

## La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales<sup>1</sup>

### The chilling effect doctrine as a connection point between Criminal Law and fundamental rights

David Colomer Bea  
Departamento de Derecho Penal  
Facultat de Dret  
Universitat de València

Fecha de recepción 21/06/2019 | De aceptación: 01/12/2019 | De publicación: 27/12/2019

#### RESUMEN.

Una norma penal puede disuadir del ejercicio de un derecho fundamental cuando se aplica de forma desproporcionada sobre una conducta limítrofe con el ejercicio legítimo de dicho derecho. El objeto de este trabajo es analizar ese efecto que pueden producir las normas penales, conocido como “efecto desaliento”, tomando como ejemplo los hechos ocurridos el 20 de septiembre de 2017 ante la Conselleria de Economía de la Generalitat de Cataluña.

#### PALABRAS CLAVE.

Efecto desaliento, Derecho penal, derechos fundamentales, sedición

#### ABSTRACT.

A criminal norm may discourage the exercise of a fundamental right when it is disproportionately applied to conduct bordering on the legitimate exercise of that right. The purpose of this paper is to analyse this effect that criminal norms can produce, known as "chilling effect", taking as an example the events that occurred on 20 September 2017 before the Ministry of Economy of the Catalan Government.

#### KEY WORDS.

Chilling effect, criminal law, fundamental rights, sedition

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i “Justicia penal preventiva y tutela del orden público” (ref.: DER2016-77947-R; Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, AEI/ FEDER, UE) y ha sido posible gracias a la obtención de una beca para la Formación de Profesorado Universitario (ref.: FPU15/00769).

**Índice:** 1. La importancia de los derechos fundamentales y el deber de tutelarlos; 2. Derecho penal y derechos fundamentales. Especial referencia al efecto desaliento; 3. La interpretación del término “tumultuariamente” constitutivo del delito de sedición como ejemplo de efecto desaliento; 4. Conclusión.

## 1. La importancia de los derechos fundamentales y el deber de tutelarlos

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los esfuerzos de la comunidad internacional se han centrado en procurar que los ciudadanos puedan gozar de los derechos que les son inherentes. De ahí que los instrumentos jurídicos internacionales más importantes —destacando, entre todos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 1950)— consistan en la declaración de derechos y en el establecimiento de garantías para su protección.

Es así que los derechos fundamentales ocupan una posición central en el sistema jurídico de los Estados democráticos. No por casualidad la Constitución Española (CE) dedica su Título I, el más extenso de todos (arts. 10 a 55 CE), a la regulación de tales derechos<sup>2</sup>. El primero de sus preceptos —el art. 10.1 CE— atribuye a los derechos fundamentales la condición de “fundamento del orden político y de la paz social”. Con esta expresión se remarca la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales<sup>3</sup>, esto es, su consideración como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”<sup>4</sup>. Así pues, los derechos fundamentales “no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales”, sino que, además, constituyen “componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de

<sup>2</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M. E., “De los derechos y deberes fundamentales”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 199-200.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>4</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”<sup>5</sup>.

De la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se deriva un deber positivo del Estado consistente en llevar a cabo actuaciones encaminadas a garantizar y promover el ejercicio de tales derechos. Esta posición activa que en materia de derechos fundamentales deben asumir los poderes públicos —“política de derechos fundamentales”— aparece consagrada en el art. 9.2 CE<sup>6</sup>. De este modo, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, enunciada en el art. 53.1 CE, “no se agota con la obligación negativa de no lesionarlos, sino que también entraña la exigencia de que, en el ámbito de sus correspondientes funciones, contribuyan positivamente a la efectividad de los mismos”<sup>7</sup>.

En cuanto a la obligación negativa del Estado de no lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos —tanto en su esfera individual como institucional—<sup>8</sup>, esta implica que los poderes públicos deben abstenerse de cualquier actuación que suponga una vulneración de tales derechos. En este sentido, los derechos fundamentales delimitan un ámbito de libertad intangible para el Estado<sup>9</sup>, marcan una frontera que los poderes públicos no pueden traspasar<sup>10</sup>. Ese ámbito de libertad debe ser especialmente preservado de la intervención del Derecho penal en la medida en que este constituye el

<sup>5</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

<sup>6</sup> Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 32, 2000, p. 131.

<sup>7</sup> MEDINA GUERRERO, M., “Artículo 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 1459-1460. Sobre la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, *vid.* también PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 115 y ss.; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 504-506; BARRANCO, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 73-221; GAVARA DE CARA, J. C., “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, pp. 277 y ss.; AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y principio de efectividad: Claves interpretativas”, en: REVENGA, M. y CUENCA, P. (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 191 y ss.

<sup>8</sup> Vid. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4

<sup>9</sup> Vid. MEDINA GUERRERO, M., “Artículo 53.1...”, *cit.*, p. 1459.

<sup>10</sup> Vid. RUIZ-JARABO, P., “Los derechos fundamentales de los poderes públicos: de la legitimación en el proceso a la limitación en el poder”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 9, 2003, p. 149.

instrumento más gravoso de que dispone el Estado para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>11</sup>.

## 2. Derecho penal y derechos fundamentales. Especial referencia al efecto desaliento

La función esencial del Estado de Derecho no es otra que garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>12</sup>. El Derecho penal, como *ultima ratio* del sistema, cumple esa misma función, que se concreta en la protección de bienes jurídicos<sup>13</sup>. Este fin se persigue a través de la pena, instrumento que, a su vez, supone una injerencia en los derechos fundamentales de los infractores<sup>14</sup>. He aquí la paradoja del Derecho penal: trata de tutelar derechos fundamentales mediante la lesión de otros derechos fundamentales<sup>15</sup>.

En este punto cabe remarcar que las normas jurídicas deben ser interpretadas en el sentido que resulte más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales<sup>16</sup>. Esto, trasladado al ámbito penal, significa, en primer lugar, que el juez que conozca de un hecho con apariencia criminal deberá apreciar la existencia de delito únicamente cuando la conducta investigada encaje inequívocamente en el correspondiente precepto penal, pues en tal caso tendrá lugar la imposición de una pena para los responsables de dicho delito, pena que, como hemos visto, supone una limitación de los derechos fundamentales. Por su parte, el legislador debe facilitar la tarea del juez describiendo los tipos penales

<sup>11</sup> Vid. LOPERA MESA, G. P., “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 67, 2005, p. 27.

<sup>12</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 856-857 y 883.

<sup>13</sup> Vid., por todos, MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, en: AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 412 y ss.

<sup>14</sup> De ahí que las normas penales requieran una “carga de justificación especial”. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 65, 2003, pp. 58 y 87-88. Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, debe efectuarse “un juicio de ponderación entre la ‘carga coactiva’ de la pena y el fin perseguido por la conminación penal. La ponderación ha de efectuarse ‘desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio’, determinando si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción”. Vid. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 88.

<sup>15</sup> Vid. MIR PUIG, S., “Derechos humanos y límites del Derecho penal”, en: BERISTAIN, A., y CUESTA, J. L. (comps.), *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Donostia, Instituto Vasco de Criminología, 1985, p. 463.

<sup>16</sup> Vid. SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 32/1989, de 13 de febrero, FJ 1; 26/2004, de 26 de febrero, FJ 6; 105/2012, de 11 de mayo, FJ 7; 4/2018, de 22 de enero, FJ 8.

con términos claros y precisos que salvaguarden la seguridad jurídica de los ciudadanos<sup>17</sup>, evitando, de este modo, “que el juez se convierta en legislador”<sup>18</sup>.

¿Qué ocurre, sin embargo, si el juez llega a la conclusión de que, sin lugar a duda, el hecho que está juzgando es constitutivo de un determinado delito, pero ese delito se ha cometido en el contexto del ejercicio de un derecho fundamental? Esto sucede principalmente en aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido es un valor social no reconducible directamente a la esfera individual del ser humano —por ejemplo, el orden público—. En estos delitos, el hecho de que el comportamiento previsto como delito se cometa con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental —normalmente, la libertad de expresión o el derecho de reunión— puede tener efectos jurídico-penales.

En primer lugar, cabe la posibilidad de que la conducta enjuiciada constituya ejercicio *legítimo* de un derecho fundamental. En ese caso, dicha circunstancia comportará la inexistencia de delito, dado que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”<sup>19</sup>. Por tanto, aunque la conducta se correspondiese con el supuesto de hecho de la norma incriminadora conforme a su tenor literal, “no resultaría constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal”<sup>20</sup>. En este caso, la conducta estaría justificada por obrar el sujeto en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7.º CP), lo que excluye la antijuridicidad, requisito esencial de cualquier delito<sup>21</sup>.

Pero aún hay más. Incluso el ejercicio *abusivo* o *extralimitado* de un derecho fundamental puede tener cierta relevancia a la hora de analizar un hecho aparentemente delictivo, pues “una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito [...] 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

---

<sup>17</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8).

<sup>18</sup> STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4.

<sup>19</sup> SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 29/2009, de 26 de enero, FJ 3.

<sup>20</sup> STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6.

<sup>21</sup> *Idem*. Vid. también CUERDA ARNAU, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007.

extralimitación sea severamente sancionada”<sup>22</sup>. Por tanto, dicha reacción desproporcionada debe ser evitada tanto por “el Juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla”<sup>23</sup>. En esto consiste la doctrina del efecto desaliento, una doctrina que tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana de mediados del siglo pasado (*chilling effect*), cuyo ámbito de aplicación se limitaba, en un primer momento, a los casos en que se veía afectado el derecho a la libertad de expresión<sup>24</sup>.

La doctrina del efecto desaliento constituye una manifestación más de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>25</sup>. Si estos fuesen concebidos como meros derechos subjetivos que otorgan a su titular un haz de facultades cuyo ejercicio debe ser respetado por terceros, entonces los poderes públicos no deberían preocuparse de nada más que de asegurar que los ciudadanos puedan ejercer legítimamente los derechos fundamentales sin ser molestados o sancionados por ello. En cambio, su consideración adicional como elementos esenciales del ordenamiento jurídico —como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE)— explica que los poderes públicos se ocupen también de remover aquellos obstáculos que *desincentiven* a los ciudadanos del ejercicio de sus derechos fundamentales (art. 9 CE). Una sanción penal excesiva para castigar una conducta *próxima* al ejercicio legítimo de un derecho fundamental puede disuadir a los ciudadanos de ejercer en el futuro ese derecho —o, al menos, ejercerlo en su plenitud—<sup>26</sup>. En tal caso, la sanción desproporcionada constituye una vulneración del propio derecho fundamental<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20.

<sup>23</sup> STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6.

<sup>24</sup> *Vid.* COLUMBIA LAW REVIEW, “The Chilling Effect in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, vol. 69, n.º 5, 1969, pp. 808 y ss.; SCHAUER, F., “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, *Boston Law Review*, vol. 58, 1978, pp. 685 y ss.; DYNIA, P. A., “Chilling Effect”, en: SCHULTZ, D., y VILE, J. R. (eds.), *The Encyclopedia of Civil Liberties in America*, vol. 1-3, Londres/Nueva York, Routledge, 2015, pp. 161-163.

<sup>25</sup> Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: “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 protección constitucional del derecho, 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” (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8).

<sup>26</sup> *Vid.* DE DOMINGO PÉREZ, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 156 y ss. En contra de la doctrina del efecto desaliento se ha manifestado BILBAO UBILLOS, quien se pregunta “¿por qué regla de tres la sanción penal, excesiva o no, de comportamientos ilícitos puede llegar a desalentar el ejercicio lícito de un derecho fundamental?”, y añade: “Cualquier tipo penal produce un efecto de desaliento. Es precisamente lo que se persigue con la función de prevención general y especial: el desestimiento de los potenciales delincuentes. Pero ese efecto, que se refiere a la acción típica, no tiene por qué extenderse a conductas lícitas ajenas a ella. El efecto de desaliento derivado de un delito de estafa se proyectará sobre ulteriores conductas estafadoras, pero no tiene por qué perturbar la lícita actividad mercantil de un ciudadano honrado”. *Vid.* BILBAO UBILLOS, J. M., “La excarcelación tenía un precio: el tribunal

Para entender la doctrina del efecto desaliento, cabe diferenciar el ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales y su función institucional<sup>28</sup>. Lo primero se corresponde con aquella porción de libertad que la Constitución reconoce a los ciudadanos para que puedan desarrollar plenamente su personalidad (art. 10.1 CE)<sup>29</sup>. Este ámbito de libertad goza de la máxima protección constitucional y es indemne a la actuación limitadora de los poderes públicos. Algunos derechos fundamentales cumplen, además, una función institucional que trasciende al individuo que ejerce el derecho y se proyecta en el conjunto de la sociedad. Tal es el caso del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), cuyo ejercicio contribuye a la formación de una opinión pública libre, “indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”<sup>30</sup>. También es el caso del derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), que “opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo”<sup>31</sup>. La función institucional que cumplen estos derechos es lo que explica que comportamientos típicos que no se ajustan plenamente a las “condiciones y límites” del derecho fundamental, pero que “se encuadran en su contenido y finalidad”, no deban ser tratados penalmente como cualquier otro acto ilícito<sup>32</sup>. En tales casos, el juez, a la hora de aplicar el tipo penal, debe tomar en cuenta la conexión que mantiene la conducta enjuiciada con el derecho fundamental, pues, de no hacerlo, se corre el riesgo de desalentar el ejercicio *legítimo* —esto es, ajustado a las condiciones y límites— de ese derecho<sup>33</sup>.

---

enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 58, 2000, pp. 322 y 336.

<sup>27</sup> *Vid.* STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6.

<sup>28</sup> *Vid.* MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “Algunos principios básicos...”, cit., pp. 126 y ss.

<sup>29</sup> Como apunta MIRA BENAVENT, los derechos fundamentales representan las condiciones externas en las que se materializa la libertad. *Vid.* MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, cit., p. 414.

<sup>30</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3.

<sup>31</sup> STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en reiteradas ocasiones que tanto el derecho de reunión como la libertad de expresión constituyen “fundamentos esenciales de una sociedad democrática”. *Vid.*, por todas, STEDH, Gran Sala, de 15 de octubre de 2015, caso *Kudrevičius y otros c. Lithuania*, § 91.

<sup>32</sup> *Vid.* STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6. En este sentido, advierte PRIETO SANCHÍS que “la carga de la justificación de la legitimidad de la norma penal es mayor cuando la conducta representa un ejercicio abusivo, pero ejercicio al fin y al cabo, de un derecho fundamental”. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n.º 71, 2004, p. 65.

<sup>33</sup> La razón por la que se censura la sanción excesiva de una conducta que constituye ejercicio extralimitado y, por tanto, *ilegítimo* de un derecho fundamental es porque se quiere evitar que esa sanción desincentive en el futuro el ejercicio *legítimo* de ese derecho fundamental.

En cuanto al tratamiento que debe darse a los supuestos en los que tiene lugar el citado efecto desaliento, en primer lugar, se ha de descartar la aplicación de la causa de justificación del art. 20.7.º CP, ya que en los casos a los que nos referimos quien realiza el hecho delictivo y recibe la sanción penal no obra en el “ejercicio *legítimo*” de ningún derecho<sup>34</sup>. Lo que se castiga es una conducta *ilícita*, contraria al ordenamiento jurídico, aunque próxima al ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Esta proximidad justifica que el sujeto activo del comportamiento antijurídico conectado con el derecho fundamental reciba un trato más benigno que el que le correspondería a quien realiza un hecho similar completamente al margen del contenido de dicho derecho. Si el legislador, al tipificar la infracción penal, no toma en consideración la eventualidad de que puedan subsumirse en el supuesto de hecho de la norma incriminadora conductas conectadas con el ejercicio de un derecho fundamental, es entonces el juez quien debe valorar esa situación evitando que a tales conductas se les aplique sin más la consecuencia jurídica prevista en la norma penal<sup>35</sup>. A partir de ahí se discute si lo que procede en estos casos es no imponer ninguna pena, considerando que dichas acciones carecen de relevancia penal<sup>36</sup>, o imponer una pena reducida, entendiendo que es la gravedad de la sanción y no su naturaleza penal lo que produce el efecto desaliento<sup>37</sup>.

---

Como precisa NAVARRO FRÍAS, “si lo que consigue el correspondiente precepto es, por el contrario, disuadir a los ciudadanos de *extralimitarse* en el ejercicio de los derechos fundamentales aludidos, entonces parece que no habría problema [...], sino que, al contrario, se realizaría el fin preventivo-general perseguido por la ley penal”. Vid. NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *InDret*, n.º 2, 2010, p. 22.

<sup>34</sup> Por ello, llama la atención lo dispuesto en el fundamento jurídico sexto de la STC 108/2008, de 22 de septiembre, donde se recurre a la doctrina del efecto desaliento al tiempo que se reconoce que el solicitante de amparo actuó en ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. En la misma línea se enmarca la SAN, Sala de lo Penal, Sección 1, n.º 31/2014, de 7 de julio, que, tras aplicar la doctrina del efecto desaliento, entiende que la conducta de los acusados en el caso *Aturem el Parlament* está justificada por el ejercicio del derecho de manifestación (FJ 2.1.3).

<sup>35</sup> Vid. STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 14.

<sup>36</sup> En esta línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS opta por la vía del principio de insignificancia o el criterio de la adecuación social no justificante para excluir del ámbito de lo punible a las conductas de ejercicio excesivo de un derecho fundamental. Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 98. Por su parte, NAVARRO FRÍAS, partiendo de que el efecto desaliento es un problema que “tendría más que ver con la construcción del tipo que con la construcción de la consecuencia jurídica”, considera que “la indeterminación causante de tal efecto desaliento [...] no puede compensarse con una rebaja de las penas”, con lo que parece decantarse por la inaplicación de la norma penal en tales supuestos. Vid. NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad...”, cit., pp. 22-23. Finalmente, el ATC 377/2004, de 7 de octubre, señala que el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental “puede convertir la conducta en antijurídica (y merecedora, en su caso, de algún tipo de sanción civil, laboral o administrativa, en función del tipo de derecho ejercitado o del ámbito donde se perfeccione), aunque *no alcance a legitimar una sanción penal*” (FJ 1).

<sup>37</sup> De esta opinión: CUERDA RIEZU, A., “Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, Díez RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L., y HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 253; Vid. DE DOMINGO PÉREZ, T., “La argumentación jurídica...”, cit., p. 159. La propia STC 136/1999, de 20 de julio, atribuye el efecto desaliento a “una reacción penal *excesiva*” (FJ 20). Del mismo

En realidad, el temor que pueden sentir los ciudadanos por ejercer un derecho fundamental puede venir provocado tanto por la gravedad de la pena con la que se castiga una conducta próxima al contenido de dicho derecho como por el simple hecho de que esa conducta sea sancionada penalmente<sup>38</sup>. Ahora bien, en ningún caso el efecto desaliento determina que la conducta castigada pierda su naturaleza delictiva. Lo que se deriva de dicho efecto es un deber especial de proporcionalidad por parte del juez consistente en imponer una pena inferior que la que aplicaría si se tratase de una conducta que no tuviese relación alguna con el contenido de derechos fundamentales. En este sentido, una posible vía de solución para tratar los supuestos de efecto desaliento pasa por aplicar la eximente incompleta de ejercicio de un derecho (art. 21.1.ª CP), en cuyo caso se reduce el marco penal del correspondiente delito en uno o dos grados (art. 68 CP)<sup>39</sup>.

El efecto desaliento no solo se proyecta en el ámbito de la proporcionalidad de las penas, sino que también afecta a la tipicidad. La formulación de los tipos penales debe ser lo suficientemente clara y precisa como para que los ciudadanos puedan programar sus comportamientos “sin temor a verse sorprendidos por sanciones que en modo alguno pudieron prever”<sup>40</sup>. Sin embargo, es imposible, e incluso indeseable, alcanzar una precisión absoluta en la formulación de las normas penales en la medida en que estas deben ser capaces de adaptarse a la realidad cambiante<sup>41</sup>. Por ello, el juez debe velar por que la interpretación de los términos vagos o ambiguos que, en su caso, incluyan los tipos penales no resulte desalentadora para el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>42</sup>. Desde luego lo será

---

modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que es la *severidad* de la sanción impuesta lo que causa el efecto escalofriante (*chilling effect*). *Vid.*, por todas, STEDH, Sección 1.ª, de 15 de mayo de 2014, caso *Taranenko c. Rusia*, § 95.

<sup>38</sup> En este sentido, NAVARRO FRÍAS apunta que “los ciudadanos tienen miedo a ser castigados *a secas*, más que a ser castigados *mucho*”. *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad...”, cit., p. 22.

<sup>39</sup> De esta opinión: MIR PUIG, S., “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, en: ECHANO BASALDÚA, J. I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, p. 365; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso ‘*Aturem el Parlament*’”, en: BACIGALUPO SAGGESE, S.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., y ECHANO BASALDÚA, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho penal (homenaje al profesor Miguel Bajo)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 1251; PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, en: CUERDA ARNAU, M. L., y GARCÍA AMADO, J. A. (Dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 77, 79 y 82.

<sup>40</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, p. 903.

<sup>41</sup> *Vid.* STEDH, Gran Sala, de 15 de octubre de 2015, caso *Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 109.

<sup>42</sup> Precisamente, la doctrina del *chilling effect* surgió en la jurisprudencia norteamericana vinculada con el problema de la vaguedad de las normas sancionadoras. *Vid.* DYNIA, P. A., “Chilling Effect”, cit., p. 161.

si la gravedad de la conducta típica resultante de la interpretación judicial no se adecua a la gravedad de la sanción prevista en la norma penal.

### 3. La interpretación del término “tumultuariamente” constitutivo del delito de sedición como ejemplo de efecto desaliento

Los delitos contra el orden público constituyen uno de los ámbitos más propicios para la aplicación de la doctrina del efecto desaliento. Tales delitos se vinculan, de un modo u otro, con la protección del uso legítimo de los espacios públicos<sup>43</sup>. La doble función que desempeñan estos lugares como “ámbitos de circulación” y “espacios de participación”<sup>44</sup> explica que en muchos supuestos de perturbación del orden público sus perpetradores invoquen el ejercicio de derechos de participación democrática como son la libertad de expresión y el derecho de reunión<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, en el caso *Taranenko c. Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que Rusia había cometido una violación de los arts. 10 (libertad de expresión) y 11 CEDH (libertad de reunión) al encarcelar preventivamente durante un año e imponer una pena de prisión de tres años a una manifestante que participó en unos disturbios que tuvieron lugar en diciembre de 2004 en el edificio de la administración del presidente Putin. Dado que los hechos no fueron violentos —se ocasionaron únicamente daños materiales— y se enmarcaron en un movimiento de protesta contra las políticas del Gobierno ruso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el largo período de prisión provisional y la severidad de la condena que se impuso pudo haber producido un efecto disuasorio (*chilling effect*) en la solicitante y otras personas que participan en acciones de protesta<sup>46</sup>.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados deben ser especialmente cuidadosos a la hora de castigar conductas no violentas que acontezcan durante la celebración de una reunión o manifestación pacífica<sup>47</sup>. En principio, tales concentraciones no deben estar sometidas a la

<sup>43</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 948 y ss.

<sup>44</sup> STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.

<sup>45</sup> La relación entre ambos derechos fundamentales es tan estrecha que el Tribunal Constitucional define el derecho de reunión como “una manifestación colectiva de la libertad de expresión”. Vid. STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2. Al respecto, vid., RIDAO MARTÍN, J., *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 43 y ss.

<sup>46</sup> Vid. STEDH, Sección 1.ª, de 15 de mayo de 2014, caso *Taranenko c. Rusia*, §§ 68 y ss.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 87.

amenaza de una sanción penal, en especial si esta es privativa de libertad<sup>48</sup>. En definitiva, los poderes públicos deben mostrar cierto grado de tolerancia frente a las acciones no violentas que lleven a cabo los manifestantes durante la celebración de una reunión pacífica<sup>49</sup>. Por otra parte, el hecho de que algunas de las personas que participan en una manifestación cometan agresiones o tengan intenciones violentas no implica que dicha reunión quede fuera del alcance del art. 11 CEDH<sup>50</sup>. En lo que hay que fijarse es en el propósito pacífico o violento de los organizadores<sup>51</sup>.

Dichos parámetros, en mi opinión, no han sido respetados por los órganos jurisdiccionales españoles en la causa judicial contra los líderes del proceso independentista catalán. En concreto, quiero centrarme en los hechos ocurridos el 20 de septiembre de 2017 ante la sede de la Conselleria de Economía, que fueron los que determinaron la entrada en prisión, acordada como medida cautelar, de los presidentes de la Asamblea Nacional Catalana y de Òmnium Cultural, Jordi Sànchez y Jordi Cuixart<sup>52</sup>, quienes fueron finalmente condenados por un delito de sedición<sup>53</sup>. La forma en que se describe este delito y su interpretación judicial constituyen un claro ejemplo de efecto desaliento.

El delito de sedición se regula en el Capítulo I del Título XXII del Libro II del Código Penal (CP), título dedicado a los delitos contra el orden público. Según el art. 544 CP, “son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”. Por tanto, el delito de sedición exige la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* que se produzca un alzamiento público y tumultuario; *b)* que dicho alzamiento se dirija a impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes, el ejercicio de funciones públicas o el cumplimiento de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, y *c)* que dicho alzamiento no sea constitutivo de un delito de rebelión, es decir, que no se

---

<sup>48</sup> Vid. STEDH, Sección 2.ª, de 18 de junio de 2013, caso *Gün y otros c. Turquía*, § 83.

<sup>49</sup> Vid. STEDH, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 2007, caso *Nurettin Aldemir y otros c. Turquía*, § 46.

<sup>50</sup> Vid. STEDH, Sección 5.ª, de 1 de diciembre de 2011, caso *Schwabe y M.G. c. Alemania*, § 103.

<sup>51</sup> Vid. STEDH, Sección 5.ª, de 6 de octubre de 2015, caso *Karpyuk y otros c. Ucrania*, § 234.

<sup>52</sup> Vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de 16 de octubre de 2017.

<sup>53</sup> Vid. STS, Sala II, n.º 459/2019, de 14 de octubre.

produzca violenta y públicamente para conseguir cualquiera de los fines enumerados en el art. 472 CP<sup>54</sup>.

De todos los elementos del delito de sedición, el que ha generado un mayor debate interpretativo es el carácter *tumultuario* del alzamiento sedicioso. Mientras que se acepta pacíficamente que la acción de “alzarse” consiste en un “levantamiento, sublevación o insurrección”, es decir, en una revuelta o alboroto, y que hacerlo “públicamente” significa de modo “abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto”<sup>55</sup>, el significado del término “tumultuariamente” incluido en la descripción de la conducta típica no resulta nada claro. Así, la STS, Sala II, de 10 de octubre de 1980 señala que dicho término “equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado”. De este modo, la expresión “tumultuariamente” no añadiría nada al alzamiento público. No obstante, más adelante dicha sentencia añade que “los términos legales ‘alzaren’ y ‘tumultuariamente’, evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas, aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre”. Así interpretado, el término “tumultuariamente” destacaría el carácter *colectivo* del alzamiento sedicioso<sup>56</sup>. En resumen, la sedición se definiría como aquel *levantamiento o revuelta que se lleva a cabo abiertamente por una pluralidad considerable de personas para alguno de los fines del art. 544 CP*.

Pues bien, si nos fijamos en los hechos ocurridos el 20 de septiembre de 2017 ante la Conselleria de Economía de la Generalitat de Cataluña, tales sucesos, conforme se narran en la STS, Sala II, n.º 459/2019, de 14 de octubre, se acomodarían a la definición del delito de sedición que acabamos de ver. Y es que un grupo numeroso de personas reunidas ante la sede de dicha Conselleria se habría agolpado,

<sup>54</sup> Sobre la relación entre los delitos de rebelión y de sedición, *vid.* SANDOVAL, J. C., “La relación entre los delitos de rebelión y sedición. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP”, en: ALONSO RIMO, A. (Dir.), y COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 271-317.

<sup>55</sup> *Vid.* STS, Sala II, de 10 de octubre de 1980. La interpretación que esta sentencia hace de los elementos que componen el delito de sedición ha sido acogida por numerosos autores. *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTÓN, T. S., “Sedición”, en: VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 2063-2064; CUERDA ARNAU, M. L., “Delitos contra el orden público”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 737-738; URRUELA MORA, A., “Delitos contra el orden público I. Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia. Desórdenes públicos. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, en: ROMEO CASABONA, C. M.; SOLA RECHE, E., y BALDOVA PASAMAR, M. A. (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Granada, Comares, 2016, pp. 794-795.

<sup>56</sup> *Vid.* CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTÓN, T. S., “Sedición”, *cit.*, p. 2065; GARCÍA ALBERO, R., “Sedición”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 7.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1761-1762.

de manera perceptible por el público en general, para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, el cumplimiento de una resolución judicial de entrada y registro cuyo objetivo era descubrir e incautar material relacionado con el referéndum de autodeterminación convocado para el 1 de octubre de 2017.

El problema que plantea esta interpretación del delito de sedición es que choca frontalmente con el principio de proporcionalidad. Nos encontramos con un delito castigado con penas muy elevadas: cuatro a quince años de prisión (art. 545 CP), salvo que el alzamiento no entorpezca de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública o haya ocasionado la perpetración de otro delito grave, en cuyo caso disminuye la pena en uno o dos grados (art. 547 CP). ¿Se ajusta la gravedad de estas penas a la entidad de las acciones llevadas a cabo por la multitud el día 20 de septiembre de 2017 ante la sede de la Conselleria de Economía?

Si se acepta que para aplicar el delito de sedición es suficiente con que un grupo amplio de personas se reúnan de cara al público para impedir, “fuera de las vías legales”, la aplicación de las leyes, el cumplimiento de resoluciones judiciales o administrativas o el ejercicio de funciones públicas, el ámbito de aplicación del derecho de reunión se vería considerablemente cercenado, pues un buen número de las manifestaciones que se celebran en los espacios públicos poseen una connotación reivindicativa y subversiva encaminada al mencionado fin definitorio de la sedición. Y aunque obviamente se exige que dicho fin se materialice en vías de hecho, la indeterminación de su contenido permite incluir en el ámbito de aplicación del delito de sedición acciones de protesta como las que se llevaron a cabo el 20 de septiembre de 2017 ante la Conselleria de Economía —en este caso, reivindicando la celebración del referéndum de autodeterminación—<sup>57</sup> o las protagonizadas por los colectivos antidesahucios<sup>58</sup>. La amenaza de penas tan elevadas para este tipo de conductas —con la posibilidad, además, de acordar la prisión provisional de los acusados o investigados<sup>59</sup>— genera, desde

---

<sup>57</sup> Para la STS, Sala II, n.º 459/2019, de 14 de octubre, la simple negativa o resistencia *no violenta* a las actuaciones de los funcionarios públicos “por un conglomerado de personas en clara superioridad numérica [...] es por sí sola apta e idónea para colmar las exigencias típicas del delito de sedición” (FJ 4.5).

<sup>58</sup> Es más, si, como propone BAGES SANTACANA, el delito de sedición debe limitarse a los supuestos en los que la conducta de los sujetos activos está “dotada de determinadas connotaciones reivindicativas en el terreno político o social”, entonces solo se aplicaría tal delito en los casos en los que se cumple la función institucional del derecho de reunión, lo que supondría tratar con mayor severidad conductas limítrofes con el ejercicio de un derecho fundamental que acciones que no tienen relación alguna con ningún derecho. *Vid.* BAGES SANTACANA, J., “El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, p. 546. El propio Tribunal Supremo se ha referido a la “naturaleza o carácter político o social” del delito de sedición en la STS, Sala II, de 3 de julio de 1991, FJ 2.

<sup>59</sup> *Vid.* art. 503 LECrim.

luego, un efecto desalentador en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, pues los ciudadanos, ante el miedo a recibir un castigo tan severo, pueden decidir no participar en determinadas manifestaciones de protesta contra el orden establecido.

Precisamente para evitar tales consecuencias indeseables, un sector de la doctrina ha propuesto interpretar el término “tumultuariamente” en un sentido más restrictivo. Así, partiendo del planteamiento de QUINTANO RIPOLLÉS —quien entendía que dicho término aludía a un alzamiento llevado a cabo con “abierta hostilidad”, es decir, con “actos o propósitos de violencia”<sup>60</sup>—, se considera que lo que tipifica el delito de sedición es un alzamiento violento o intimidatorio<sup>61</sup>, es decir, un *levantamiento o sublevación que se lleva a cabo por una multitud de personas que ejecutan o dan cobertura a acciones violentas o intimidatorias con el fin de impedir la aplicación de las leyes, el cumplimiento de resoluciones o acuerdos judiciales o el ejercicio de funciones públicas*.

Aplicando esta nueva definición del alzamiento sedicioso a los sucesos ocurridos el día 20 de septiembre de 2017 en las inmediaciones de la Conselleria de Economía, considero que los mismos no fueron constitutivos de ningún delito de sedición, pues en ellos faltó el requisito de la violencia —física o psíquica— por parte de la *multitud*, ya que tanto el propósito de los organizadores como la conducta de la gran mayoría de los manifestantes fue de carácter pacífico<sup>62</sup>. La mera aglomeración de personas reunidas con el fin de impedir la aplicación de alguna ley, el cumplimiento de una resolución o el ejercicio de funciones públicas no puede ser considerada, por sí misma, una conducta *intimidatoria* propia del alzamiento tumultuario constitutivo de sedición, por mucho que del contexto en el que se desarrolle “pueda predicarse el potencial de la conducta para poner en entredicho el ejercicio de las

<sup>60</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966, p. 556.

<sup>61</sup> Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., “Delitos contra el orden público”, en: DEL MORAL GARCÍA, A., y SERRANO BUTRAGUENO, I. (coords.), *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*, t. II, 3.ª ed., Granada, Comares, 2001, pp. 2655-2656; BAUCCELLS LLADÓS, J., “Sedición”, en: CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II., Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 2511; LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra el orden público”, en: LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2017, p. 976; COLOMER BEA, D., “Perturbación del orden, rebelión y sedición. Especial referencia al proceso catalán”, en: ALONSO RIMO, A. (Dir.), y COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 257 y ss. Por su parte, QUINTERO OLIVARES y BAGES SANTACANA derivan el requisito de la violencia del delito de sedición del término “alzamiento”. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra el orden público”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Compendio de la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 544; BAGES SANTACANA, J., “El objeto de prohibición en el delito de rebelión...”, cit., p. 543. La STS, Sala II, de 3 de julio de 1991 también exige el elemento de la violencia al señalar que el delito de rebelión y el de sedición comparten “una idéntica dinámica tumultuaria y violenta” (FJ 2).

<sup>62</sup> Otra cosa son los episodios concretos de violencia que se pudieron cometer por individuos aislados, constitutivos, en su caso, de delitos de atentado, daños, etc.

funciones administrativas o el cumplimiento de las resoluciones administrativas o judiciales, al afectar seriamente a las posibilidades de su desenvolvimiento”<sup>63</sup>. En este ámbito, la intimidación debe entenderse como la amenaza por parte de la multitud de llevar a cabo actos de violencia<sup>64</sup>, lo que, de acuerdo con los hechos probados en la STS, Sala II, n.º 459/2019, de 14 de octubre, no se dio en los sucesos del 20 de septiembre de 2017 —ni en los del 1 de octubre, esto es, en la jornada de celebración del referéndum ilegal de autodeterminación—.

Ahora bien, esto no quiere decir que la conducta de los congregados frente a la Conselleria de Economía debiera haber quedado impune y que, en consecuencia, no pueda castigarse a aquellos que, sin mediar violencia o intimidación, traten de impedir el cumplimiento de una resolución judicial como una orden de entrada y registro. Por el contrario, dicha acción puede ser constitutiva de un delito de desórdenes públicos del art. 558 CP<sup>65</sup>, concretamente de una perturbación grave del orden en los actos públicos propios de una autoridad judicial. El asedio que durante varias horas sufrieron los miembros de la comisión judicial encargada de llevar a cabo las diligencias de entrada y registro por parte de un grupo amplio de los manifestantes reunidos ante la sede de la Conselleria de Economía puede encajar, en efecto, en la descripción de dicho delito<sup>66</sup>. En este caso, la pena máxima prevista es de seis meses de prisión, lo que explica la no exigencia de violencia o intimidación. Pero, también aquí, para evitar un posible efecto desaliento en el ejercicio del derecho de reunión —mucho menor, eso sí, que si se aplicaran las penas de la sedición—, los jueces podrían optar por imponer la pena de multa que se prevé en el art. 558 CP con carácter alternativo, en vez de castigar los hechos con pena de prisión.

---

<sup>63</sup> Para GÓMEZ RIVERO, parece que es suficiente dicha aptitud potencial para apreciar la existencia de un alzamiento sedicioso. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, M. C., *Revueles, multitudes y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 64 y 68-69. Así lo entiende también la STS, Sala II, n.º 459/2019, de 14 de octubre, FJ 4.5.

<sup>64</sup> *Vid.* COLOMER BEA, D., “Perturbación del orden, rebelión y sedición...”, cit., p. 258. De igual opinión: REBOLLO VARGAS, R., “Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2018, p. 174. En cambio, JAVATO entiende que en los hechos del 20 de septiembre de 2017 desarrollados ante la Conselleria de Economía “estaría presente un cierto grado de intimidación pues se produce un ‘cerco’ evidentemente hostil a la comisión judicial que pretendía practicar una serie de diligencias judiciales de entrada y registro”, con lo que el mencionado autor parece asumir un concepto más amplio de intimidación que el que aquí se sostiene. *Vid.* JAVATO MARTÍN, A. M., “El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de Derecho comparado”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 126, 2018, p. 82.

<sup>65</sup> Art. 558 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta”.

<sup>66</sup> *Vid.* COLOMER BEA, D., “Perturbación del orden, rebelión y sedición...”, cit., pp. 260 y ss.

#### 4. Conclusión

El término “tumultuariamente” incluido en el delito de sedición (art. 544 CP) constituye un buen ejemplo del denominado *chilling effect* (“efecto desaliento”), pues muestra cómo una norma penal, aplicada de determinada manera, puede disuadir a los ciudadanos de ejercer en el futuro un derecho fundamental como es el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). Este efecto indeseable que puede producir una norma penal es responsabilidad compartida del legislador —creador de dicha norma— y del juez —su intérprete y aplicador—<sup>67</sup>. En primer lugar, el legislador tiene el deber de describir los tipos penales de forma taxativa, evitando la utilización de términos vagos o ambiguos como el que acompaña al alzamiento público constitutivo de sedición. Pero, en aquellos casos en que el legislador no cumple con su deber, el juez debe interpretar tales términos de modo que en el supuesto de hecho de la norma penal solo recaigan aquellas acciones cuya gravedad sea proporcional a las penas que se prevén para su castigo. Además, el juez debe adecuar el *quantum* de la pena a las circunstancias concretas del hecho delictivo, tomando en consideración la posible conexión de la conducta del sujeto o sujetos encausados con el ejercicio de un derecho fundamental.

No hay que confundir el efecto desaliento de las normas penales con la función preventiva de la pena. Obviamente, cuando el legislador castiga como delito una determinada conducta es porque quiere evitar que los ciudadanos lleven a cabo dicha conducta. En este sentido, puede decirse que mediante la amenaza de la pena se *desalienta* al potencial infractor de cometer el correspondiente hecho delictivo<sup>68</sup>. Esto es un efecto deseable de la pena. Lo que resulta indeseable es la aplicación desproporcionada de una norma penal a una conducta ilícita *próxima* al ejercicio legítimo de un derecho fundamental, pues en ese caso el exceso de pena producirá un efecto disuasorio respecto del ejercicio futuro de ese derecho fundamental<sup>69</sup>. Castigar el entorpecimiento de una diligencia de entrada y registro o de un desahucio con una pena de multa difícilmente va a generar dicho efecto, pero este seguramente se producirá si lo que se impone en tales casos es una pena de prisión de larga duración como la que prevé el delito de sedición.

<sup>67</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., “Proporcionalidad penal...”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007.

<sup>68</sup> Vid. BILBAO UBILLOS, J. M., “La excarcelación tenía un precio...”, cit., p. 336.

<sup>69</sup> Vid. CUERDA RIEZU, A., “Proporcionalidad, efecto desaliento...”, cit., p. 253.

En resumen, la doctrina del efecto desaliento pone de relieve la dimensión institucional de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión y del derecho de reunión. En la medida en que el ejercicio de estos derechos contribuye a formar una opinión pública y a favorecer el pluralismo político en la sociedad, dicho ejercicio debe ser promocionado por los poderes públicos (art. 9.2 CE) y, en consecuencia, deben evitarse todas aquellas medidas —legislativas o judiciales— que sitúen al ciudadano ante el dilema de ejercitar o no un derecho fundamental como si de una actividad de riesgo se tratase<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> *Idem.*

## Bibliografía

- ALEX Y, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y principio de efectividad: Claves interpretativas”, en: REVENGA, M, y CUENCA, P. (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 191-218.
- BAGES SANTACANA, J., “El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 511-588.
- BARRANCO, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “Sedición”, en: CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II., Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 2509-2516.
- BILBAO UBILLOS, J. M., “La excarcelación tenía un precio: el tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 58, 2000, pp. 277-342.
- CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTÓN, T. S., “Sedición”, en: VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 2062-2068.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “De los derechos y deberes fundamentales”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 199-211.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- COLOMER BEA, D., “Perturbación del orden, rebelión y sedición. Especial referencia al proceso catalán”, en: ALONSO RIMO, A. (Dir.), y COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 247-269.
- COLUMBIA LAW REVIEW, “The Chilling Effect in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, vol. 69, n.º 5, 1969, pp. 808-842.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Delitos contra el orden público”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 737-782.
- CUERDA RIEZU, A., “Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L., y HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 237-255.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.
- DYNIA, P. A., “Chilling Effect”, en: SCHULTZ, D., y VILE, J. R. (eds.), *The Encyclopedia of Civil Liberties in America*, vol. 1-3, Londres/Nueva York, Routledge, 2015, pp. 161-163.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

- GARCÍA ALBERO, R., “Sedición”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 7.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1759-1767.
- GAVARA DE CARA, J. C., “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, pp. 277-320.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- HUERTA TOCILDO, S., “Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 897-929.
- JAVATO MARTÍN, A. M., “El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de Derecho comparado”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 126, 2018, pp. 51-87.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra el orden público”, en: LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2017, pp. 975-1016.
- LOPERA MESA, G. P., “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 67, 2005, pp. 11-37.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 32, 2000, pp. 125-144.
- MEDINA GUERRERO, M., “Artículo 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador”, en: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 1456-1472.
- MIR PUIG, S., “Derechos humanos y límites del Derecho penal”, en: BERISTAIN, A., y CUESTA, J. L. (comps.), *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Donostia, Instituto Vasco de Criminología, 1985, pp. 461-479.
- MIR PUIG, S., “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, en: ECHANO BASALDÚA, J. I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pp. 349-366.
- MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, en: AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 393-417.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., “Delitos contra el orden público”, en: DEL MORAL GARCÍA, A., y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coords.), *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*, t. II, 3.ª ed., Granada, Comares, 2001, pp. 2653-2767.
- NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *InDret*, n.º 2, 2010.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en: LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 911-986.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso ‘Aturem el Parlament’”, en: BACIGALUPO SAGGESE, S.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., y ECHANO BASALDUA, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho penal (homenaje al profesor Miguel Bajo)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 1233-1256.

PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho penal y administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, en: CUERDA ARNAU, M. L., y GARCÍA AMADO, J. A. (Dir.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 63-82.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L., “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 65, 2003, pp. 46-91.

PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n.º 71, 2004, pp. 47-72.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966.

QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra el orden público”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Compendio de la parte especial del Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 543-556.

REBOLLO VARGAS, R., “Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2018, pp. 139-177.

RIDAO MARTÍN, J., *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

RUIZ-JARABO, P., “Los derechos fundamentales de los poderes públicos: de la legitimación en el proceso a la limitación en el poder”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 9, 2003, pp. 139-163.

SANDOVAL, J. C., “La relación entre los delitos de rebelión y sedición. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP”, en: ALONSO RIMO, A. (Dir.), y COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 271-317.

SCHAUER, F., “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, *Boston Law Review*, vol. 58, 1978, pp. 685-732.

URRUELA MORA, A., “Delitos contra el orden público I. Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia. Desórdenes públicos. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, en: ROMEO CASABONA, C. M.; SOLA RECHE, E., y BALDOVA PASAMAR, M. A. (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Granada, Comares, 2016, pp. 793-816.