

# LA REGRESIÓN DE LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

M.<sup>a</sup> LUISA CUERDA ARNAU\*

A Mirentxu Corcoy no le gustan los homenajes. Eso nos obliga a todos a moderarnos en el elogio académico y en la demostración de nuestros afectos. Lo primero lo tiene tan merecidamente ganado y es de tan general conocimiento que, ciertamente, no precisaba tributo alguno. Sin embargo, privarnos a todos sus colegas de la oportunidad de hacerle llegar nuestro cariño hubiera sido una decisión muy dolorosa, que, por fortuna, sus discípulos eludieron adoptar. Gracias a ellos puedo, al fin, enviarte, Mirentxu, mi reconocimiento y mi aprecio.

## I. LA LIBERTAD COMO PRETEXTO

Mirentxu Corcoy dirigió junto a Santiago Mir un proyecto de investigación de dogmática constitucional, uno de cuyos resultados fue la obra Protección penal de la libertad de expresión e información<sup>1</sup>, en cuyo prólogo se lamentaban ambos del hecho de que los medios de comunicación no siempre estén al servicio de la información.

Ciertamente, basta encender la televisión en casi cualquier franja horaria para ver que este medio ha sustituido el debate por el escándalo, de modo que

---

\* Catedrática Derecho penal. Universidad Jaume I Castellón.

<sup>1</sup> El título completo es Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

alzaprimar en ese contexto la libertad de expresión y el derecho a la información produce el paradójico efecto de favorecer que se distorsione el proceso de formación de una opinión pública libre.

Lo mismo ocurre cuando la libertad de expresión es la bandera que oculta la estigmatización de las opiniones minoritarias. Esto es lo que ha ocurrido en los últimos años en las universidades catalanas, cuyos claustros y órganos de gobierno se han encargado de acallar las voces de quienes no comparten las aspiraciones nacionalistas o bien discrepan del proceso emprendido para alcanzarlas, vulnerando con ello –como les hizo saber el Defensor del Pueblo– el deber de neutralidad ideológica que cabe exigir a las instituciones públicas. Pese a esta admonición y algunas derrotas jurídicas, lo cierto es que las cosas no han variado sustancialmente y algunos colectivos de profesores y estudiantes constitucionalistas siguen teniendo que soportar comportamientos intolerables sin recibir ningún tipo de respaldo por parte de las autoridades académicas. Hace apenas unos días, *El Confidencial* daba cuenta del ataque sufrido por un grupo de estudiantes que tenían instalada una carpa para denunciar los planes de la consejera de Universidades de hacer «listas de profesores universitarios que hablan castellano o catalán». Según ese diario, unos ciento cincuenta independentistas destrozaron la carpa, arremetiendo de paso contra los jóvenes que la atendían al grito de «fuera fascistas de la Universidad» y «pim, pam, pum, que no quede ni uno»<sup>2</sup>. Como ha denunciado la asociación *Universitaris per la Convivència* –cuyo Manifiesto fundacional firmó valientemente nuestra homenajead–, al socaire de la libertad de expresión, lo que se pretende es, por tanto, imponer el pensamiento único y cercenar el debate libre de ideas en el que se asienta la democracia. Se socava, así, el fundamento justificativo de la libertad y, como dijera el maestro Vives, se utiliza como pretexto para acabar con ella<sup>3</sup>. Resulta, pues, imprescindible prevenir contra esta perversa utilización de la libertad, máxime en un momento donde sus enemigos no son sólo –ni prioritariamente– los gobiernos sino corporaciones económicas y grupos de poder de naturaleza diversa dispuestos a utilizar el sistema para imponer su ideología.

Por ello, en lo que sigue trataré de dejar clara una cuestión que en ocasiones no lo está tanto y confunde el debate acerca de la libertad de expresión. Me refiero a la necesidad de distinguir entre límites y fronteras de los derechos por cuanto sólo las conductas que están dentro de las fronteras del derecho merecen ser tuteladas. Por el contrario, cuando aquellas quedan absolutamente

---

<sup>2</sup> [https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2021-11-15/alumnos-profesores-estallan-nos-preocupa-inaccion\\_3324440/](https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2021-11-15/alumnos-profesores-estallan-nos-preocupa-inaccion_3324440/).

<sup>3</sup> VIVES ANTÓN, «La libertad como pretexto», en la colectánea del mismo nombre, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 387 ss.

fuera de los límites conceptuales del derecho hasta el punto de convertir aquél en irreconocible, la sinrazón sería otorgarle algún tipo de amparo. Agredir, amenazar, quemar contenedores u organizar botellones para apoyar o rebatir ideas no es en modo alguno libertad de expresión; es socavar la idea misma de Estado de Derecho, que es, ante todo, un problema de límites y, como dijo mi maestro, «eso que parece evidente cuando se habla del poder, es igualmente verdadero cuando se aplica a la libertad»<sup>4</sup>.

## II. LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO: CONCEPTO Y LÍMITES

### 1. Concepto y consecuencias dogmáticas

Como en reiteradas resoluciones a las que luego me referiré ha dicho el TC, el efecto de desaliento (o *chilling effect*) 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. En otras palabras, el castigo de una conducta que, pese a su ilicitud, se desarrolla en el contexto del ejercicio de un derecho fundamental<sup>5</sup> –y, por tanto, no está absolutamente fuera de sus fronteras– 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, se estima contrario a las exigencias de la prohibición de exceso utilizar la amenaza penal –en el sí y/o en el cuanto– para que, ante semejante dialéctica, el ciudadano opte por abstenerse de actuar. 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.

Dos son, por tanto, los elementos claves de la doctrina del desaliento: a) la finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y b) su apli-

<sup>4</sup> VIVES ANTÓN, «La libertad como pretexto», cit. p. 413.

<sup>5</sup> El llamado discurso extremo o algunos supuestos hipótesis 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 ejemplos claros de ese tipo de conductas.

cación –legislativa y judicial– se proyecta sobre conductas que no son ejercicio legítimo de un derecho, sino extralimitaciones del mismo. Aún así, por su conexión con el mismo y a efectos de no desalentar su ejercicio, tanto el legislador como el juez están obligados a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción, lo cual se resume en lo siguiente: un legislador 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. Por su parte, a la hora de aplicar los tipos penales, 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, lo que exige extremar las cautelas a la hora de estimar típicas conductas íntimamente relacionadas con el ejercicio del derecho fundamental o, en su defecto, recurrir a las posibilidades que el ordenamiento ofrece para sancionarlas proporcionalmente (desde la aplicación de la eximente incompleta o su análoga, pasando por la suspensión o la solicitud del indulto). Trasladar este esquema a la política criminal y a la interpretación de los delitos relacionados con el denominado discurso 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.

## **2. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de legalidad como límites a la ponderación.**

La defensa del principio constitucional de proporcionalidad como límite a la intervención penal no debe, sin embargo, inducir a otros dos equívocos que son

harto frecuentes y están estrechamente vinculados por cuanto ambos se sirven de la ponderación como método de inaplicación de la Constitución y la ley ordinaria en favor de criterios personales acerca de la justicia.

El primero de tales equívocos tiene que ver con el recurso a la ponderación como procedimiento en manos del juez ordinario para decidir si una conducta pertenece o no al contenido del derecho fundamental alegado. Esto resulta poco deseable, ya que el método ponderativo como sistema de delimitación deja a los derechos en la indefinición más absoluta y conduce, a la postre, a imponer el criterio particular de cada juez concreto en una situación concreta, dejando a los derechos al albur de sus personales creencias. Es por ello que debe insistirse en subrayar que al principio de proporcionalidad –y a todas las exigencias que comporta, incluida la proscripción del desaliento– 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 ámbito constitucionalmente inatacable de un derecho fundamental. Dicho de manera más clara: la conducta sometida a enjuiciamiento no está dentro o fuera del núcleo intangible 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.

El segundo equívoco que hay que deshacer concierne a la imposibilidad de aceptar la proporcionalidad contra la ley. No se trata de negar la interrelación que media entre los principios de proporcionalidad y legalidad, del que, a la postre, derivan los restantes, sino sólo de poner de manifiesto que cualquier ponderación judicial que tuerza el sentido del texto de la ley es una subversión de nuestro sistema de fuentes. Es por ello que si bien la doctrina de la proscripción del desaliento se proyecta sobre la interpretación de la ley no puede oponerse a ésta, de modo que no podría amparar la exclusión de conductas indiscutiblemente insertas en el tipo legal. En suma, frente a la ley, no cabe el artificio de recurrir a «exigencias dimanantes de la prohibición de exceso», pues hacerlo representaría un uso ilegítimo de la interpretación *secundum constitutionem*.

### III. ¿QUÉ QUEDA DE LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

La doctrina que nos ocupa, cuyo origen está en tres votos particulares del magistrado Vives Antón<sup>6</sup>, está hoy en franco declive en nuestra jurisprudencia

---

<sup>6</sup> SSTC 78/1995, de 22 de mayo; 79/1995, de 22 de mayo y 46/1998. *Vid.* asimismo SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 6; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 20/1990, de 15 de febrero, FJ 2, 190/1996,

constitucional. Basta para constatarlo con examinar dos decisiones que, a mi modo de ver, representan un grave retroceso en materia de derechos fundamentales y son un ejemplo paradigmático del abandono de la misma.

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 artículo 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 artículo 53 CP.

Los hechos, sucintamente expuestos son los siguientes:

Durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional [...], 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, [...] 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 que no existió ni ejercicio legítimo de las libertades invocadas, ni siquiera una extralimitación que situase la conducta en el ámbito de los derechos en cuestión. Es decir, el TC no desconoce su propia doctrina, según la cual no basta con constatar que la conducta no es ejercicio legítimo del derecho alegado, sino que, como dice en el FJ 5, hay que enjuiciar si la limitación implica un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego. Pese a tan atinada consideración, la cuestión la resuelve, sin embargo, aplicando los mismos criterios que le habían servido para excluir que la conducta perteneciese al núcleo induda-

---

de 25 de noviembre, FJ 3.a), 110/2000, de 5 mayo, FJ 5 y 6; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4 (en materia de libertad de expresión); STC 37/1998, de 17 de febrero, en materia de derecho de huelga y libertad sindical, entre otras muchas. Y, por supuesto, la trascendental STC 136/1999, de 20 de julio, que fue la que puso la doctrina del *chilling effect* en el centro del debate doctrinal generando una polémica hasta entonces inexistente. Como es sabido, dicha sentencia estimó que la pena mínima de seis años prevista en el Código penal para el delito de colaboración con banda armada 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.

ble de exclusión del artículo 20 en su conexión con el artículo 16, pues, en ese mismo fundamento se ventila la cuestión diciendo que

«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 [...]»

Resuelto lo anterior, el TC procede a analizar si la respuesta penal prevista en el artículo 543 CP resulta proporcionada a la entidad de la conducta, concluyendo que sí lo era, 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. De un lado, porque la crucial cuestión de si la conducta se desarrolla dentro de los márgenes del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 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 tuviera lugar en el contexto de una reivindicación laboral y sin violencia. Podemos discutir si está en lo cierto la mayoría o la minoría<sup>7</sup> al excluir o incluir, respectivamente, los hechos en el *legítimo* ejercicio de la libertad de expresión. Pero 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 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 ésta un ámbito compatible con el reconocimiento constitucional de los derechos afectados por una conducta que, aún sin ser ejercicio legítimo de los mismos, se relaciona con ellos Pero ya que el juez de instancia no lo hizo,

---

<sup>7</sup> Formularon votos particulares discrepantes el magistrado Ollero (ponente original de la causa), Xiol, Conde-Pumpido y las magistradas Balaguer y Roca.

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, [...], 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...»

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, omitiendo 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.

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). La sentencia de instancia 31/2014, de 7 de julio<sup>8</sup>, de la sección primera de la Audiencia Nacional absolvió a los acusados y en su argumentación trajo a colación la proscripción del desaliento (FJ 2.1.2).

La sentencia fue anulada en casación y los acusados fueron condenados como autores del delito previsto en el artículo 498, 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<sup>9</sup>. El TS no entró a analizar la llamada «doctrina del desaliento» y se limitó a aplicar 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 que supuestamente habrían vulnerado los acusados<sup>10</sup>.

Como en otro lugar dijimos García Amado y yo misma<sup>11</sup>, tenía razón el TS cuando concluía afirmando que «los hechos declarados probados no pueden ser

---

<sup>8</sup> Ponente: Ramón Sáez Valcárcel.

<sup>9</sup> STS 161/2015, de 17 de marzo (Pte Manuel Marchena y voto particular de Perfecto Andrés).

<sup>10</sup> FJ b5 C).

<sup>11</sup> CUERDA ANRAU, y GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia (Tirant lo Blanch), 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», p. 193 ss.; en la misma monografía, *vid.* asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (solo) de ponderación», pp. 171 y ss.



amparados en la causa de justificación prevista en el artículo 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. 2.1.3). 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 Perfecto Andrés– 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, a la solicitud de indulto de un tercio de la pena, lo que ya permitía decretar la suspensión.

Veamos la cuestión con algo más de detenimiento, comenzando por conocer los hechos por los que fueron condenados los demandantes de amparo. Los resume el FJ 5 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.»

Dejaremos aquí de lado cuestiones tan trascendentes como los límites a la revocación de sentencias absolutorias, así como los defectos de legalidad alegados, 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 *in totum* al control de proporcionalidad y ni se plantea abordar la cuestión desde la perspectiva del desaliento, toda vez que, a juicio de la mayoría, la conducta queda absolutamente extramuros de los derechos de reunión y manifestación. Con ello, el TC zanja *a limine* el debate y elude entrar en el fondo de lo objetado por los demandantes.

Al igual que en el recurso analizado en la STC 190/2020, el Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso –lo que ya habla por sí mismo– y la minoría formuló votos particulares, de los cuales interesa ahora rescatar las buenas razones que en ellos se contienen a favor de estimar que la condena fue innecesaria y desproporcionada.

Tal es el caso del voto conjunto de Juan Antonio Xiol y M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer, quienes, para empezar, no comparten el que estemos ante conductas que queden extramuros de las fronteras de los derechos afectados y defienden que se trata de conductas desarrolladas en el contexto y en íntima vinculación con el ámbito material de protección del derecho de reunión. Tal apreciación no convierte a las mismas en ejercicio legítimo del derecho pero sí obligaba al Tribunal a considerar su tradicional doctrina sobre el desaliento. Máxime en un caso en que los demandantes fueron condenados a tres años de prisión por su participación actos cuya levedad ponen de relieve los firmantes de este voto.

Más taxativo si cabe es el voto que formula Conde-Pumpido Ferreira, en tanto que este magistrado niega al mayor: la tipicidad de la conducta, considerando, en la línea del Ministerio Fiscal y de lo que en su voto particular a la STS hiciera el magistrado Perfecto Andrés, que el TS había realizado una interpretación extensiva del tipo al incluir en el mismo actos tan leves (FJ 2).

A mayor abundamiento, el magistrado discrepante expone las razones por las cuales, aunque no se aceptase el reparo de legalidad, debió haberse otorgado el amparo porque, su juicio, la pena de tres años es años es desproporcionada en atención a las conductas que protagonizaron y al contexto de protesta política en que se desarrollaron, razón por la cual estima que

«... por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política» (FJ 3).

Conde-Pumpido disiente –como García Amado y yo misma– de la sentencia de instancia en el hecho de que estemos ante conductas que representan un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales implicados. Sin embargo,

reconoce que estamos en el ámbito del derecho, del que representan una extralimitación pero que, como ya sabemos, no es un ámbito exento. De ahí que reproche el que la sentencia de la mayoría no tome en consideración este extremo, pudiendo haberlo hecho recurriendo a la eximente incompleta de ejercicio de un derecho.

Como se observa, en toda la argumentación de Conde-Pumpido late claramente cuanto aquí se ha dicho acerca de las repercusiones dogmáticas que tiene el efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción. En primer término, en el plano de la subsunción típica y, en su defecto, a la hora de determinar la pena aplicable. El efecto de desaliento como elemento que requiere una justificación adicional de la intervención penal, obligaba al juez a hacer una interpretación del tipo tan angosta como el principio de legalidad le permitía y el de proporcionalidad requería, excluyendo de su ámbito los casos de conductas levemente ofensivas que se despliegan en el marco de la protesta política. No fue eso lo que el TS hizo y, de ahí, que la subsunción realizada fuera atacable tanto desde la perspectiva de la legalidad como desde la exigencia de necesidad inherente a la prohibición de exceso. Con todo, los reparos se extienden al momento de determinación de la sanción aplicable, una decisión, como vimos, que no puede prescindir de las exigencias de la proporcionalidad, exasperadas precisamente en casos de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, lo que debió llevar al juzgador a explorar cuantos recursos pone en su mano la ley para ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa.

#### IV. CONCLUSIONES

Ni el legislador al redactar la ley, ni el juez al aplicarla pueden desconocer los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Frente al legislador se alza el contenido esencial de esos derechos como límite intangible. Ante el juez, el derecho fundamental se afirma íntegramente y, por consiguiente, le impide ignorar la delimitación constitucional que de tales libertades ha venido realizando el Tribunal Constitucional en su tarea de máximo intérprete de la Constitución.

Sentada, pues, la obligación de respetar la definición constitucional del derecho, queda decir que lo anterior no basta. Así es por cuanto la lesión de las libertades también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que se relacionan con el ejercicio del derecho fundamental afectado por la limitación, desconociendo con ello la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal –en el sí

o en el cuánto— del exceso. Por lo que al legislador afecta, eso sucede, de un lado, si se recurre a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas y muy cercanas al legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, de otro, si decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Lo mismo ocurre cuando se interpretan y aplican esos mismos tipos desconociendo las exigencias de la prohibición de exceso, olvidando que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental y que, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la determinación de la pena. 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 sólo 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.

Lo anterior no discute que el principio de división de poderes exige, de un lado, reconocer al legislador el amplio margen que su posición constitucional le otorga a la hora de diseñar la política criminal y, de otro, obliga al juez a aplicar la norma sin discutir la oportunidad de la misma. Ahora bien, ni lo uno ni lo otro exonera al TC de realizar un control de constitucionalidad que merezca tal nombre. Como ha dicho Demetrio Castro, lo anterior no significa «que el control constitucional de las leyes deba ser deferente [...] sino que debe tratarse [...] de un control constitucional a secas, o, si se prefiere, de uno que efectivamente sea tal [...]»<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> DEMETRIO CRESPO, «Constitución y sanción penal», en *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, ed. Reus, Madrid, 2020, p. 114.