cuyo juzgado había seguido un procedimiento de naturaleza civil, que calificó de "auténtico desaguisado", "que contraviene claramente lo que debe ser la literatura judicial" y atribuye a una "falta de conocimiento supino de la Ley" por parte de la magistrada, lamentándose de "su desconocimiento reiterado", agregando que "los ciudadanos no tienen por qué sufrir a Jueces que desconocen mínimamente el Derecho", para terminar con la frase "no me explico su insistencia en trabajar en algo que desconoce por completo". En su voto particular decía VIVES ANTÓN:

«Estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría en tanto afirma que, en el presente caso se han rebasado los límites de la libertad de expresión. Ha habido, sin duda, una falta de respeto de un Abogado respecto a la Juez que resolvió su caso, y, por consiguiente, nada hubiera tenido que objetar a la Sentencia si nos hallásemos ante una sanción meramente disciplinaria o ante la condena a una reparación civil.

Sin embargo, nos encontramos ante una condena penal por delito, sin perjuicio de los avatares posteriores del tipo de desacato que aquí se aplicó. Este hecho cambia, en mi opinión, las pautas de enjuiciamiento constitucional aplicables al caso.

Pues, de una parte, la libertad de expresión, que aquí está en juego, precisa una tutela decidida y enérgica, que abarca la exclusión de todo efecto de censura que pudiera derivar de reacciones desproporcionadas en el caso de que se traspasen sus límites. De ahí cabe concluir que, en supuestos como el aquí enjuiciado, que carecen de suficiente gravedad, no puede utilizarse como medida sancionadora la pena criminal grave, dado que semejante instrumento represivo conlleva un "efecto de desaliento" sobre la libertad de expresión, incompatible con la tutela del derecho fundamental.

Por otro lado, la libertad de expresión, que aquí está en juego, necesita, para desarrollarse según las exigencias del Estado de Derecho que nuestra Constitución proclama, un "amplio espacio", que sólo puede ser constreñido dentro de límites muy precisos. En consecuencia, las exigencias de tipicidad, que han de ser siempre rigurosas, deben extremarse cuando de limitar la libertad de expresión se trata. Desde esta perspectiva, son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que niegan el carácter de insulto o injuria a las imputaciones de ignorancia profesional. Cabe hablar, en ese punto, de una doctrina reiterada y respetuosa con los valores constitucionales en juego. No se me alcanza por qué

hayamos de permitir, en este caso, una interpretación extensiva de los términos típicos que reduce drásticamente el ámbito del derecho fundamental.

La comparación del supuesto que nos ocupa con el enjuiciado por el Tribunal Europeo en el caso Haes et Gijssels c. Belgique (S. de 24 de febrero de 1997) que se cita en el fundamento núm. 5º de la Sentencia, ilustra perfectamente cuanto se acaba de decir. Se trataba allí de una serie de artículos periodísticos que, al tachar a los jueces de parciales, les imputaban implícitamente un delito. Frente a esa imputación, se reaccionó con la condena civil a un franco y a publicar la Sentencia condenatoria. Por las mismas razones que cabe, indudablemente, afirmar que en el caso enjuiciado se procedió de modo respetuoso con la libertad de expresión, habría que concluir que, en la Sentencia de la que discrepo, no se le ha dado el valor que la Constitución le otorga».

Como se observa, en estos votos se condensa magistralmente la idea de que en el enjuiciamiento acerca de los límites penales a los derechos fundamentales es imprescindible distinguir los dos momentos de análisis que metodológicamente hay que distinguir pero que, como ya dije páginas atrás, muchas veces se confunden: de un lado, el análisis acerca de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión y, de otro, el enjuiciamiento relativo a si la relevancia penal de ese exceso está constitucionalmente justificada o si, por el contrario, nos hallamos ante una respuesta penal desproporcionada. Por tanto, si las conductas que son presupuesto fáctico de la eventual condena, por su naturaleza, por la finalidad a que se orientan o por los medios empleados, pueden encuadrarse en el ámbito de protección propio de los derechos y libertades fundamentales, aquí acaba el escrutinio por cuanto el juez deberá rechazar su condena sin necesidad de plantearse la proporcionalidad de la injerencia.

4.2. Ulteriores desarrollos: más allá de la trascendental STC 136/1999

La doctrina que nos ocupa ha dado sus mejores frutos en el análisis de los conflictos entre los derechos fundamentales al honor y las libertades de expresión e información⁵³, siendo en este ámbito donde se dictó la que, a mi juicio, es una de las resoluciones en la que más claramente se expone la función y anclaje constitucional de la misma. Se trata de la ya citada STC 110/2000, de 5 de mayo en la que se otorgó el amparo al recurrente condenado en la instancia como autor del viejo delito de desacato por las críticas desabridas, cercanas a veces a la caricatura, que hiciera a un senador en un periódico local. Frente al criterio de los tribunales de instancia y apelación, el TC considera que tal condena vulnera el derecho a la libertad de expresión e información por no haberse respetado la delimitación constitucional de tales derechos. En todo caso, lo más interesante de esta resolución no es tanto el caso cuanto la didáctica exposición de la metodología a seguir para comprobar si una determinada interpretación y aplicación de los tipos penales ha infringido el derecho fundamental afectado, lo que, resumidamente expuesto, ocurrirá: a) si falta la habilitación legal para la restricción del derecho, b) si se desconoce el contenido constitucionalmente protegido o c) si se reacciona desproporcionadamente ante el acto ilícito. Veámoslo:

«3. En la demanda no se cuestiona la constitucionalidad de la norma penal aplicada, sino la concreta aplicación que de la misma han hecho los órganos judiciales al justificar la condena en la necesidad de tutelar el honor del querellante. Dicha justificación es, prima facie, constitucionalmente adecuada (...).

⁵³ Vid. SSTC (Sala 1ª) 104/1986, de 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986), FJ 6º; (Sala 1ª) 107/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988), FJ 2º; (Sala 1ª) 20/1990, de 15 de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990), FJ 2º; (Sala 2ª) 190/1996, de 25 de noviembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1997), FJ 3º a); (Sala 1ª) 127/2004, de 19 de julio (BOE núm. 199, de 18 de agosto de 2004), FJ 4º.

Es, por otra parte, evidente que nuestro análisis no puede detenerse en la anterior constatación genérica sino que el problema sometido a nuestro enjuiciamiento ha de ser resuelto conforme a criterios específicos que derivan, no sólo de la naturaleza y límites de nuestra jurisdicción de amparo (...), sino también del contenido de los derechos en juego y de la naturaleza penal de la sanción impuesta. Además ha de quedar sentado de antemano que, dada la naturaleza de los derechos fundamentales en juego, nuestro juicio no ha de ser un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los Jueces y Tribunales ordinarios; sino que hemos de aplicar inmediatamente a los hechos probados las exigencias dimanantes de la Constitución Española para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados (...).

5. Este Tribunal ha reiterado que cuando un órgano judicial aplica una norma penal como la analizada, que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental (...), ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada.

Al margen de las prohibiciones anteriores tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir "por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada».

En la misma línea se pronunciaron otras resoluciones⁵⁴, de las que interesa destacar la STC (Sala 2ª) 104/2011, de 11 de junio (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2011) en la que se anula la condena por delito de desobediencia impuesta a una integrante del comité de empresa que, con ocasión de una huelga de trabajadores, no solo coadyuvó a obstaculizar la entrada de trabajadores a su lugar de trabajo, sino que también se introdujo en el despacho de un concejal impidiendo la reunión de este con unos ciudadanos, todo ello pese a la indicación de aquel y de los agentes de policía para que lo abandonase y permitiera el encuentro con la debida privacidad. En dicha resolución, el Tribunal nos recuerda su tradicional doctrina según la cual no basta con constatar que la conducta objeto de la condena no es el ejercicio regular de un derecho (FJ 6º), sino que hay

⁵⁴ STC (Sala 1ª) 278/2005 de 7 de noviembre (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2005): «la aplicación del tipo penal no debe resultar ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales» (FJ 3º). De igual modo, la STC (Sala 1ª) 299/2006 de 23 de octubre (BOE núm. 284, de 28 de noviembre de 2006): las alegaciones formuladas en un proceso que sean adecuadas para la propia defensa «no pueden resultar constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción» (FJ 4º). Al desaliento se refiere también el TC en la célebre sentencia por el caso Strawberry (STC [Pleno] 35/2020, de 25 de febrero [BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020]), si bien esta resolución merecería un comentario aparte porque, al margen de que se comparta el fallo, es discutible la incorporación que hace del desaliento a una estructura ponderativa que, a mi modo de ver, nada tiene que ver con el modelo constitucional de delimitación de derechos. También de interés STC (Sala 2ª) 37/1998, de 17 de febrero (BOE núm. 65 de 17 de marzo), en la que la prohibición del *chilling effect* se traslada al examen de la respuesta estatal frente a comportamientos relacionados con el ejercicio del derecho de huelga y libertad sindical.

que enjuiciar si lo castigado entra dentro del marco objetivo del derecho fundamental y, por ende, es obligado enjuiciar la proporcionalidad de la reacción en los términos que ya conocemos. En este caso, el TC estima que la conducta desplegada y la condición de su autora la situaban en el contexto del derecho fundamental a la huelga, por lo en el FJ 9º afirma que

«...la conexión de la conducta de la recurrente con el ejercicio del derecho fundamental de huelga determina que la imposición de una sanción penal a la misma constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental (art. 28.2 CE)».

En cualquier caso, ha sido la citada STC 136/1999 la que ha concitado la atención prioritaria y también las críticas más severas, ya que la mayoría estima que representa una ruptura por parte del TC de su anterior doctrina en materia de control constitucional de la proporcionalidad. En otro lugar me he ocupado de analizar tal sentencia⁵⁵, por lo me permitirá el lector que aquí me limite a subrayar dos cosas.

Primera: aunque nunca antes se había declarado inconstitucional una ley por estimar que la pena en ella prevista era desproporcionada, la STC 136/1999 no supuso, *strictu sensu*, una ruptura de la doctrina constitucional en materia de proporcionalidad. Segunda: pero el TC pudo, como siempre había hecho antes, imputar el defecto a la aplicación de la ley y no a la ley misma, lo que hubiera representado una apuesta de futuro al imponer al juzgador una interpretación de la ley penal más ajustada a las exigencias de la prohibición de exceso.

En cuanto a lo primero, si se repasan los comentarios⁵⁶ dedicados a la sentencia, se advertirá en muchos de ellos un defecto metodológico tan imperdonable como es comparar cosas que son distintas. Cierto es que en ninguna de las sentencias clave en materia de proporcionalidad penal se declaró la inconstitucionalidad por este motivo, ni en los casos en que la desproporción se predicaba de la aplicación de la ley, ni en los que dicha desproporción se le objetaba a la ley misma, que es, justamente, lo que se planteaba en la STC 136/1999. Los precedentes a que me refiero son la STC (Sala 2ª) 65/1986, de 22 de mayo (BOE núm. 144, de 17 de junio de 1986), conociendo de un recurso de amparo contra la condena por delito de malversación; la STC (Pleno) 160/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1987), donde el Defensor del

⁵⁵ CUERDA ARNAU, *RGDP*, (8), 2007.

⁵⁶ Entre otros, ALÁEZ CORRAL, «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad. A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, v. III, pp. 2567 ss. (disponible también en la base de datos de la editoprial Aranzadi); ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», *La ley*, (5), 1999, pp. 2053 ss.; BILBAO UBILLOS, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmenda la plana al legislador», *Revista española de derecho constitucional*, (58), 2000, pp. 277 ss.; CUERDA RIEZU, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, pp. 237 ss.; DE OLIVEIRA ROCHA, «EL principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las normas penales: el amparo a la mesa de HB», *CPC*, (70), 2000, pp. 219 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «La sentencia de HB», en EL MISMO, *Ensayos penales*, 1999, pp. 62 ss.; EL MISMO, «El TC y el principio de proporcionalidad», *Diario El Mundo*, 22 de julio de 1999; JIMÉNEZ VILLAREJO, «Dos breves apuntes acerca de la STC caso Mesa HB», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (406), 1999, pp. 1 ss.; PERIS RIERA/CUESTA, «Comentario a la STC 136/199, de 20 de julio. Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas», *La Ley*, (4970), 2000; MIR PUIG, «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal», en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, pp. 358 ss.; PULIDO QUECEDO, «Los límites a la justicia. Reflexión sobre la STC 136/1999, de 20 de julio», *Repertorio Aranzadi del tribunal Constitucional*, (12), 1999, pp. 1667 ss.

Pueblo articuló como motivo del recurso de inconstitucionalidad la desproporción de las penas previstas en la LO 8/1984⁵⁷ para los objetores de conciencia que rehusaren el cumplimiento de la prestación social sustitutoria; la STC (Pleno) 19/1988, de 16 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988) en la que se analizó la constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de multa; la STC (Pleno) 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril 1996), en la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el ya citado art. 2.3 de la LO 8/1984 y, por último, la STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), llamada a conocer de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 380 CP relativo a la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Sin embargo, cuando la solución ofrecida en la STC 136/1999 se compara con la ofrecida en todas estas se olvida -o se posterga deliberadamente- que en ninguno de los casos anteriores la sanción penal se proyectaba sobre conductas relacionadas con un derecho fundamental cuyo ejercicio pudiera resultar desalentado. Tampoco en el caso de las sentencias recaídas en materia de insumisión, pues, como en ambas ocasiones se encargó de subrayar el TC, la objeción de conciencia no ha sido configurada por el constituyente como un derecho fundamental⁵⁸ a diferencia de lo que a todas luces sucede con el derecho a participar en asuntos públicos y las libertades de expresión, cuya función institucional, aun sin otorgarles preeminencia, resulta incuestionable. Se me antoja, pues, carente de sentido cualquier comparación que omita esta circunstancia.

Ahora bien, también se incurriría en un defecto argumental si se privase de importancia al hecho de que, a diferencia del resto de sentencias que han recurrido al efecto de desaliento para estimar vulnerado el derecho, en esta el desaliento se predica por vez primera de la ley y no de la aplicación de la misma. Eso es, probablemente, lo más discutible. ¿Era imprescindible hacer valer ese límite frente al legislador penal o era posible alcanzar por otra vía el mismo resultado? A mi modo de ver, el TC pudo amparar al recurrente considerando que la interpretación de la jurisdicción ordinaria no atendió a las exigencias de la prohibición de exceso. Así es porque la función que la doctrina del desaliento está llamada a tener en el momento de la subsunción típica bastaba para respaldar la idea de que el déficit de la ley pudo haberlo cubierto el juez con una interpretación de la misma como la que, en virtud de la referida función, aquí se ha postulado. Sin duda, se trataba de una conducta no amparada por los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la participación política. Pero, frente al escueto examen de legalidad efectuado por el Tribunal Supremo, se evidenciaba como más procedente un análisis conjunto de las exigencias de legalidad y proporcionalidad conectadas a la efectividad de los derechos

⁵⁷ En realidad, el análisis de la proporcionalidad lo fue en relación con la nueva pena que para estas conductas vino a establecer la LO 14/1985, que modificó el CP y la LO 8/1984 con el fin de que no se produjera una injustificada disparidad entre las penas asignadas en el CP Militar para los que deserten o no se presenten a prestar el servicio militar y lo que establecía dicha LO para los objetores en supuestos equivalentes. Obsérvese que, a diferencia de lo que sucede en el caso de la Mesa de HB, en este caso el TC da por hecho que resulta irrelevante pronunciarse sobre la norma derogada «en cuanto que la norma nueva habrá de aplicarse en todo caso, incluso a situaciones anteriores, en virtud del principio de ley más benigna». El TC parece olvidar que una eventual declaración de inconstitucionalidad de la nueva disposición no podía alcanzar, sin embargo, a quien hubiera sido condenado en virtud de la anterior y cuya condena todavía no hubiera sido revisada.

⁵⁸ STC (Pleno) 160/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1987): «Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo, pero cuya relación con el art. 16 no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial, aquí su finalidad concreta, consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye en este sentido una excepción al cumplimiento de un deber general...» (FJ 3º). Vid. asimismo, STC (Pleno) 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996), FJ 5º y STC (Pleno) 161/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1987), FJ 3º, sobre objeción sobrevenida y funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

fundamentales implicados (art.20 CE y art. 23 CE). En efecto, no bastaba con argumentar desde la perspectiva de la legalidad estricta, pues la interpretación realizada no solo era una de las posibles según el tenor literal de la ley, sino que, desde la perspectiva de su examen constitucional, era razonablemente previsible. El que así lo fuera no implica, sin embargo, que pueda admitirse, cual se hace en la sentencia, la constitucionalidad de la interpretación realizada (FJ 26º *in fine*), pues conducía a reaccionar desproporcionadamente frente a un acto ilícito conectado con el ejercicio de derechos fundamentales y era incompatible con el reconocimiento constitucional de los mismos. Estas razones y no tanto las derivadas de la idea de certeza abonaban una interpretación restrictiva del tipo que excluyese de su ámbito hipótesis como la enjuiciada y tomase en la consideración debida su extraordinaria cercanía al indiscutiblemente atípico apoyo ideológico y el hecho de ser realizada por los miembros de un partido político en campaña electoral. Este era, pues, uno de esos casos donde, conforme a lo defendido en el anterior epígrafe, el carácter indeterminado del tipo penal, el consiguiente mayor riesgo de extensión indebida y el efecto de desaliento que, por eso mismo y por la extraordinaria severidad de la pena, puede suponer la condena, obligan al órgano judicial a realizar una interpretación del tipo tan estricta como lo requieran las exigencias materiales de los derechos fundamentales implicados y lo permita la ley⁵⁹. Sin embargo, es más que probable que el TC valorase la repercusión que una resolución de esa naturaleza en un caso de esa índole tendría en el delicado equilibrio de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria y optó por “culpar” a la ley dando un salto de la proporcionalidad en la aplicación de la ley a la proporcionalidad de la ley. Ello, por una parte, implica someter a esta a una densidad de control mayor que la aplicable a sus actos aplicativos, lo cual, resulta un desatino⁶⁰ y, por otra, supone ofrecer una salida, que, a la larga, puede ser menos ventajosa en términos de libertad porque parece exonerar a los tribunales ordinarios de la importante función que les corresponde como primera salvaguarda de los derechos fundamentales.

4.3. Decadencia: dos sentencias a modo de ejemplo

Aunque, como hemos visto, la doctrina del desaliento tiene un recorrido que es anterior y posterior a la STC 136/1999, lo cierto es que, más allá de su cita formularia por el TC, sus frutos han sido más bien escasos. Y, desde luego, hoy está en franco retroceso en nuestra jurisprudencia constitucional, de quien, sin embargo, podría haberse esperado que recurriera a la misma en algunas decisiones que, a mi modo de ver, representan un grave retroceso en materia de derechos fundamentales. Entre estos destacan los tratados en la STC (Pleno)192/2020, de 15 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021) y en la STC (Pleno) 133/ 2021, de 24 junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), que serán las que nos sirvan de hilo conductor.

Es verdad que hay otros asuntos, algunos especialmente polémicos, en los que hubiera sido deseable que el TC se hubiera dignado, al menos, a tomar en consideración las exigencias derivadas de la proscripción del desaliento, siquiera hubiera sido para argumentar acerca de su no aplicación al caso. Así debiera haberse hecho, entre otras, en las SSTC (Pleno) 121 y 122/2021, de 2 de junio⁶¹ (amparo promovido por Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, respectivamente, contra las condenas a nueve años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta por los hechos del

⁵⁹ Por su importancia, me permito insistir en la idea de que nuestro sistema de fuentes resulta incompatible con la posibilidad de admitir la proporcionalidad contra la ley.

⁶⁰ PRIETO DEL PINO, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016 p. 286.

⁶¹ Ambas en BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021.

procès) o en la STC (Pleno) 192/2020, de 17 de diciembre⁶² (amparo contra la condena a seis meses de prisión por interrupción de una misa por un grupo de abortistas). Ciertamente, en ninguno de los tres casos estamos ante el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Eso me parece indiscutible. Ahora bien, no les falta razón a los magistrados discrepantes cuando objetan que, incluso cuando la conducta no pueda considerarse como legítimo ejercicio de un derecho y esté prevista como delito en la normativa penal, no cabe la imposición de una sanción penal sin realizar un previo juicio de proporcionalidad. Singularmente cuando la conducta se desarrolla dentro del ámbito material de un derecho fundamental -como así se reconoce en las SSTC 121 y 122/2021 en relación con los de libertad de expresión, reunión y participación política- no basta con la constatación de que la conducta enjuiciada no es legítimo ejercicio de los mismos. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico obligan a analizar si la reacción frente a dicha extralimitación puede producir, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada. Sin embargo, en ninguna de ellas se dedica a ello la más mínima atención, siquiera fuera, como decía, para excluir que en estos casos procediera el amparo en aplicación de la doctrina del desaliento, cuestión en la que admito que el planteamiento de los magistrados discrepantes puede suscitar algunos reparos⁶³. Por el contrario, no albergo duda alguna de que la proscripción del desaliento pudo y debió ser la clave para conceder el amparo en los casos enjuiciados en las arriba citadas SSTC 192/2020 y 133/ 2021, a cuyo análisis se destinan los epígrafes siguientes.

a. *La STC 190/2020, de 15 de diciembre: ultrajes a la bandera*

La STC 190/2020, de 15 de diciembre conoce del recurso de amparo interpuesto por el condenado – y apoyado por el Ministerio Fiscal- contra la condena por un delito de ultrajes a España del art.

⁶² BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021.

⁶³ Concretamente, en el voto formulado por Xiol y Balaguer a las SSTC 121/2021 y 122/2021, se coincide con la mayoría en que no estamos ante el ejercicio legítimo de derechos pero se considera que, atendidas las circunstancias del hecho y sus autores (vid. FJ 13º), «el recurso mismo al sistema de justicia penal para imponer una sanción de tal gravedad al recurrente es desproporcionado y lesivo del derecho de reunión por el efecto desaliento que para el ejercicio de este derecho puede implicar» (FJ 12º). Por lo demás, resulta de interés profundizar en la vía que se deja abierta a la posibilidad de conceder un amparo que declare la nulidad de la sentencia condenatoria por el hecho de que la jurisdicción ordinaria no hubiera recurrido a ninguno de los mecanismos que hubieran permitido moderar la respuesta penal (vid FJ 1º y votos de estos mismos magistrados a las SSTC 91/2021, de 22 de abril, y 106/2021, de 11 de mayo). Tal opción supondría el reenvío del asunto al tribunal sentenciador para que modulara la condena, lo que evitaría una absolución que no parece la reacción más ajustada frente a los hechos enjuiciados.

Similar orientación es la que guía el voto particular de esos mismos magistrados a la STC 192/2020, quienes también en este caso consideran que, puesto que la conducta no violenta se desarrolló en un contexto de debate social, no implicaba ningún ataque directo a la confesión sino a su posición en este asunto de interés general y motivó una muy limitada perturbación del acto religioso, debió concluirse que «la condena penal del recurrente supuso una decisión judicial incompatible con la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión y la evitación de un efecto disuasorio de su ejercicio, ya que la conducta enjuiciada, independientemente de su extralimitación, se produjo en el ámbito de influencia de este derecho y la reacción penal era innecesaria para proteger la libertad religiosa de terceros o cualquier otro interés constitucional» (FJ 9º).

En la misma línea –aunque con una singularidad en la que ahora no se puede entrar- discurre el voto particular que Conde-Pumpido formula frente a esa misma resolución, la cual, a su juicio, utiliza un método de análisis incompleto. La mayoría- dice Conde-Pumpido- se limita a constatar que el recurrente no ejerció legítimamente sus derechos sin indagar «si la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio (FJ 3º)», lo que equivale a afirmar que «existirían solo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse» (FJ 3º).

543 CP a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el art. 53 CP. El recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal -única acusación personada en la vía judicial previa y a quien la sentencia “eclipsa” (OLLERO)-, se desestima, si bien formulan votos particulares discrepantes los magistrados OLLERO (ponente original de la causa), XIOL y CONDE-PUMPIDO y las magistradas BALAGUER y ROCA.

Los hechos, sucintamente expuestos son los siguientes:

Durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, “con intención de menospreciarla”, gritó: “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume a puta bandeira” (esto es, en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”).

El recurrente era una de las personas de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, razón por la cual, se venían concentrando todos los días, frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia citada y durante la cual los huelguistas hacían ruido, realizaban pitadas o abucheos, con pitos, ollas, sartenes y megáfonos, y proferían consignas como “a bandeira non paga as facturas”, para llamar la atención de los viandantes.

El demandante invocó de forma conjunta sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], pero el TC desestimó el amparo por entender, en primer término, que no existió ejercicio legítimo de las libertades invocadas, pues, de ser así, esa conducta no podría ser objeto de sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal. En segundo lugar, el Tribunal descarta asimismo que estemos ante una conducta que, aunque supusiese una extralimitación de los derechos en cuestión, estuviese dentro de su ámbito, lo que hubiera obligado a enjuiciar si la injerencia penal era o no proporcionada.

En cuanto a lo primero, el TC rechaza categóricamente que estemos ante el legítimo ejercicio de los derechos invocados, conclusión que apoya en una débil argumentación a la que llega sirviéndose del nunca suficientemente criticado “método” de la ponderación, entendido no como ponderación de razones a la hora de adoptar una decisión concreta, sino como procedimiento destinado a afirmar o negar la existencia de un derecho. Hacer depender el contenido mismo del derecho de la ponderación en el caso concreto es tanto como convertir al juez en árbitro de su contenido esencial, lo que cuando va referido a la jurisdicción ordinaria resulta, si cabe, mucho más problemático. Esa es, sin embargo, la opción que el Tribunal acoge, pues, aunque repasa de manera impecable la doctrina constitucional acerca del método de delimitación (no de ponderación) de los derechos fundamentales y del control constitucional de las decisiones que les afectan (FFJJ 3º y 4º), luego da un salto en el vacío cuando dice aplicar todo ello al caso concreto. La desconexión entre los fundamentos jurídicos precedentes y el quinto es clamorosa, pues difícilmente casa con ellos la *ratio decidendi*, que podríamos condensar en lo siguiente: de un lado, la expresión “puta bandeira” y la llamada a prenderle fuego encierra un mensaje de rechazo y menosprecio hacia la enseña nacional y a los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella; de otro, aquellas expresiones eran de todo punto

innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas. En palabras del propio TC,

«Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión» (FJ 5º *in fine*).

Una vez excluida la posibilidad de que la conducta sea legítimo ejercicio de los derechos invocados, el TC declara ser consciente de que con ello no se colma el control constitucional por cuanto, como dice en el FJ 5º,

«(...) este tribunal debe hacer una última valoración para determinar que, excluido aquel ejercicio regular del derecho fundamental, es posible entender que, al menos, lo haya sido en un ejercicio excesivo de aquella libertad, que, sin embargo, no haya alcanzado a desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque, en tales casos, “la gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio” (STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7)».

Tan atinada consideración, nuevamente se queda en una declaración meramente formal que no se aplica materialmente al caso, ya que la cuestión la resuelve haciendo uso de los mismos criterios que le habían servido para excluir que la conducta perteneciese al núcleo indudable de exclusión del art. 20 en su conexión con el art. 16 CE. Este es el hilo argumental:

«En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones (...) resultaban innecesarios y, además, habían sido proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular unas reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender.

En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre».

Por lo demás, el TC considera que la respuesta penal prevista en el art. 543 CP resulta proporcionada a la entidad de la conducta, habida cuenta de que la pena era de multa, fue la mínima legalmente prevista y la cuota diaria fue abonada y ello evitaba la prisión sustitutoria prevista para casos de impago.

A mi modesto entender, la resolución comentada es un ejemplo mayúsculo de ausencia de finura jurídica y pobre argumentación. Que las expresiones fueran ofensivas nadie lo discute, pues, de no serlas, no precisarían reclamar protección constitucional. Pero queda por dilucidar, en primer término, si son realmente innecesarias y, aún de serlo, si la sanción penal de las mismas es una medida proporcionada en una sociedad democrática. Ninguno de ambos problemas se resuelve,

a mi modo de ver, con solvencia. De un lado, porque la crucial pregunta de si la conducta se desarrolla dentro de los márgenes del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) se aborda sin conceder *de facto* la debida relevancia al hecho de que la conducta expresiva estuviera protagonizada por un representante sindical, tuviera lugar en el contexto de una reivindicación laboral y se desarrollara no solo sin violencia, sino también sin la posibilidad real de prender fuego a la bandera (izada a metros de altura) y generar con ello desórdenes públicos. Existían, pues, buenas razones para defender que la conducta entraba dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión en conexión con la libertad ideológica al poder ser interpretada como una manifestación de crítica social y política con la que se trataba de presionar a la Administración para que solventase el conflicto laboral existente.

En su defecto, también existían poderosas razones a favor de admitir que no estamos ante uno de esos casos en que la conducta queda absolutamente fuera de las fronteras del derecho, sino que pertenece al ámbito material de los derechos alegados aunque se trate de una extralimitación de los mismos. Siendo así, una inveterada doctrina constitucional favorable a la efectividad real de los derechos fundamentales exige, como sabemos, enjuiciar la proporcionalidad de la injerencia. Aplicado lo anterior al caso de autos, lo cierto es que el TC no es convincente cuando niega a la conducta cualquier conexión con los derechos fundamentales alegados, de suerte que, a sus efectos, lo mismo hubiera dado si la crítica se hubiese manifestado, por ejemplo, arrojando piedras a la bandera con riesgo para los militares participantes en el acto. El TC equipara, pues, actos que desnaturalizan el derecho alegado con otros que, aun pudiendo representar un abuso, pertenecen al ámbito material del derecho, por lo que pudiendo ser sancionados, deben serlo proporcionalmente. En cuanto a esto, no resulta adecuado que el control constitucional de la proporcionalidad quede reducido a la fiscalización de la clase de pena con que se conmina el hecho. Con ello se desoye la propia doctrina constitucional acerca del efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción que, como es sabido, se vincula, en primer término, al recurso mismo al Derecho penal en lugar de aplicar mecanismos estatales de inferior gravedad.

A mi modo de ver, afirmar que la sanción penal de esa conducta es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática hubiera exigido del juez de instancia, pero, singularmente, del TC un esfuerzo argumental que ninguno hizo. Este es, sin embargo, uno de los casos en los que el juez ordinario puede y debe servirse del principio de proporcionalidad para, sin apartarse de la ley, conceder a esta un ámbito compatible con el reconocimiento constitucional de los derechos afectados por una conducta que, pese a no ser ejercicio legítimo de los mismos, se relaciona con ellos. Pero ya que el juez de instancia no lo hizo, ese era el control que se esperaba del TC, ya que, como reiteradamente ha dicho ese mismo tribunal,

«(...) el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales en las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el art. 44.1 b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales. Todo ello aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 11, y 177/2015, 22 de julio, FJ 2)».

Así lo reconoce la propia sentencia en su fundamento jurídico cuarto pero es obvio que se trata de una proclamación vacía, que, de haber sido verdaderamente considerada, hubiera llevado al TC a no prescindir del juicio de proporcionalidad. O mejor: a no limitar ese juicio al *quantum* de la pena. Ciertamente, la respuesta es una pena de multa y no de privación de libertad. Pero, aun dejando a un lado la posibilidad de arresto sustitutorio, hay que tomar en consideración que es una sanción de naturaleza penal y, por ende, no es admisible omitir el paso previo, que es el de enjuiciar si aplicar la norma penal al caso es compatible con la efectividad de los derechos fundamentales afectados, esto es, si es constitucionalmente legítimo.

En suma, este es uno de esos casos en que la intervención penal resulta un desatino. En primer término, porque, por las razones ya expuestas, el acto comunicativo puede ser considerado legítimo ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, procedía la aplicación de la eximente séptima. En todo caso, incluso si tal cosa no se admite y se estima que estamos ante una extralimitación de su ejercicio, el ordenamiento autorizaba al juez de instancia a aplicar la eximente incompleta, mecanismo que, al menos, hubiera permitido hacer efectivas, siquiera en parte, las exigencias de la proporcionalidad sin vulneración alguna de la legalidad, frente a la cual, como es obvio, no puede el juez ordinario oponer juicio de proporcionalidad alguno. En cuanto a esto último, la posición de la justicia constitucional es otra. El TC, ya que rechazó ver en la conducta el legítimo ejercicio de un derecho, pudo y debió declarar que recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo de un acto simbólico que, a lo sumo, es un exceso pero no desnaturaliza los derechos alegados es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática.

b. La STC 133/ 2021, de 24 junio: el asalto al Parlamento de Cataluña

La STC 133/ 2021, de 24 junio conoce del recurso de amparo presentado por varios condenados en el caso mediáticamente conocido como “asalto al Parlamento de Cataluña”, en el que se acusaba, entre otros, por un delito contra las altas instituciones del Estado (art. 498 CP) a diferentes manifestantes de una concentración convocada frente al Parlamento catalán para protestar por los recortes presupuestarios en gasto social. El lema del acto era “Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades” (“Paremos el Parlamento, no dejaremos que aprueben recortes”), extremo conocido por la autoridad gubernativa a quien se comunicó su celebración. El día de autos se concentraron varios centenares de manifestantes que increparon a los diputados que iban llegando, obstaculizando el paso a algunos de ellos, incluido el coche del presidente de la Generalitat, que optó por cambiar de dirección y alejarse del lugar. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 hs. pero sufrió un retraso de once minutos y algunos diputados tuvieron que incorporarse con apoyo policial, mientras que otros tuvieron que ingresar en el Parlamento haciendo uso de un helicóptero. No consta que los asistentes portaran armas u objetos peligrosos.

Por lo que respecta a los hechos que concretamente se imputan a los demandantes de amparo, los resume el FJ 5º b) de la propia STC 133/ 2021; a saber:

«(i) Don Francisco se interpuso con los brazos en cruz ante dos parlamentarios que habían sido antes increpados por un centenar de manifestantes cuando caminaban por la vía pública hacia el Parlament y, a continuación, siguió a otro parlamentario con las manos alzadas, gritando las consignas de la manifestación; mientras que doña Ángela, siguió al mismo parlamentario con las manos en alto, moviéndolas, y coreando las consignas de la manifestación.

(ii) A don Jordi se le imputa haberse confrontado personalmente con dos diputados pidiendo en voz alta a otros manifestantes, que ya les habían increpado, que no les dejaran pasar al recinto donde se ubica el Parlament, desplegando al tiempo una pancarta, lo que provocó que los diputados pidieran la protección de los agentes de policía para acceder al recinto donde se encuentra situado el Parlament.

(iii) Don Rubén y don Carlos se encontraban en un grupo de manifestantes que, cuando un diputado se encaminaba al Parlament por la única vía practicable, le recriminaron las políticas de gastos público recogidas en los presupuestos y le dijeron que, apoyándolas, a ellos no les representaba; ante el nutrido grupo de manifestantes, cinco agentes antidisturbios de la policía acompañaron al parlamentario que, con tal apoyo, superó a los manifestantes y accedió al Parlament».

La Audiencia Nacional (SAN 31/2014, de 7 de julio [ECLI:ES:AN:2014:2863]), absolvió a los acusados por estimar que les amparaba el ejercicio legítimo de los derechos de manifestación y reunión, de modo que, sin realizar juicio alguno de tipicidad, apreció como causa de justificación la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP), a lo que añadió lo siguiente:

«En un segundo plano hemos de poner aquellas conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarle, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho (STC 104/211, Fj 6). Entonces la intervención penal debe superar los filtros que establece el principio de proporcionalidad y, en especial, la doctrina del efecto de desaliento. Pues no es suficiente constatar que la acción sobrepasa el ámbito de la protección constitucional del derecho, porque entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal, la última razón, según señala la jurisprudencia constitucional (ATC 377/2004 Fj 1, que utiliza la metáfora de "terrenos intermedios"). (...) Por lo tanto, resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho. El juez no puede "reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal" (STC 110/2000, Fj 5)»⁶⁴.

La sentencia fue anulada en casación y los acusados fueron condenados como autores de un delito contra las instituciones del Estado, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (STS 161/2015, de 17 de marzo [ECLI:ES:TS:2015:812]). El Tribunal Supremo aplicó su conocida teoría de la ponderación, de la que en este caso salió triunfante -podría haber sido a la inversa- el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes vulnerado por los acusados (FJ 5º c). El Tribunal Constitucional, por su parte, desestima todos y cada uno de los motivos de amparo con una resolución en la que una vez más se detecta la renuncia a un verdadero control de la proporcionalidad reclamado, incluso, por el Ministerio Fiscal, pues, al igual que en la STC 190/2020, apoyó la estimación del recurso⁶⁵, lo que ya habla por sí mismo. También en este caso, la sentencia contó con la discrepancia de un número relevante de magistrados (ROCA, XIOL, BALAGUER y CONDE- PUMPIDO).

⁶⁴ FJ 2º 1.2.

⁶⁵ Concretamente, la fiscal ante el TC interesó la estimación parcial de los recursos de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho de defensa de los acusados (art. 24.2 CE) y por vulneración del derecho al principio de legalidad penal y de proporcionalidad de la pena (art. 25.1 CE).

A mi modo de ver, ninguna de las tres resoluciones aborda el problema desde una óptica correcta. La sentencia de instancia ni acierta al entender que los excesos verbales y los alardes gestuales de los manifestantes eran legítimo ejercicio de los derechos de manifestación y reunión en conexión con la libertad de expresión, ni tampoco al otorgar a tales derechos una prevalencia frente al de participación política (art. 23 CE) de la que constitucionalmente carecen. Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como el TC interpretaron el art. 498 CP extensivamente, de un modo incompatible con las exigencias de la legalidad y la prohibición de exceso y, a la postre, con la real efectividad de los derechos fundamentales afectados.

Por lo que a la Audiencia Nacional se refiere, estimo que apelar a la causa de justificación otorgaba a los derechos de manifestación y reunión un ámbito que va mucho más allá de la delimitación constitucional de los mismos. Por otra parte, ya que la Audiencia entendió que se estaba ante un ejercicio legítimo era innecesario –y perturbador- recurrir a la “doctrina del desaliento” para fundamentar la absolución (vid. FJ 2º 1.2). Si la conducta es ejercicio legítimo de un derecho no puede ser sancionada y, por ende, no precisa recurrir a la proscripción del desaliento para salir airosa. La doctrina del desaliento entra en acción subsidiariamente para dar cobertura a los casos de extralimitación en el ejercicio de un derecho cuya sanción penal (en el sí o en el *quantum*) puede producir ese efecto, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley o imponer la pena para evitar una reacción desproporcionada. Al apelar a tal doctrina para fundamentar la absolución, la sentencia de la Audiencia Nacional resulta algo confusa y eso explica algunas de las duras críticas que se le han dirigido (aunque no las que destilan animadversión personal hacia el ponente y se alinean con los que, ante cualquier desorden, estiman que los derechos fundamentales deben ser los primeros sacrificados). En todo caso, aunque no se comparta la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, lo cierto es que toma partido a favor de la libertad y solo por ello ya es mejor sentencia que la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, una resolución esta última que ratificó una condena que vulneró la presunción de inocencia, condenó por hechos ajenos e interpretó la ley penal al margen de lo que se deriva de una recta aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. En lo que sigue, dejaremos de lado cuestiones tan trascendentes como los límites a la revocación de sentencias absolutorias, así como otras objeciones formuladas por los demandantes, para centrarnos en el problema de la desproporcionalidad de la reacción, pues esos hechos, no se olvide, motivaron una condena a tres años de prisión. Nuevamente, el TC renuncia *materialmente* al control de proporcionalidad y ni se plantea abordar la cuestión desde la perspectiva de su propia doctrina acerca de la proscripción del desaliento, toda vez que, a juicio de la mayoría, la conducta queda absolutamente extramuros de los derechos de reunión y manifestación, zanjando con ello *a limine* el debate acerca de si el recurso al Derecho penal en un caso de estas características es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática.

Cierto es que el fundamento jurídico séptimo de la STC 133/2021 se destina a analizar la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad, pero, a la postre, todo queda reducido a un control meramente formal que no toma en la debida consideración la afectación que una injerencia penal de esa entidad aplicada a un caso como el que nos ocupa supone en los derechos fundamentales a las libertades de reunión, manifestación y expresión de todos los ciudadanos. Este es, a mi juicio, un ejemplo inmejorable del efecto desalentador que el Derecho penal puede producir en el legítimo ejercicio de derechos, toda vez que, dada la levedad de las concretas conductas imputadas a los condenados, es fácil que la mayoría de ciudadanos colijan que manifestarse representa un alto riesgo, pues lo determinante no es tanto la conducta individual que se despliegue cuanto el contexto en que se realiza, extremo que excede del control propio y que, sin embargo, determina, como dijo el Tribunal Supremo, la relevancia penal de las conductas

enjuiciadas. Es precisamente a ese efecto al que reiteradamente se refieren los magistrados discrepantes como fundamento de su voto. Tal es el caso del voto conjunto de XIOL y BALAGUER, quienes concluyen en los siguientes términos:

«(...) consideramos que, en el presente caso, la injerencia en el derecho de reunión de las personas demandantes de amparo mediante el recurso a la sanción penal resulta desproporcionada atendiendo a las circunstancias de que (i) la concentración tenía unos objetivos y características de desarrollo que habían sido debidamente comunicada a la autoridad competente (...); (ii) la concentración, con carácter general, tuvo un carácter pacífico tanto en su convocatoria como en su desarrollo al margen de situaciones esporádicas de tensión; (iii) la conducta de las personas condenadas a prisión no era propiciar una paralización de la acción legislativa sino mostrar a los representantes políticos su disconformidad con las líneas ideológicas en que se sustentaba el proyecto de presupuestos a aprobar (...) sin que se aprecien actos concluyentes de obstrucción o impedimento violento para el acceso a la sede parlamentaria, y (iv) la concentración tuvo como consecuencia respecto de la sesión parlamentaria un mero retraso no significativo y una alteración del orden del día que no impidió su normal desarrollo.

En esas circunstancias, (...) una sanción penal resultaba desproporcionada y con un indeseable efecto desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental.

Una respuesta penal, máxime de la severidad de las impuestas a las personas demandantes de amparo, (...) tiene un devastador efecto desaliento (...), empobrece nuestra democracia, nos alinea con sociedades disciplinadas por el abuso del sistema penal en la represión de conductas que se desenvuelven en el ámbito material de derechos fundamentales y nos alejan, en definitiva, de la necesidad de una interpretación y aplicación progresiva de aquellos derechos que posibilitan la normal participación de la ciudadanía en las democracias plenas. A esa reflexión debemos añadir ahora que el cercenar de una forma tan radical el único medio de expresión colectivo que tiene la ciudadanía al margen de los cauces participativos propios de las democracias representativas, no solo puede implicar el ya mencionado efecto desaliento para los propios afectados y el resto de la ciudadanía para el ejercicio del derecho de reunión sino el más paradójico de propiciar y fomentar un indeseable desapego hacia un sistema político en cuya protección se ha pretendido justificar en este caso la imposición de la sanción penal» (FJ 10º).

En efecto, lo que trata de impedir la doctrina constitucional del efecto de desaliento es la sanción penal de conductas que, sin ser legítimo ejercicio de un derecho, están tan próximas al mismo que la injerencia penal puede desalentar del ejercicio legítimo del derecho afectado ante el temor de que la conducta se estime incurso en el lado de lo prohibido. La proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción, se alza, así, como un límite constitucional esencial que se impone, no solo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

El propio Tribunal Constitucional, reitera tal doctrina en la sentencia que nos ocupa (FJ 7º 2.1). La cuestión, sin embargo, es que, como en otras ocasiones, elude aplicar ese canon por la vía de entender que la conducta sometida a enjuiciamiento no mantiene relación alguna con los derechos fundamentales alegados. En este caso, la mayoría del Tribunal entiende que la invocación de tales derechos es «un pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos». Se trataría, pues, de uno de esos casos en que el hecho queda fuera de las fronteras del derecho, hasta el punto de desnaturalizar su ejercicio, lo que le coloca al margen de cualquier amparo constitucional (FJ 7º 2.2). Sin embargo, creo que están en lo cierto los magistrados discrepantes que entienden que, si bien las conductas no constituyen ejercicio

legítimo de los derechos reconocidos en los arts. 20 y 21 CE, el Tribunal erró al considerar que las mismas desnaturalizaban el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación hasta el punto de convertirlos en irreconocibles y, por ende, situar a aquellas al margen del contenido material del derecho. Por el contrario, hay elementos que permiten concluir que se desarrollaron en conexión con el ámbito de protección de los mismos. En este caso, los hechos ocurren en el marco de una concentración ciudadana cuya finalidad era protestar por una actividad parlamentaria con indiscutible relevancia pública, se comunicó oportunamente a las autoridades, y no consta que los participantes concurrieran a ella o hiciesen uso de armas o instrumentos peligrosos. Por lo demás, la autoridad gubernativa era perfectamente conocedora del propósito y del lema de la manifestación, cuyos impulsores los hicieron expresos, entre otros actos, en la rueda de prensa convocada al efecto, pese a lo cual no se acotó un perímetro o se levantó cordón policial alguno. Es más, como reconoce la propia sentencia, lo que se dispuso fue el cierre de todas las puertas de acceso al *Parc de la Ciutadella* -donde se encuentra el *Parlament*-excepto una por la que necesariamente debían transitar los parlamentarios «que quedaron así obligados y expuestos a confrontarse directa y personalmente con los manifestantes que se habían congregado en las inmediaciones de dicha puerta» (FJ 5º c). Por supuesto, esto último no disculpa la conducta de los acusados pero sí pone en solfa la conclusión del TS, asumida por el TC, de que, atendido el lema de la protesta, la finalidad de la concentración era indiscutiblemente impedir el desarrollo de la actividad legislativa y no exteriorizar la protesta. Si tan obvia era la finalidad, sorprende que a las autoridades encargadas de velar por el orden público se les pasase por alto y que, por el contrario, esta sea una idea clara y distinta para los órganos de enjuiciamiento a efectos de estimar probado el elemento subjetivo del injusto. Por último, es cierto que la concentración acabó creando un clima coactivo pero ni este fue el fruto directo de las conductas imputadas a los condenados, ni el carácter pacífico de una reunión o manifestación puede ser negado por el hecho de que se hayan producido algunas conductas violentas, en este caso, protagonizadas por terceros sin identificar.

Entender que simples imprecaciones o actos de confrontación gestual realizados en el curso de una manifestación motivan el que la conducta quede absolutamente al margen de esas libertades públicas por el hecho de que se desarrollen en un contexto de violencia generado por terceros, supone reconocer al legislador penal primero y al juez después un margen de acción incompatible con la efectividad de esos derechos. El mismo margen que con razón tienen, por ejemplo, cuando se sanciona al manifestante que muestra su queja quemando contendores o arrojando piedras a la entidad bancaria objeto de la protesta. La diferencia que media entre ambas clases de conductas me parece tan obvia que no creo preciso detenerse más a justificar que debió considerarse una mera extralimitación del ejercicio de los derechos en cuestión. Ante estos casos, el legislador está obligado, en primer término, a reconsiderar si su tipificación -o, en su defecto, la sanción asociada a la misma- es constitucionalmente legítima o si, por el contrario, provoca un efecto desalentador del ejercicio de los derechos afectados que convierte la injerencia en un sacrificio innecesario y desproporcionado de los mismos. El juez, por su parte, está obligado, primero, a realizar una interpretación tan restrictiva como el principio de legalidad permita para excluir del ámbito de lo prohibido conductas muy cercanas al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales o, en su defecto, a utilizar cuantas herramientas pone en su mano la ley para evitar reaccionar desproporcionadamente (mecanismos de atenuación, suspensión de la condena o solicitud de indulto). Aplicado lo anterior al caso, dos eran las opciones que se abrían ante la jurisdicción ordinaria. La primera y preferible, interpretar el art. 498 CP conforme a las exigencias derivadas del principio de legalidad en inmediata conexión con la prohibición de exceso lo cual, sin forzar en modo alguno el tenor literal del mismo, obliga a entender que los actos sometidos a enjuiciamiento no alcanzaron la gravedad exigida por el tipo aplicable (PAREDES CASTAÑÓN). Así

lo razonó el magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ en el voto particular a la STS 161/2015, cuyo fundamento resumen:

«(...) no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa), (...) respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y el ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo transformarlas al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violentas o intimidantes que en sí mismas no tenían».

A lo anterior, añade un argumento basado en la interpretación histórica del precepto, pues:

«(...) en el Código Penal de la dictadura franquista, el art. 157.4º contenía un precepto similar al ahora considerado, pero (...) en el artículo siguiente, preveía una forma atenuada de respuesta para las acciones incriminadas, cuando no fuesen de carácter grave. Posibilidad que, en cambio, el legislador democrático, comprensiblemente más flexible, ha descartado. Lo que quiere decir que los actos de esta última clase no son susceptibles de encaje en el actual art. 498 CP, cuya aplicación reclama conductas de un superior estándar de gravedad. Con la consecuencia de que lo querido por el legislador de 1995 no puede dejar de serlo igualmente por el juez-intérprete de 2015. Máxime a tenor de las circunstancias del contexto de aplicación antes evocadas, que es aquí donde -según creo- deben jugar el papel ya señalado como pautas orientadoras de la interpretación de la ley penal».

También CONDE-PUMPIDO -y el propio Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional- estimaron que el Tribunal Supremo había realizado una interpretación extensiva del tipo, pues, a su juicio, incluir los leves actos de obstaculización que conocemos va no solo más allá del tenor literal, sino que también supone postergar las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional en relación con los derechos de expresión, reunión y manifestación pacífica sin armas.

La declaración de atipicidad era, sin duda, la opción jurídica más deseable, ya que este es un ejemplo claro en que el carácter abierto del tipo penal, el consiguiente riesgo de extensión indebida y la extraordinaria severidad de la pena se coaligan para producir un efecto desalentador del ejercicio de derechos, lo que, en consecuencia, obliga al juez a realizar una interpretación del tipo tan estricta como lo requieran las exigencias materiales de los derechos fundamentales y lo permita la ley, que en este caso no solo admitía una interpretación restrictiva, sino que esa era la más ajustada a su tenor literal.

No obstante, aun si se optase por afirmar la relevancia penal de la conducta, ello no exonera sin más al juez de atender a las exigencias de la prohibición de exceso, exacerbadas en los casos en que la conducta es limítrofe con el ejercicio de derechos. Concretamente, como ya defendí en su momento, y como también sostiene en su voto el magistrado CONDE-PUMPIDO, nuestro ordenamiento pone en manos de la justicia ordinaria herramientas que permiten evitar sancionar con tanta pena esta clase de conductas. Sin necesidad de recurrir al mecanismo extraordinario del indulto, el Código penal español ofrece al juez la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho, previsión legal a la que el art. 68 CP anuda la imposición de «la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley», una previsión legal que hubiera dado paso a la suspensión, atemperando así la reacción penal a la menor antijuridicidad de las conductas enjuiciadas. Desde luego, la cuestión no es sencilla por cuanto en estos casos se incrementa la complejidad que de suyo comporta la asignación de una naturaleza accidental o esencial a los requisitos ausentes, que es, a mi juicio, lo que explica el que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestren reacias a apreciar esta eximente incompleta. Aún así, la ilicitud no es

un óbice insalvable para la apreciación de la eximente incompleta (menos aún, la circunstancia atenuante análoga a la incompleta, incluso como muy cualificada), de suerte que en casos como el que nos ocupa el juez debe decidir en función de que aprecie una material y sensible disminución de injusto, lo que no solo viene dado por la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, sino también por el número y entidad de los derechos fundamentales afectados por la sanción; en nuestro caso, los de reunión, manifestación y expresión. Pese a todo, dicha posibilidad legal, como se lamenta CONDE-PUMPIDO, no fue examinada en la decisión de condena al determinar la sanción imponible, de modo que, «en definitiva, por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política» (CONDE-PUMPIDO, FJ 3º 2 ii, *in fine*).

Como en otro lugar dijimos GARCÍA AMADO y yo misma⁶⁶, tenía razón el TS cuando concluía afirmando que «los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP -ejercicio legítimo de un derecho-». En efecto, de resultar amparados en ella, hubiera sido innecesario recurrir a la “doctrina del desaliento” en los términos en los que lo hizo la Audiencia pues, como dijimos, la referida doctrina nada tiene que aportar a los casos en que, como consideró la Audiencia, estamos ante el ejercicio legítimo de un derecho fundamental (vid especialmente FJ 2º 1.3). Pese a ese defecto metodológico, la de instancia es mejor sentencia que la de casación porque adopta la única perspectiva de análisis constitucionalmente admisible, esto es, la que obliga a interpretar y aplicar los tipos penales de la manera más efectiva al ejercicio de los derechos fundamentales. Por el contrario, la STS 161/2015, de 17 de marzo condenó por hechos ajenos, vulneró la presunción de inocencia e interpretó la ley al margen de lo que se deriva de una recta aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. Y, en cuanto a este último principio, volvió a desconsiderarlo al informar desfavorablemente -con voto discrepante de ANDRÉS IBÁÑEZ- la solicitud de indulto. La gravedad de las conductas ya había sido tomada en consideración para condenar y, por las razones que bien se exponen en el voto referido, existían razones vinculadas al referido principio para informar favorablemente, al menos, la solicitud de indulto de un tercio de la pena, lo que ya permitía decretar la suspensión.

5. Conclusión

La lesión de las libertades y los derechos fundamentales también se produce cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que se relacionan con el ejercicio de los referidos derechos, desconociendo con ello la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal del exceso. Por lo que al legislador afecta, eso sucede, de un lado, si se recurre a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas cuya cercanía con el legítimo ejercicio de un derecho fundamental afecta directamente, rebajándolo, a su contenido de injusto, lo que obliga a analizar si la reacción penal frente a las mismas resulta una medida necesaria en una sociedad democrática. De igual modo, la lesión de las libertades se produce cuando, ante ese tipo de conductas, se decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Lo mismo ocurre cuando los tipos que sancionan conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales se interpretan y aplican de manera extensiva, ignorando que las exigencias derivadas del principio de legalidad y la prohibición de exceso devienen aún más reforzadas en estos casos por la

⁶⁶ CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016. p. 14; vid. en esa misma obra el trabajo en solitario de GARCÍA AMADO, «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», pp. 193 ss.; en la misma monografía, vid. asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», pp. 171 ss.

conexión de la conducta con el derecho fundamental. Lo propio acontece cuando el juez renuncia a hacer uso en la determinación de la pena de los mecanismos legales que permiten dar satisfacción al principio de proporcionalidad, moderando la reacción frente a conductas punibles que, pese a no estar justificadas, están dentro del ámbito material del derecho fundamental limitado. Frente a todo ello, se alza la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción, como un límite constitucional esencial que se impone, no solo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales. Las consecuencias dogmáticas inherentes a tal doctrina favorecen la efectividad de los derechos fundamentales. Por esa razón, es una mala noticia que el TC se limite a la proclamación formal de la proscripción de desaliento y haya renunciado *de facto* a aplicarla.

6. Bibliografía

- AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Garzón Valdés), Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del TC de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», *La Ley*, (5), 1999, pp. 2053 ss.
- ATIENZA RODRÍGUEZ/ GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra editores, Lima, 2016.
- «¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (20), 2016, pp. 14 ss.
- ASÚA BATARRITA, «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos. Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la sala penal del Tribunal Supremo», *La ley*, (4556), 1998, pp.1638 ss.
- BARNÉS VÁZQUEZ, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 15 ss.
- BASTRESS, «El principio de la “alternativa menos restrictiva” en el derecho constitucional norteamericano», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 239 ss.
- BERNAL PULIDO, «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (74), 2005, pp. 417 ss.
- *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2005.
- BILBAO UBILLO, «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al Legislador. Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (58), 2000, pp. 277 ss.

CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (14), 2004, pp. 59 ss.

COLOMER BEA, «La doctrina del efecto de desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, (41), 2019, pp. 97 ss.

CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8), 2007, pp.1 ss.

————— «Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal», en AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. I, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 447 ss.

CUERDA RIEZU, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del TC136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en DÍEZ RIPOLLÉS *et al* (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 237 ss.

DEMETRIO CRESPO, «Constitución y sanción penal», en EL MISMO, *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus, Madrid, 2020, pp. 109 ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las leyes penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE OLIVEIRA ROCHA, «El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las normas penales: el amparo a la mesa de HB», *Cuadernos de Política Criminal*, (70), 2000, pp. 219 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (75), 2005, pp. 59 ss.

————— *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

FERRAJOLI, «El derecho penal mínimo» (trad. Bergalli), *Poder y Control. Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, 1986, pp. 25 ss.

FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA AMADO, «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, pp. 193 ss.

GARCÍA RIVAS, «Los principios del derecho procesal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas», 2002, disponible en www.iustel.com/biblio.asp.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del ius puniendi», en GONZÁLEZ RUS (coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, pp. 249 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, «La sentencia de HB», en EL MISMO, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 62 ss.

————— «El TC y el principio de proporcionalidad», *Diario El Mundo*, 22 de julio de 1999.

GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en AAVV, *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, pp. 11 ss.

JIMÉNEZ VILLAREJO, «Dos breves apuntes acerca de la STC caso Mesa HB», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (406), 1999, p. 1 ss.

LAMARCA PÉREZ, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes*, Colex, Madrid, 2011.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 159 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI, *El principio de proporcionalidad penal*, AdHoc, Buenos Aires 2014.

LOPERA MESA, «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

————— *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

MEDINA GUERRERO, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 119 ss.

————— *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

MIR PUIG, «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal», en ECHANO BASALDÚA (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 349 ss.

NAVARRO FRÍAS, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2010.

PAREDES CASTAÑÓN, «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 171 ss.

PERIS RIERA/CUESTA, «Comentario a la STC 136/199, de 20 de julio. Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas», *La Ley*, (4970), 2000, pp. 1580 ss.

PRIETO DEL PINO, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 273 ss.

PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.