

# LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EN TORNO AL DENOMINADO «CHILLING EFFECT» O «EFECTO DESALIENTO»

Por TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y EXPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA STC 136/1999: *La vulneración del derecho a la legalidad penal por desproporción de la pena. El argumento del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales.*—2. BASES PARA UNA TEORÍA SOBRE EL DESALIENTO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

La preocupación por los contenidos materiales del Derecho y el abandono de un formalismo jurídico extremo que no podía negar, como admitía resignadamente Kelsen, que el Derecho nazi fuera derecho, constituye un rasgo característico del pensamiento jurídico posterior a la II Guerra Mundial. Ello se ha visto reflejado en el moderno constitucionalismo, que rompe con la tradición legalista que había predominado en el continente europeo durante el siglo XIX y buena parte del XX, y reconoce, entre otras cosas, que los derechos fundamentales del individuo son los principios básicos de la convivencia, y que vinculan a los poderes públicos e irradian su influencia a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Las consecuencias de semejante declaración y la búsqueda de mecanismos para hacerla efectiva se extienden a los distintos niveles del conocimiento jurídico: práctico-prudencial, científico y filosófico. Así, por ejemplo, no puede sorprender la atención que en la actualidad se está prestando a aspectos centrales de la Teoría del Derecho,

como la distinción entre reglas y principios, debido en buena medida a la difícil clasificación de las normas iusfundamentales; o la creciente importancia que está cobrando el problema de los conflictos entre derechos fundamentales, que no admite el enfoque tradicional desde el que se viene estudiando el problema de las antinomias entre reglas jurídicas. También se impone una profunda renovación de la noción de sistema jurídico en conexión con una reflexión sobre el sentido del Derecho que sepa dar respuesta a la necesidad de conciliar los aspectos materiales y formales del Derecho.

La importancia que han cobrado los derechos fundamentales también se ve reflejada en la teoría de la argumentación jurídica. La concepción tradicional del positivismo jurídico, basada fundamentalmente en el principio de subsunción, ha sido profundamente alterada. Los derechos fundamentales no sólo no admiten una aplicación mecánica, debido entre otras cosas a su carácter abierto, sino que su dimensión institucional, que requiere de los poderes públicos un esfuerzo por lograr su vigencia real en todos los ámbitos del ordenamiento, hace posible una argumentación jurídica altamente creativa.

Precisamente, un claro ejemplo de las consecuencias que la dimensión institucional de los derechos fundamentales tiene en la argumentación iusfundamental es la referencia al desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, que desde hace unos años ha recibido consagración expresa por parte del Tribunal Constitucional, y que supone la recepción en España del denominado «chilling effect», presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense desde hace años. Por desgracia, la referencia explícita al desaliento ha tenido lugar por primera vez en nuestro país en una Sentencia desafortunada, la STC 136/1999, de 20 de julio, que supuso la excarcelación de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna precisamente con base en este argumento, si bien conviene poner de relieve que se trata de una argumentación que ha tenido continuidad en la STC 110/2000, de 5 de mayo.

El propósito de estas páginas es analizar a fondo dicho argumento con el fin de poner de relieve sus posibilidades, así como la repercusión de la dimensión institucional de los derechos fundamentales en la argumentación jurídica iusfundamental. Ello exigirá, lógicamente, detenerse en el examen de la STC 136/1999.

## 1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y EXPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA STC 136/1999

Los hechos que dieron origen a este caso, en síntesis, fueron los siguientes: Poco antes de las elecciones generales de 1996, la banda terrorista ETA remitió a HB dos cintas de vídeo que explicaban la propuesta de ETA deno-

minada «Alternativa Democrática» para acabar con el conflicto que se vive en el País Vasco. La Mesa Nacional de HB, órgano de gobierno de esta formación política, acordó asumir el contenido de los vídeos y proceder a su difusión a través de los espacios electorales gratuitos que correspondían a su formación, así como mediante su emisión en mítines u otros actos electorales. La difusión, no obstante, fue impedida por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, que en esta actuación vio indicios de delito. Estos hechos motivaron la condena de los miembros de HB por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo como autores de un delito de colaboración con banda armada recogido en el art. 174 bis a) del antiguo Código Penal. El Tribunal Supremo les impuso la pena de 7 años de prisión mayor y multa de 500.000 pts., con las correspondientes penas accesorias, ante lo cual recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional por considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo había violado, entre otros, sus derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la libre expresión e información (arts. 20.1.a) y d) CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Seguidamente, expondré las principales líneas del debate jurídico que se plantea, centrando la atención en la vulneración del derecho a la legalidad penal.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se basa en que la decisión de difundir los vídeos fue tomada en una reunión en la que, según los recurrentes, no estaba probada la presencia de todos los miembros de la Mesa Nacional de HB, pues todos los acusados habían declarado que faltaron a la reunión cinco miembros, sin precisar en ningún momento su identidad. La Sentencia no se ocupa de esta cuestión, lo que es severamente criticado en el voto particular de los Magistrados Viver Pi-Sunyer, González Campos, Vives Antón y Casas Baamonde, que opinan que sí se vulneró este derecho fundamental.

Por lo que respecta a los derechos a la libre expresión e información, los recurrentes alegan que la decisión de asumir y difundir los vídeos de ETA constituía un ejercicio legítimo de estos derechos, en estrecha relación con los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). A este respecto, el Tribunal Constitucional analiza primeramente si la conducta de HB se incardinaba dentro del denominado «reportaje neutral» (1), esto es, si HB se limitaba a difundir los vídeos dejando claro que ETA era la autora y, por consiguiente, la única responsable de lo que allí se decía. El Tribunal Constitucional entiende que no era ése el caso porque HB no actuaba como mero transmisor del mensaje,

---

(1) Sobre el «reportaje neutral», cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 172-185.

sino que, por el contrario, de sus acciones se desprendía que asumía claramente su contenido. A partir de este instante, el Tribunal Constitucional analiza si los mensajes podían interpretarse como un ejercicio lícito de los derechos fundamentales anteriormente aludidos, y llega a la conclusión de que la presencia en los vídeos de personas encapuchadas y provistas de armas daba al mensaje un carácter intimidatorio incompatible con el ejercicio legítimo de ningún derecho fundamental. La consecuencia que extrae de ello es clara: los mensajes, «al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal de darse en ellos los elementos que conforman alguno de los delitos tipificados por la Ley y más concretamente, en este caso, los del delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) CP TR 1973» (fundamento jurídico 19.º).

En cuanto al derecho fundamental a la legalidad penal, los recurrentes alegan su vulneración principalmente por entender que el Tribunal Supremo efectuó una aplicación extensiva *in malam partem* del art. 174 bis a), tal como se recoge en el motivo quinto de la demanda, según consta en los Antecedentes de Hecho de la STC 136/1999 (2). Sostienen que el art. 174 bis a) no prohíbe conductas consistentes en favorecer los fines ideológicos o políticos de una banda terrorista, sino acciones de auxilio material o personal a las organizaciones terroristas, y de una gravedad equivalente a las previstas en los cuatro incisos anteriores. También se aduce que la inaplicación retroactiva del art. 576.2 del Código Penal de 1995, norma que los recurrentes consideran más favorable, supone la vulneración de la legalidad penal, ya que, pese a que la retroactividad de la ley penal más favorable no es susceptible de ser tutelada en amparo, piensan que ello sería posible mediante una interpretación conjunta de los arts. 9.3 y 17.1 CE. Además, cabe señalar que los recurrentes, atendiendo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (3), sostienen que la pena que se les impuso, además de no estar prevista por la ley con la suficiente certeza, no era una medida necesaria en

---

(2) Conviene recordar que el Tribunal Constitucional en la STC 89/1993, de 12 de marzo, ya se pronunció en contra de que la indeterminación de este precepto lo convirtiera en inconstitucional.

(3) Este artículo reza así: «El ejercicio de estas libertades [la de expresión e información], que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

una sociedad democrática, y, por consiguiente, resultaba desproporcionada, especialmente si se tiene en cuenta que los vídeos y las cuñas radiofónicas en ningún momento llegaron a emitirse. No obstante, esta referencia a la desproporción de la pena se incluye en los motivos séptimo, octavo y noveno de la demanda, en los que se plantea que el comportamiento sancionado está amparado por los derechos a la libre expresión e información. Con ello, parece claro que los recurrentes no ven en ello una lesión del derecho a la legalidad penal sino más bien de los derechos a la libre expresión e información (4).

Respecto a la vulneración de la legalidad penal, el Tribunal Constitucional resume el *iter* argumental seguido por el Tribunal Supremo, y señala que «la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y muy señaladamente al TS, constituye para nuestro enjuiciamiento una premisa o un dato previo la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida...» (fundamento jurídico 26.º). Y, más adelante, concluye diciendo que «resulta legítimo que la Sala sentenciadora incluya en este tipo [el art. 174 bis a)] las conductas antes descritas» (fundamento jurídico 26.º) (5).

---

(4) El propio Tribunal Constitucional se da cuenta de ello cuando afirma: «Por su parte, la denuncia relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción penal también afectaría a la legalidad de la medida y, sobre todo, a las libertades de información y de participación política, en concreto, en el "motivo" octavo consideran que el recurso a la sanción penal es desproporcionado y la condena constituye una medida innecesaria en una sociedad democrática con lo que se conculca la previsión contenida en el referido art. 10.2 CEDH, que establece...». Más adelante, continúa diciendo: «En la argumentación de los recurrentes las alegaciones relativas a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden. Lo mismo sucede en nuestra jurisprudencia, ya que la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, insisto, en supuestos como el presente en la relación entre el art. 25.1 CE y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso la libertad personal del art. 17 CE y las libertades de los arts. 20 y 23 CE» (ambas citas en fundamento jurídico 21.º).

(5) La jurisprudencia constitucional respecto a la legalidad penal en materia sancionadora no veda el empleo de cláusulas abiertas, siendo ello admisible, como señala la STC 151/1997, de 29 de septiembre, «cuando existe una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos» (fundamento jurídico 2.º). Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha venido reiterando que la constitucionalidad en el uso de cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminadas «se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios, lógicos, técnicos o de experiencia...» (STC 151/1997, fundamento jurídico 2.º, citándose allí diversas Sentencias). De ahí que la exigencia que para el Juez plantea el respeto a la legalidad penal consista en «hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la

Se observa claramente que el Tribunal Constitucional no realiza ninguna objeción al enjuiciamiento realizado por el Tribunal Supremo, y así desestima los principales motivos de queja de los recurrentes. Sin embargo, para sorpresa de muchos, a partir de un argumento que la defensa de HB parece considerar secundario —la desproporción de la sanción penal—, va a intro-

---

licitud constitucional del castigo. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias» (STC 151/1997, fundamento jurídico 3.º). Los recurrentes planteaban que el art. 174 bis a) sólo podía englobar conductas que supusieran un auxilio material o personal hacia una banda armada. Por su parte, el Tribunal Supremo insiste en que se trata de un delito de los calificados de «actividad» o de «peligro abstracto», y en este sentido es cierto que la cesión de los espacios electorales —como señala el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico 23.º— favorece por su efecto propagandístico los fines de una banda terrorista. Pero la duda surge inmediatamente: si estamos ante un delito de «peligro abstracto» y el 174 bis a) incluye en su apdo. 2.º una cláusula abierta, ¿es también colaboración con banda armada la justificación, el apoyo intelectual y la defensa de las acciones y los postulados ideológicos de una organización terrorista? No hay elementos suficientes en la argumentación del Tribunal Supremo que indiquen que el apoyo intelectual no es colaboración con banda armada. Juan María BILBAO UBILLOS, «La excarcelación tenía un precio...», cit., págs. 308-309, señala a este respecto: «Me asalta, sin embargo, una duda. La Sentencia del TS insiste en que es la cesión de los espacios electorales, en conjunción con las imágenes de los vídeos, la acción que merece el reproche penal por la intencionalidad y finalidad promocional de ETA. Pero esa misma intencionalidad y finalidad propagandística puede apreciarse en los actos de difusión de la AD [Alternativa Democrática] que venía organizando HB desde 1995. No veo una gran diferencia cualitativa entre el acuerdo de “impulsar” la AD como única propuesta existente para acabar con la situación de confrontación (comunicado de 20 de febrero), divulgando su contenido por todo el País Vasco, mediante actos de presentación en los que se proyectaba el vídeo, y la cesión que desencadena la reacción penal. O todo es delictivo o nada lo es». En efecto, hay una indeterminación de la conducta típica que la argumentación del Tribunal Supremo no contribuye a subsanar: según afirma el Tribunal Supremo, la colaboración con banda armada consiste en la cesión de los espacios electorales en conjunción con el contenido intimidatorio del mensaje. La duda que asalta a Bilbao Ubillos, y a mí también, surge por la referencia del Tribunal Supremo al contenido del mensaje de los vídeos para perfilar la conducta típica. ¿Acaso la difusión en dichos espacios de un vídeo de ETA sin referencias explícitas o implícitas a la violencia, es decir, sin ningún contenido intimidatorio, no constituiría delito de colaboración con banda armada? A mi juicio, la colaboración con banda armada de HB es clara, y no consiste en asumir la ideología etarra —que como señala Bilbao Ubillos era asumida por HB desde siempre—, sino en ofrecer cobertura material a la banda terrorista, merced a la cesión de los espacios electorales, pues, como acertadamente pone de manifiesto el Tribunal Constitucional y posteriormente se verá, dicha cesión no puede considerarse un «reportaje neutral». Por lo tanto, hubiera sido deseable, y a mi juicio hubiera eliminado así cualquier duda de constitucionalidad por lo que respecta a una posible vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, que el Tribunal Supremo hubiera precisado que la colaboración con banda armada consiste en el hecho de la difusión de los vídeos en los espacios electorales, omitiendo cualquier referencia al contenido de los mismos.

ducir la teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, que es la clave de la estimación del recurso (6).

*La vulneración del derecho a la legalidad penal  
por desproporción de la pena*

A partir del fundamento jurídico 20.º, una vez el Tribunal Constitucional ha establecido que los mensajes difundidos no constituían un ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información en relación con los derechos a la libertad ideológica y a la participación política, comienza el análisis de la vulneración del principio de legalidad desde la perspectiva de la desproporción de la pena prevista en el precepto (7). El planteamiento del Tribunal no puede ser más claro:

---

(6) Respecto a si el Tribunal Constitucional debía haber entrado en el examen de una cuestión que no se había alegado explícitamente, o, al menos, resultaba dudoso, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pág. 310. Cfr. también, por lo que respecta a esta cuestión en Alemania, WINFRIED HASSEMER: «Control de constitucionalidad y proceso político», traducción de ANDRÉS OLLERO: en *Persona y Derecho*, 45 Pamplona, 2001, pág. 127, que afirma: «El Tribunal Constitucional se verá igualmente vinculado en sus decisiones por las alegaciones de las partes que solicitan su intervención o amparo. No puede ampliar el alcance de las cuestiones jurídicas que le someten, por muy razonable que ello le parezca. Las alegaciones limitan, pues, de antemano la actividad del Tribunal. Surge aquí claramente otro pero: una vez activado un medio jurídico adecuado para llevarle a actuar, el Tribunal sí podrá revisar todo aquello que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, pueda considerarse como posible atentado contra la Constitución.»

(7) Evidentemente, desde este prisma la estimación del recurso de amparo se constituye en un reproche al legislador, y así lo reconoce explícitamente el Tribunal Constitucional: «[E]l derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador. Es una ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al juez» (STC 136/1999, fundamento jurídico 21.º). Se produce, pues, una situación un tanto extraña, pues parecería lógico que la inconstitucionalidad de una norma penal —por prever una pena capaz de desalentar el legítimo ejercicio de algún derecho fundamental— no se resolviera en el marco de un recurso de amparo, sino en una cuestión de constitucionalidad. Nada impedía que el Tribunal Constitucional, conforme al art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se hubiera «autoplanteado» una cuestión de constitucionalidad en torno al art. 174 bis a) del antiguo Código Penal. Sin embargo, lo peculiar de esta Sentencia radica en que resolvió al mismo tiempo un recurso de amparo y de forma implícita una «autocuestión» de constitucionalidad. Según indica ANTONIO CUERDA RIEZU: «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sen-

«Con todo, esta sanción [la condena por colaboración con banda armada que el Tribunal Constitucional entiende legítima desde la perspectiva del Tribunal Supremo] sólo podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal del art. 25 CE y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» (fundamento jurídico 21.º).

De este texto se desprende que una sanción penal puede ser desproporcionada por sí misma, es decir, por no guardar la debida proporción con el reproche que merece la conducta que se pretende evitar; pero también por desalentar la realización de otras conductas no reprochables. Es necesario detenerse en el examen de estas afirmaciones que constituyen la base de todo el razonamiento que desarrolla posteriormente el Tribunal Constitucional.

Al admitirse que la legalidad penal puede vulnerarse si la pena, por su severidad, supone «un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan», parece que el problema no es tanto que se «prive» de una «libertad», como que dicha privación o restricción sea innecesaria o desproporcionada. El Tribunal Constitucional asume así la teoría relativa en la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales, posición que, pese a ser generalmente aceptada por la doctrina, no está exenta de problemas en los que no es posible detenerse aquí (8). Sin embargo, sorprende que el Tribunal Constitucional haga alusión a ello cuando previamente ha concluido que los recurrentes no estaban ejerciendo legítimamente ningún derecho fundamental. Podría pensarse que se trata de una imprecisión terminológica —reiterada a lo largo de la Sentencia, pues la utilización del término «sacrificio» se repite, al menos, en cuatro ocasiones— sin mayores consecuencias, pero el voto particular de Jiménez de Parga demuestra que dicha «imprecisión» entraña importantes consecuencias. Este Magistrado recuerda

---

tencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, CARLOS ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÀ (Eds.): *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 240, «[e]l argumento justificativo de este criterio se señala en el fundamento jurídico 30 *in fine*, y consiste en que existía el precedente de la STC 67/1998 en la que se razonaba que al haber quedado derogado el precepto después de los hechos, la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas inconstitucionales. En resumidas cuentas: un argumento de economía procesal».

(8) Al respecto, cfr. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de ANDRÉS OLLERO; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 20-22.

que la Sentencia reconoce que el mensaje que se pretendía difundir no podía ampararse en ningún derecho fundamental, por lo que afirma: «[S]egún la doctrina de este Tribunal, el principio de proporcionalidad, en sus diversos aspectos, resulta aplicable en el ámbito del ejercicio lícito de los derechos fundamentales, ejercicio lícito que, como reconoce la sentencia, aquí no se da» (9). Jiménez de Parga tiene presente que, como también señala la propia Sentencia citando la doctrina expuesta en la STC 55/1996, el principio de proporcionalidad no puede alegarse de forma autónoma para fundamentar un recurso de amparo:

«[E]l principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales (...). Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad (...). Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción» (fundamento jurídico 22.º).

El argumento de Jiménez de Parga es, ciertamente, consistente. En efecto, si el principio de proporcionalidad no puede alegarse de forma autónoma, sino en relación con un derecho fundamental, y se sostiene que la conducta de los recurrentes no está amparada por ningún derecho, no existe base jurídica para considerar vulnerado el derecho a la legalidad penal por desproporción de la pena. Si el Tribunal Constitucional no se hubiera referido al desaliento que una condena penal puede provocar en conductas lícitas próximas a las que son objeto de reproche penal, es evidente que la crítica de Jiménez de Parga en este punto es difícilmente rebatible. La única manera de que una reacción penal pueda resultar inconstitucional por excesiva o desproporcionada en relación a la conducta que directamente se castiga es reconociendo que dicha conducta, si bien *prima facie*, puede considerarse protegida por un derecho fundamental. Ésta es la tesis que, siguiendo a Alexy (10), sostiene Prieto Sanchis cuando propone una teoría amplia del

(9) Voto particular de Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, apartado B) [referido a la discrepancia respecto a la fundamentación jurídica de la sentencia relativa a la violación del derecho a la legalidad penal], punto tercero.

(10) Cfr. ROBERT ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 311 y ss.

supuesto de hecho que constituye el ejercicio de un derecho fundamental. Según este autor, «todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental» (11). Esto no significa que dicho comportamiento merezca definitivamente una tutela jurídica, sino que «el problema debe ser tratado como un conflicto entre unas razones que abogan a favor de la libertad individual y otras que lo hacen a favor de su restricción» (12). En alusión expresa a la STC 136/1999, Prieto Sanchís considera que, pese a las declaraciones expresas del Tribunal Constitucional, «se puede deducir que en el caso examinado no se trataba de una conducta «al margen» de los derechos, sino del ejercicio de un derecho en conflicto con una limitación penal y, por eso, porque había un conflicto, fue viable la ponderación» (13).

El análisis de la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional no parece dar la razón a Prieto Sanchís. La determinación de la ilicitud del mensaje difundido en los vídeos, lejos de ser consecuencia de una ponderación entre el ejercicio de los derechos fundamentales a la libre expresión e información y la limitación penal a la que se refiere Prieto, se examina sin referencia alguna a la pena prevista en el art. 174 bis *a*), y sólo una vez se ha concluido que la conducta es ilícita el Tribunal Constitucional se ocupa del problema de la desproporción de la pena.

Hechas estas observaciones, y pese a declarar que la conducta de los recurrentes fue ilícita, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad —que se concreta en los correspondientes juicios de idoneidad o adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto— para enjuiciar la reacción penal (14). De este modo, por lo que respecta al juicio de idoneidad, estima que los bienes que el precepto penal pretende proteger «tienen suficiente entidad como para justificar la previsión de un precepto sancionador» (fundamento jurídico 27.<sup>o</sup>). En cuanto a la necesidad de la medida, la cuestión le resulta más complicada, pero opta por asumir la doctrina establecida en la STC 161/1997, que cita expresamente, y reconoce la com-

---

(11) LUIS PRIETO SANCHÍS: «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», en *Revista de Ciencias Sociales*, 45, Universidad de Valparaíso, Chile, 2000, pág. 481.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibid.*, pág. 482.

(14) Cfr. al respecto, MANUEL MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 127-136; JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de PEDRO SERNA BERMÚDEZ, Eunsa, Pamplona, págs. 322-352, entre otros muchos autores que se han ocupado del principio de proporcionalidad.

petencia del legislador en este terreno. Conviene recoger la posición del Tribunal Constitucional en este punto:

«Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del TC sobre “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia (...) tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido”, por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique, por desproporcionada”» (TC S 161/1997, FJ 11) (fundamento jurídico 28.º).

Queda, finalmente, analizar si la sanción penal es proporcionada en sentido estricto. Es aquí donde cobra todo el protagonismo el efecto de desaliento o disuasorio que la pena puede provocar sobre el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libre expresión e información, en relación con la participación en los asuntos públicos.

### *El argumento del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales*

La referencia al desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales se desarrolla en los fundamentos jurídicos 20.º y 29.º En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional comienza señalando que el análisis del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales que una determinada medida puede generar no constituye una novedad en su jurisprudencia (15), y para

---

(15) Aunque en la protección del informador diligente se pueda apreciar la idea de evitar el desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental, como pone de relieve ANTONIO 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», cit., págs. 251-252, la referencia explícita al desaliento, y, sobre todo, el hecho de fundamentar una decisión tan importante en este argumento constituye una auténtica novedad. Incluso se podría afirmar que sólo en la STC 85/1992, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo tras reconocer que se había ejercido ilegítimamente el derecho a la libre expresión. Ahora bien, en ningún momento en esta Sentencia se alude al desaliento que la pena podía generar respecto al ejercicio de los derechos fundamentales. Únicamente se examina si podía resultar desproporcionada. Con posterioridad a la STC 136/1999, la referencia al desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales ha tenido continuidad en la STC 110/2000, de 5 de mayo, en la que se puede leer: «La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carác-

demonstrarlo pone como ejemplo la protección que la jurisprudencia constitucional ha venido deparando al informador que, después de una diligente comprobación por su parte, comunica unos hechos que resultan ser falsos (16). A continuación el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente:

«[A]unque los mensajes objeto de sanción contenían elementos intimidatorios y los recurrentes no fueron condenados por el ejercicio lícito de las libertades de participación, de expresión y de información, sino por colaboración con banda armada, a partir de esta sola constatación no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente. Esto es así porque el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada» (fundamento jurídico 20.º).

En el fundamento jurídico 29.º se retoma esta idea sin aportar novedad alguna que amplíe lo expuesto en este texto. Conviene, pues, examinar detenidamente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

---

ter 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”» (fundamento jurídico 5.º).

(16) A este respecto, cabría realizar dos observaciones: En primer lugar, es cierto que en la jurisprudencia constitucional se asume la protección del informador diligente que transmite información falsa, pero conviene precisar que, puesto que el Tribunal Constitucional asume una concepción subjetiva de la veracidad —es decir, que una información se considera verdadera si ha sido diligentemente contrastada—, su posición en este punto es que dicho informador ejerce legítimamente el derecho a la libre información. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, es evidente que la comprobación diligente de una información es una conducta valiosa desde la perspectiva constitucional, pues es una conducta que, pese a que pueda terminar dando origen a una información falsa, potencia la dimensión institucional del derecho a la libre información. Con estas observaciones tan sólo pretendo poner de relieve que el caso del informador diligente no presenta analogías tan evidentes con el supuesto examinado en esta Sentencia como para ahorrar al Tribunal Constitucional la necesidad de ofrecer razones sólidas para explicar su posición.

El Tribunal Constitucional aprecia que la imposición de una sanción penal puede generar distintos efectos. Por una parte, está el efecto directo que se persigue con la medida punitiva, que lógicamente consiste en desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, como es la colaboración con banda armada. Pero también observa que junto a los efectos directamente buscados por la norma, una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que técnicamente cabría calificar de concomitantes o colaterales (17), consistentes en desalentar el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los asuntos públicos. Y ello reviste una gran importancia porque, como apunta Martínez-Pujalte, «cuando la conducta lícita que puede ser desalentada es una conducta en ejercicio de un derecho fundamental, desde la óptica constitucional se plantea sin duda un grave problema, pues los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo» (18).

Pese a que el Tribunal Constitucional no lo mencione explícitamente, el reconocimiento de la dimensión institucional de los derechos fundamentales está presente en su razonamiento, es más, constituye su principal apoyo. Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en una de sus primeras resoluciones (19), los derechos fundamentales no son sólo derechos individuales, sino que también se configuran como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional». La consecuencia que se deriva de esta dimensión institucional, siguiendo a Martínez-Pujalte, «radica en que —en la medida en que los derechos fundamentales son principios rectores del ordenamiento— los poderes públicos tienen la misión de contribuir a la realización de estos principios; ello significa, por tanto, que los poderes públicos tienen un interés objetivo en que los derechos fundamentales sean ejercidos por los ciudadanos» (20). Como afirma Schneider, los pode-

---

(17) Cfr. JAVIER HERVADA: *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1998. Según este autor, los efectos concomitantes son aquellos «que acompañan normalmente al acto —a la actividad—, pero sin ser su fin objetivo ni resultado directo suyo» (págs. 55-56). La diferencia entre los efectos concomitantes y los efectos secundarios de una acción radica en que estos últimos, pese a no ser el fin principal de la acción la acompañan siempre, cosa que no sucede con los efectos concomitantes. El desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental como consecuencia de una reacción penal excesiva sería un efecto concomitante por cuanto no es una consecuencia necesaria de la sanción penal, pero es razonable pensar que pueda producirse.

(18) ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 32, 2000, cit., pág. 134.

(19) STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.º

(20) ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: «Algunos principios básicos...», cit., pág. 131.

res públicos deben realizar una «política de derechos fundamentales» (21), que en España también encuentra apoyo en el art. 9.2 CE (22).

Mendizábal Allende critica en su voto particular que el Tribunal Constitucional considerara desproporcionada la pena de colaboración con banda armada, y que, sin embargo, en la STC 53/1994 no se reputara desmesurado que se pidieran más de dos años por pescar cangrejos en tiempo de veda. Sin negar que en este caso la pena parezca excesiva, los ejemplos aducidos por Mendizábal se limitan a de poner de relieve la desproporción de la pena, sin que se observe un razonamiento que muestre que dicha desproporción redunde en perjuicio de algún derecho fundamental. Por otra parte, este Magistrado afirma en su voto particular: «[L]a sentencia lanza un reproche al precepto penal que a mí me parece, si lo he comprendido bien, su mayor elogio. Habla del “efecto disuasorio” y del “potencial desalentador”. Si así fuese, mejor que mejor. Si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de “prevención general” propia de toda pena». Parece razonable admitir que una pena puede causar un efecto colateral de desalentar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, y, por ello, se debe valorar su constitucionalidad. Mendizábal no tiene en cuenta esta circunstancia, pues sólo presta atención a los efectos directos de la sanción penal. Por tanto, al Tribunal Constitucional se le puede objetar que en este caso se produzca el efecto colateral de desaliento que a su juicio sí se da —admitiéndose, pues, que una acción puede dar lugar a efectos colaterales, lo que en buena lógica resulta innegable—, o que su argumentación ha sido insuficiente para mostrar cómo y en qué medida se origina el desaliento. Pienso que esto último es lo que mantiene Conde Martín de Hijas en su voto particular. Este Magistrado critica no tanto que se haga referencia al desaliento que una sanción penal puede generar, incluso respecto a conductas lícitas, sino los muchos cabos sueltos que deja el Tribunal Constitucional en su argumentación. En este sentido, señala: «Si se quiere mantener la lógica del discurso, y no afirmar una cosa y la contraria (que es constitucionalmente correcta la incriminación de la conducta, y que no lo es por el efecto desaliento) será necesario un razonamiento más convincente, para justificar que sea precisamente la gravedad de la pena y no el hecho de la incriminación de la conducta, lo que produce el efecto desa-

---

(21) Cfr. HANS PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, prólogo de LUIS LOPEZ GUERRA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 21.

(22) Sobre la importancia de art. 9.2 CE, cfr. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: «El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales», en *Revista de las Cortes Generales*, 40, 1997, págs. 111-127.

liento» (23). Y, más adelante, realiza otra importante afirmación: «Cuál sea el criterio de medida de la intensidad del efecto desaliento, derivado de la distinta duración de la pena, que permita decidir cuál sea la dosis de desaliento constitucionalmente tolerable, y en función de ello la duración admisible de la pena, creo que era el reto intelectual que la sentencia, desde su planteamiento, debía haber aceptado y respondido. Lejos de ello, el interrogante queda sin respuesta en términos jurídicos» (24). Teniendo presentes las observaciones críticas de Conde Martín de Hijas, debe examinarse la explicación que ofrece el Tribunal Constitucional sobre cómo se produce el efecto colateral de desaliento en el ejercicio legítimo de los derechos.

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional afirma que «el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos». Martínez-Pujalte interpreta que el Tribunal Constitucional está estableciendo una distinción entre un «ámbito material» y un «ámbito jurídicamente protegido» en el ejercicio de un derecho fundamental (25). Dicho ámbito material, siguiendo la definición de Serna y Toller, aludiría a toda acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en el *nomen iuris* del derecho fundamental (26). Pues bien, da la impresión que el argumento del Tribunal Constitucional se basa en la convicción de que las conductas que se desarrollan en el denominado «ámbito material», pese a no estar amparadas por un derecho fundamental, están muy próximas al «ámbito jurídicamente protegido». A partir de ahí, también se infiere que el Tribunal Constitucional admite que el paso del «ámbito ma-

---

(23) Voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas, punto 8.º

(24) *Ibidem*.

(25) ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: «Algunos principios básicos...», cit., págs. 133-138. Esta distinción parece que se asemeja a la tesis de Prieto Sanchis que, según se vio, propone una concepción amplia del supuesto de hecho concerniente al ejercicio de un derecho fundamental. Este autor, al distinguir entre ejercicio legítimo *prima facie* y ejercicio legítimo está estableciendo una distinción conceptual cuyo objetivo es exigir que se ponderen todas aquellas medidas que puedan considerarse restrictivas de un derecho fundamental *prima facie*. Por tanto, podría decirse que su propuesta obedece a un propósito metodológico que se desarrolla diacrónicamente. Dicho de otro modo, su distinción no tiene como fin describir la estructura propia de un derecho fundamental. Por su parte, Martínez-Pujalte parece aceptar que existen conductas que se inscriben de un modo permanente en el «ámbito material» del ejercicio de un derecho. Así, por ejemplo, los insultos podrían situarse en el «ámbito material» del derecho a la libre expresión, pese a no incluirse en el «ámbito jurídicamente protegido».

(26) Cfr. PEDRO SERNA y FERNANDO TOLLER: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 65.

terial» al «ámbito jurídicamente protegido» se puede producir con cierta facilidad, de tal forma que el sujeto que se propone ejercer legítimamente un derecho fundamental puede, sin culpa, ver frustrado su propósito y permanecer en el «ámbito material». Sólo así se puede explicar que castigar duramente conductas que se desarrollan en el «ámbito material» llegue a desalentar el ejercicio legítimo de un derecho. El problema está en que hay que inferir demasiadas cosas, es decir, existe un claro déficit argumentativo respecto a cuestiones que no pueden darse por supuestas. Tiene razón, por tanto, Conde Martín de Hijas al afirmar que el reto intelectual que se le planteaba al Tribunal Constitucional era explicar cómo y en qué medida se produce un desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales. Pues bien, en lo que sigue trataré de ofrecer una respuesta general al problema que plantea el desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales.

## 2. BASES PARA UNA TEORÍA SOBRE EL DESALIENTO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conviene comenzar señalando que la solidez de la teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales no requiere introducir la categoría del «ámbito material» de ejercicio de un derecho fundamental, pues, amén de innecesaria, suscita muchas más dudas de las que resuelve. Me parece que lo importante es comprender que hay conductas que sin constituir un ejercicio legítimo de un derecho fundamental están próximas al mismo, y ello puede tener relevancia desde la óptica de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, debido al posible desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales. Seguidamente, analizaré varios casos en los que esto se produce, con el fin de extraer consecuencias de carácter general.

Uno de los ejemplos más claros es el del informador que, pese a haber contrastado con diligencia una información, se encuentra con que lo transmitido resulta ser falso. En su momento se dijo que el Tribunal Constitucional ha considerado que en estos casos el informador ejerce legítimamente el derecho a la libre información. Sin embargo, como he mostrado con detenimiento en otro lugar (27), éste es un error que tiene su origen en una equivocada concepción del requisito de veracidad de la información, y en una insuficiente comprensión de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. El informador que transmite diligentemente información falsa no ejerce legítimamente este derecho, pero su conducta diligente es constitucio-

(27) Cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., págs. 122-159, especialmente págs. 150-153.

nalmente valiosa por cuanto está encaminada a lograr un ejercicio legítimo de dicho derecho. Si de algún modo se le sancionara, es fácil comprender que ello podría disuadir a otros informadores de transmitir información ante el riesgo de que pudiera deslizarse alguna falsedad, y ser sancionados por ello. Por tanto, la dimensión institucional de los derechos fundamentales requiere que al informador diligente no se le exija otra cosa que actuar con diligencia (28).

Pues bien, el informador diligente que transmite información falsa desarrolla una conducta que se puede considerar próxima al ejercicio legítimo del derecho a la libre información, pues no es habitual que quien se conduce en su profesión con diligencia termine ofreciendo noticias falsas. Pero quizá sea más importante tener presente que el informador diligente no es responsable de que su acción de informar haya concluido finalmente en una conducta que no constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libre información. Esto último es lo que explica que sancionar severamente a los informadores diligentes que transmiten una noticia falsa pueda generar un efecto colateral de desaliento hacia otros informadores que se disponen a ejercer este derecho fundamental, pues es razonable pensar que sólo se atreverán a dar una noticia cuando conozcan con absoluta seguridad que lo que transmiten es cierto.

Otro tanto puede suceder con el derecho a la libre expresión. El Tribunal Constitucional ha declarado que la Constitución no ampara el insulto, luego es evidente que esta conducta no constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión. Sin embargo, como acertadamente observa Martínez-Pujalte, «no puede dudarse razonablemente que, si el Código Penal castigase dicho delito con una pena especialmente grave —por poner un ejemplo extremo, con una pena de quince años de cárcel—, se desalentaría el ejercicio legítimo de la libertad de expresión —pues los ciudadanos, y en particular los profesionales de la información, se retraerían de llevar a cabo la crítica que es consustancial al ejercicio de la libertad de expresión, ante el temor de rebasar el límite que da paso al delito de injurias—, por lo que tal precepto debería reputarse inconstitucional» (29). Ahora bien, aunque quizá el sentido común lo presente como algo evidente, conviene indagar por qué

---

(28) Precisamente, en Estados Unidos se ha aludido reiteradamente al «chilling effect» (podría traducirse por «efecto desaliento») especialmente en relación con la libertad de prensa. Sobre el particular, cfr. LAURENCE TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 1988, págs. 861-886.

(29) ANTONIO LUIS MARTINEZ-PUJALTE, «Algunos principios básicos...», cit., pág. 135. En el mismo sentido, aunque con una valoración diferente, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: «La excarcelación tenía un precio...», cit., pág. 322.

un severo castigo del delito de injurias puede desalentar el legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión.

La estructura propia de una opinión, que constituye uno de los contenidos expresivos amparados por el derecho a la libre expresión, se compone de dos elementos: el acontecimiento —en términos generales— que se valora, y la valoración del mismo (30). El ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, en su modalidad de opiniones, pasa por mantener vigente la conexión que debe existir entre el hecho y su valoración. El insulto constituye precisamente un ejercicio ilegítimo de este derecho porque rompe dicha conexión, es decir, porque deja de ser la valoración de un hecho para convertirse en una descalificación. No obstante, se puede admitir que la línea que separa una dura crítica de un insulto es en muchos casos extremadamente fina. Por ejemplo, no parece fácil determinar si calificar de «ladrón» a un cargo público que se ha apropiado de dinero de los contribuyentes puede considerarse un insulto o una severa crítica de su comportamiento. Dicho esto, cabe preguntarse si quien profiere un insulto no es en todo momento responsable de sus expresiones y, por tanto, está siempre en condiciones de evitar expresarse a través del insulto. El objeto del derecho a la libre información consiste en la transmisión de hechos que acontecen en el mundo exterior, de tal forma que se comprende que un informador no siempre pueda acceder al conocimiento directo de tales hechos, y como consecuencia de ello transmita información falsa. Sin embargo, en el caso del derecho a la libre expresión, su objeto consiste en exteriorizar la interioridad humana, y puede pensarse que es razonable que una persona sana, en circunstancias normales, sea capaz de dominar la exteriorización de su mundo interior. De este razonamiento se desprende que quien se dispone a ejercer el derecho a la libre expresión puede en todo momento asegurarse de que su conducta en ningún momento transgredirá el ámbito jurídicamente protegido por este derecho. Es más, podría pensarse que en la mayor parte de las cuestiones en que se duda si se está ante una dura crítica o ante un insulto, se tratará de situaciones deliberadamente buscadas por quien se expresa. Dicho en otros términos, no se profiere accidentalmente un insulto, como sí puede suceder que sin culpa se transmitan falsedades. Si esto es así, ¿realmente castigar con una pena importante el delito de injurias puede generar un efecto colateral de desaliento hacia el legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión?

En realidad, el razonamiento que se ha seguido se ha centrado exclusivamente en los contenidos propios del derecho a la libre expresión, y no ha te-

---

(30) Respecto a la estructura de las opiniones y al contenido, en general, del derecho a la libre expresión, cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., págs. 206-221, y 259-273.

nido en cuenta las diversas situaciones en las que se puede estar ejerciendo este derecho fundamental. El derecho a la libre expresión se ejerce en las más variadas situaciones: el periodista que en su despacho medita el contenido del artículo que va a publicar en el periódico el día siguiente, el político que está participando en un mitin de su partido, el contertulio que interviene en directo en un debate matinal de radio, etc. En muchas ocasiones, el ejercicio de este derecho se ejerce en situaciones que no facilitan una serena reflexión que permita utilizar con precisión las expresiones que se van a utilizar para valorar un acontecimiento. Además, conviene no olvidar que el lenguaje no tiene un significado unívoco, por lo que no siempre se tiene la certeza de que una expresión que no se considera ofensiva sea interpretada del mismo modo por otra persona. Estas observaciones ponen de relieve que, ciertamente, castigar las injurias con una pena muy elevada puede desalentar el ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión en muchas situaciones, pues bastantes personas en la inmediatez de un debate pueden no ser capaces de dominar con diligencia los mecanismos del lenguaje y terminar ejerciendo ilegítimamente este derecho fundamental cuando sólo se proponían ejercer una dura crítica. Ciertamente, podría objetarse a lo dicho que, al no aparecer el *animus iniuriandi* que se requeriría para apreciar la antijuridicidad de la conducta, no habría reproche penal. Sin embargo, si la pena de injurias es muy grave, muchos pueden preferir el silencio antes que el riesgo de dejar al juez la evaluación del *animus iniuriandi*. Por ello, castigar las injurias con una pena muy elevada sería inconstitucional desde la óptica de la dimensión institucional del derecho a la libre expresión, pues generaría un efecto colateral de desaliento hacia el ejercicio legítimo de este derecho.

Finalmente, mostraré la utilización que se ha hecho en Estados Unidos de la teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales («chilling effect») a través del caso *Brown v. Hartlage* (31), que no versa precisamente sobre la libertad de prensa (32). En síntesis, el caso tiene su origen en una ley del Estado de Kentucky que pretendía preservar la integridad de los procesos electorales regulando el contenido de los mensajes que se podían proferir en campaña. En aplicación de esta ley se pretendía anular la elección del Sr. Brown para uno de los puestos de la Comisión del Condado porque durante la campaña electoral había prometido renunciar a su sueldo si resultaba elegido. El Tribunal Supremo, a través del juez Brennan, reconoció que el Estado de Kentucky podía tener un legítimo interés en preservar la integridad de un proceso electoral, pero también observó que «al igual

---

(31) 456 U.S. 45 (1982).

(32) Sobre el particular, cfr. LAURENCE TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 1988, págs. 1129 y ss.

que la promesa de rebajar los impuestos, incrementar la eficiencia de un gobierno, o incluso aumentar los impuestos para beneficiar a ciertos grupos mediante un subsidio o un servicio público, la promesa de Brown de reducir su salario no puede considerarse que va más allá del alcance de la Primera Enmienda [que reconoce la libertad de expresión], o ser considerada como un tipo de corrupción que un Estado puede tener la necesidad imperiosa de evitar». Pero, además, el Tribunal Supremo observa que exigir responsabilidades por promesas o declaraciones erróneas que pueden efectuarse en el curso de una campaña electoral puede generar un «chilling effect» respecto al ejercicio de la libertad de expresión: «el efecto desaliento que provoca exigir una responsabilidad absoluta por declaraciones erróneas proferidas en el curso de un debate político es incompatible con la atmósfera de libre discusión contemplada en la Primera Enmienda en el contexto de las campañas políticas» (33).

¿Por qué se produce el efecto de desaliento al que se refiere el Tribunal Supremo estadounidense? Pensemos en un candidato que pretende acceder a un cargo público e intenta transmitir al electorado cuál será su línea de actuación cuando acceda al cargo. Este candidato imagina con mayor o menor precisión cuál será la situación que encontrará en dicho cargo, pero es evidente que cuando acceda a él puede verse obligado a variar la línea de actuación que había prometido, y también puede descubrir que le es imposible cumplir alguna de sus promesas. Esto puede suceder, bien porque el candidato no puede conocer con total exactitud la situación que se va a encontrar al desempeñar el cargo, bien porque las circunstancias que tuvo en cuenta han cambiado, o, finalmente, también puede suceder que advierta que lo que había prometido de buena fe es un error. Ahora bien, también es posible que un candidato prometa cosas a sabiendas de que no podrá cumplirlas. Pues bien, si se impusieran sanciones a todo aquel político que incumple sus promesas electorales —con independencia de la constitucionalidad de esta medida—, es evidente que ello generaría un efecto de desaliento en el ejercicio del derecho a la libre expresión en el marco de una campaña electoral, por el hecho de que el cumplimiento de lo prometido no está completamente en manos del candidato. En estos casos el candidato sólo podría prometer lo que depende exclusivamente de él, es decir, un comportamiento honesto en el desempeño del cargo, la mejor voluntad para solventar los problemas con los que tope, y una determinada orientación ideológica en el ejercicio de su labor.

---

(33) El texto original reza así: «The chilling effect of such absolute accountability for factual misstatements in the course of political debate is incompatible with the atmosphere of free discussion contemplated by the First Amendment in the context of political campaigns».

Una vez examinados estos casos, creo que se pueden extraer dos importantes enseñanzas para sentar las bases de una teoría sobre el desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales.

En primer lugar, sólo se puede valorar correctamente el desaliento que una medida puede ocasionar en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental a partir de la clara comprensión de las circunstancias en que normalmente se desenvuelve dicho ejercicio. Esto requiere delimitar correctamente el contenido de los derechos fundamentales tratando de comprender, a partir de una reflexión predominantemente teleológica, cuál es el bien jurídicamente protegido por cada derecho fundamental. Dicho de otro modo, el análisis de los efectos de desaliento que una medida puede generar, hace necesaria una reflexión a partir de los límites internos de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos límites que se derivan de la propia naturaleza del bien jurídico protegido por el derecho en cuestión (34). En los ejemplos examinados se ha visto que para valorar el desaliento era necesario comprender en qué consiste el derecho a la libre información y en qué situaciones puede desarrollarse su ejercicio. Especialmente claro resulta el caso del derecho a la libre expresión. Habitualmente, el Tribunal Constitucional viene señalando que este derecho se ejerce legítimamente siempre que no se profieran expresiones injuriosas (35). Desde esta perspectiva, se logra conocer en qué consiste el derecho a la libre expresión por referencia a determinados «límites externos» como puede ser el respeto al honor de otra persona. Fácilmente se comprende que así resulta difícil conocer si una medida puede llegar a desalentar el ejercicio del derecho a la libre expresión. Por consiguiente, la referencia al desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales tiene importantes consecuencias en la interpretación de los derechos fundamentales, al exigir del intérprete un razonamiento centrado en los límites internos de los derechos fundamentales que es imposible desarrollar sin acudir a una razón práctica de carácter sustantivo. En efecto, el intérprete se encuentra más allá del «seguro» marco de la ley y, sin embargo, tiene que aportar argumentos jurídicos que justifiquen la inconstitucionalidad de una medida que, precisamente, en la mayor parte de los casos tendrá rango de ley.

En segundo lugar, parece posible afirmar con carácter general que aquellas medidas que sancionan conductas ilícitas, pero que, sin embargo, se en-

---

(34) A este respecto, cfr. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...* cit., págs. 48-54; PEDRO SERNA y FERNANDO TOLLER: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, cit., págs. 70-72; TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., págs. 95-103, y 337 y ss.

(35) Cfr. SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 6.º, 297/1994, de 14 de noviembre, fundamento jurídico 7.º, entre otras muchas.

cuentran muy próximas a lo que constituye un ejercicio legítimo del derecho, son especialmente aptas para desalentar el ejercicio de los derechos fundamentales. Esto es lo que tiene presente el Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, cuando señala que aunque los miembros de HB no estaban ejerciendo legítimamente ningún derecho fundamental, materialmente expresaban ideas. Ahora bien, la mera proximidad al ejercicio legítimo de un derecho no constituye una razón suficiente. Podría decirse que esta proximidad es un indicio, pero que sólo a través de la correcta comprensión de las circunstancias que rodean el legítimo ejercicio de un derecho, tal como se apuntó anteriormente, cabe determinar si una medida desalienta el legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

A partir de estas observaciones se puede volver sobre el caso de la Mesa Nacional de HB, y tratar de determinar si la pena que preveía el art. 174 bis a) para la colaboración con banda armada podía desalentar el ejercicio de los derechos a la libre expresión, información y a la participación en los asuntos públicos.

Para evaluar el posible desaliento que puede provocar la pena prevista en el art. 174 bis a) conviene preguntarse cuál es la conducta penalmente reprochable como delito de colaboración con banda armada. El Tribunal Supremo señala que es «dicha cesión [la de los espacios electorales], en conjunción con las imágenes de las videocintas (...), la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista y la que por su intensidad, consciencia y finalidad promocional de ETA merece el reproche penal» (fundamento jurídico 18.<sup>o</sup>). Aquí se plantean varias dudas que hubiera sido deseable disipar, pues no está claro si el delito consiste en ceder el espacio electoral a ETA o en que el mensaje de ETA resultara intimidatorio. El Tribunal Supremo opta por considerar que una conjunción de ambas cosas, lo que en mi opinión no es acertado, pues, como he señalado (36), el delito de colaboración con banda armada existiría incluso en el caso de que los vídeos difundidos hubieran contenido un mensaje no intimidatorio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entra a examinar el carácter de «reportaje neutral» de la difusión de los vídeos realizada por HB, y, posteriormente, el contenido del mensaje. Así, una vez ha concluido que la difusión de los vídeos no puede interpretarse como un «reportaje neutral», afirma:

«En definitiva, cabe concluir que ninguno de los mensajes enjuiciados, de ser difundidos en las condiciones previstas por HB podía haberse atribuido el carácter de mensaje neutral. Por ello, para determinar si su difusión queda protegida por las libertades de expresión o de comunicación deberemos pasar a indagar si su contenido era o no conminatorio» (fundamento jurídico 18.<sup>o</sup>).

---

(36) *Vid. supra.*, nota 5.

Pienso que en este punto yerra claramente el Tribunal Constitucional, lo que quizá es consecuencia de una asunción apresurada de la doctrina del «reportaje neutral», que tiene su ámbito de aplicación habitual en el entorno de los medios de comunicación. Cuando un medio de comunicación recoge lo dicho por alguien sin identificarlo con claridad o asumiendo unas dimensiones «a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje» (37), el medio se hace responsable del contenido del mensaje transmitido. Ahora bien, por la propia naturaleza de la labor de los medios de comunicación, encargados de dar a conocer hechos veraces y de interés público, normalmente el acto de la difusión de un mensaje, pese a que no sea considerado un «reportaje neutral», no será en sí mismo antijurídico, y ello exigirá valorar la responsabilidad del medio atendiendo al contenido del mensaje. Sin embargo, a veces la mera difusión puede ser antijurídica, lo cual en mi opinión sucede en este caso, pues a través de los propios espacios electorales se ofrece cobertura a una banda terrorista. Y es esa conducta, con independencia del contenido del mensaje, la que se castiga penalmente —pese a la falta de claridad referida en este punto, a la que ya me he referido—. Por lo tanto, si lo que castigaba el Tribunal Supremo no era una ideología, sino una conducta de colaboración con banda armada parece evidente que no estaba en juego el derecho a la libre expresión, y, por tanto, era innecesario entrar a valorar el contenido del mensaje.

No obstante, el Tribunal Constitucional analiza el mensaje desde el punto de vista de los derechos a la libre expresión, información y participación en los asuntos públicos, señalando que, pese a resultar intimidatorios y, por tanto ilícitos, «materialmente se están expresando ideas» y una pena excesiva puede desalentar su ejercicio legítimo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no razona cómo se produce el «desaliento» en el ejercicio legítimo de estos derechos. Es evidente que difundir los vídeos de una banda terrorista en el espacio electoral reservado a una formación política puede plantear ciertas dudas en torno a la tipicidad de esta conducta como delito de colaboración con banda armada. Pero si ello es así, el problema no es tanto el efecto de desaliento, sino la posible vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal. Y en cuanto al contenido del mensaje, ¿es razonable pensar que el mensaje de ETA que asume HB incurre «accidentalmente» en intimidación? Parece más bien que la intimidación, es decir la presencia visible de pistolas, es algo buscado deliberadamente. Ello me lleva a la conclusión de que una elevada sanción penal de conductas que pese a referir ideas y/u opiniones pretendan intimidar, sólo puede desalentar a quien se propone inti-

---

(37) STC 41/1994, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4.º

midar (38), y no se aprecia razón alguna para pensar que quien desea exponer sin coacción sus ideas o sus opiniones se sienta desalentado o disuadido de ello por la gravedad de la pena del delito de colaboración con banda armada.

Por lo tanto, me parece que la evaluación del desaliento que puede afectar al ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye un elemento que, acorde con la dimensión institucional de los derechos fundamentales, debe ser valorado a la hora de examinar la constitucionalidad de un precepto o la admisibilidad de una determinada decisión jurídica. Ahora bien, ello entraña unos requisitos de argumentación que, como acertadamente apunta Conde Martín de Hijas en su Voto particular, en el caso de la STC 136/1999 no fueron cubiertos por el Tribunal Constitucional.

### 3. UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

Pese a las críticas de algunos autores, la referencia al desaliento que determinadas medidas pueden generar en el ejercicio de los derechos fundamentales constituye un argumento sólido y coherente con la dimensión institucional de los derechos fundamentales, que en adelante puede desempeñar un papel relevante en su interpretación, así como en el análisis de la actuación de los poderes públicos, en especial del legislador. Esta continuidad se ve claramente reflejada en la STC 110/2000: «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”» (fundamento jurídico 5.º).

Ahora bien, el desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales no sólo tiene una repercusión hermenéutica, sino que también ha supuesto una confrontación entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Aunque no sea objeto de este trabajo abordar esta cuestión, sí quisiera finalizar realizando una breve reflexión al respecto.

---

(38) Es importante precisar que dicha intimidación nos sitúa ante una conducta ajena al ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión. Sobre este punto, cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., págs. 219-221.

En referencia a la STC 136/1999, Prieto Sanchis ha señalado que «inaugura una doctrina que de llevarse hasta sus últimas consecuencias —de lo que sospecho no hay peligro alguno— representaría la apertura de una frontera inédita en el control de constitucionalidad de la ley al expropiar una de las competencias más asentadas e indiscutidas en la historia del Parlamento, como es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado» (39). Ciertamente, es comprensible que genere un cierto desasosiego comprobar como poco a poco nuestro Estado de Derecho deja de estar apoyado exclusivamente en la supremacía de ley emanada del Parlamento (40). ¿Pero no será que en realidad nos estamos acercando finalmente a un Estado en que incluso la ley está sometida al Derecho, y, por tanto, al verdadero Estado de Derecho? La superación del legalismo, especialmente en el marco de las modernas Constituciones basadas en el reconocimiento de principios jurídicos —cuyo mayor exponente son los derechos fundamentales— constituye una evidencia difícilmente negable (41). Así, por ejemplo, el art. 20.3 de la Constitución alemana establece que «la legislación está sometida al orden constitucional; el poder ejecutivo y la jurisprudencia están sometidos a la ley y al derecho». Kaufmann ha señalado que «[l]a idea primitiva del artículo 20, párrafo 3 GG, es que la República Federal Alemana no debe ser solamente un mero Estado de derecho —“Estado legislativo”— ni una mera democracia formal, sino un Estado de derecho material y una democracia material, en los cuales el derecho como tal —y no sólo la ley— tenga realidad y despliegue eficacia» (42). Como afirma Ollero, en esta misma dirección parece apuntar el

(39) LUIS PRIETO SANCHIS: «Tribunal constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, 23, Alicante, 2000, pág. 184.

(40) Cfr. al respecto, FRANCISCO J. LAPORTA: «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», en *Doxa*, 22, 1999, que sostiene que el Estado de Derecho es fundamentalmente un Estado basado en el imperio de leyes generales y abstractas que el juez debe aplicar rigurosamente. El siguiente texto es particularmente claro: «[T]emo que hayamos disfrutado de esa condición necesaria para la Justicia que es el Estado de Derecho y corramos el riesgo de perderla por caminar una vez más hacia un horizonte de pretendida Justicia material que no sabemos muy bien en qué consiste. Preferiría que hiciéramos un esfuerzo para volver a guiarnos por un ordenamiento cuyo núcleo duro fuera un conjunto de leyes generales y abstractas, coherentes con la Constitución y aplicadas rigurosamente por los jueces, y si esto es imposible debido al irreversible proceso de crisis de la ley del que somos testigos, que no perdamos al menos la conciencia de que el Estado de Derecho y la Democracia misma se pueden estar diluyendo con él» (cita textual en pág. 330).

(41) Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, traducción de MARINA GASCON, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 1997, *passim.*; LUIS PRIETO SANCHIS: *Ley, principios, derechos*, Dykinson/Instituto Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), Madrid, 1998, págs. 5-45, especialmente págs. 31-45, entre otros muchos autores.

(42) ARTHUR KAUFMANN: *Filosofía del Derecho*, traducción de LUIS VILLAR BORDA y ANA MARÍA MONTOYA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 265.

art. 103.1 de nuestra Constitución, al establecer que «la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (43). Quizá la creciente importancia del Tribunal Constitucional como máximo garante de los pilares de nuestra convivencia —los derechos fundamentales—, sirva para ir mostrando que, en contra de lo que se creyó en los últimos siglos, el derecho no se agota en la ley, y que la última garantía de un Estado de Derecho son los jueces.

---

(43) Cfr. ANDRÉS OLLERO TASSARA: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, págs. 176-180.