

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEFERENTE EN MATERIA PENAL (TRES EJEMPLOS DE RENUNCIA AL CONTROL MATERIAL SOBRE EL DERECHO A CASTIGAR)  
*DEFERENTIAL CONSTITUTIONAL CONTROL IN CRIMINAL MATTERS (THREE EXAMPLES OF WAIVER OF THE SUBSTANTIVE CONTROL OVER THE RIGHT TO PUNISH)*

*María Luisa Cuerda Arnau*

*Catedrática de Derecho penal  
Universidad Jaume I de Castellón*

RESUMEN

El trabajo analiza tres polémicas sentencias del Tribunal Constitucional español que ponen de manifiesto que se está produciendo una involución en el control constitucional de los límites penales impuestos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, lo cual es especialmente preocupante cuando afecta a la crítica política o social.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, libertad ideológica, crítica política, proporcionalidad, control constitucional, Derecho penal.

ABSTRACT

This paper analyzes three controversial judgments of the Spanish Constitutional Court that show that there is an involution in the constitutional control of the criminal limits imposed on freedom of expression and other manifestations of freedom of thought, which is especially concerning when it affects political or social criticism.

KEYWORDS

Freedom of expression, freedom of speech, freedom of thought, political criticism, proportionality, constitutional control, criminal law.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.038>

# EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEFERENTE EN MATERIA PENAL (TRES EJEMPLOS DE RENUNCIA AL CONTROL MATERIAL SOBRE EL DERECHO A CASTIGAR)

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho penal  
Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. El control constitucional de las sentencias condenatorias 2. La STC 177/2015, de 22 de julio: la quema de la foto de SS.MM. los reyes. 3. La STC 190/2020, de 15 de diciembre: la llamada a la quema de la bandera española. 4. La STC 133/ 2021, de 24 junio: el «*asalto al Parlamento de Cataluña*». 5. Conclusiones. Orientación bibliográfica.

## 1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Nuestro Tribunal Constitucional se ha caracterizado históricamente por ser extraordinariamente cauteloso a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes penales. Como observa Lascuráin (2016), la estrategia de política constitucional se ha caracterizado

por la firmeza en la declaración de principios, y el TC ha sido tan estricto en el dibujo del marco constitucional como deferente en el juicio final de inclusión en el mismo de las normas impugnadas. Tanto es así que las escasas sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de normas penales sustantivas o bien limitan el alcance de tal declaración (STC 235/2007), o bien se refieren a normas que ya estaban derogadas (SSTC 67/1998, 136/1999 y 53/1994), o, en fin, fundan la tacha de inconstitucionalidad en la vulneración de la reserva formal de ley orgánica (SSTC 160/1986, 119/1992 y 162/1996). Esta tendencia es especialmente evidente cuando lo que se objeta a la ley es la infracción del principio de prohibición de exceso en cualquiera de sus vertientes (adecuación al fin, necesidad o proporcionalidad estricta) y, por ello, las mayores críticas a este «control de mínimos» van referidas a lo que ha considerado un enjuiciamiento de la proporcionalidad «orientado únicamente a extirpar exabruptos» (Lopera Mesa, 2006: 571). De hecho, el único caso de declaración de inconstitucionalidad de la ley por esta causa es el de la polémica STC 136/1999, y en relación con un precepto ya derogado al tiempo de estimarse el amparo (art. 174 bis a del CP de 1973). La razón de semejante autorrestricción no es otra que el reconocimiento del papel constitucional que corresponde al legislador como depositario de la soberanía popular, que no puede ni debe ser usurpado por el TC, cuya legitimación democrática carece, por otra parte, de la fortaleza que sí tiene la del poder legislativo. Eso es algo en lo que todos, tanto críticos como defensores de esa actitud deferente, coinciden (Lopera, Lascuráin, Jiménez Campo, González Beilfuss, Bernal Pulido, Vélez Rodríguez, entre otros). Ahora bien, sin discutir el hecho de que el TC debe autorrestringirse, especialmente en relación con la ley, en sus votos particulares a la STC 107/1996, de 12 de junio, los magistrados discrepantes tienen razón cuando afirman que una cosa es respetar los lógicos límites de la jurisdicción constitucional frente a la libertad de configuración del legislador democrático y otra muy distinta convertir tal deferencia en una suerte de canon de constitucionalidad que termina provocando una abdicación misma de la propia jurisdicción constitucional sobre la ley, pese a que, por quererlo así la CE, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce pueda considerarse nunca ajeno a dicho Tribunal.

En suma, como de manera tan sintética como exacta se ha dicho, del TC se pretende no un control deferente sino «[...] un control constitucional “a secas” esto es, uno que sea efectivamente tal» (Crespo, 2020: 114).

Y si esto es así en relación con la ley, con mayor razón lo es en aquellos casos en los que el control de constitucionalidad se proyecta sobre actos de aplicación de la ley, que son los que aquí serán objeto de análisis, ya que en todos ellos lo que se discute no es la norma en sí, sino su aplicación al asunto sometido a enjuiciamiento. Concretamente, en lo que sigue nos detendremos en tres sentencias que, a mi modo de ver, ejemplifican paradigmáticamente la renuncia del Tribunal Constitucional a ejercer un verdadero control de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de la injerencia penal.

## 2. LA STC 177/2015, DE 22 DE JULIO: LA QUEMA DE LA FOTO DE SS.MM. LOS REYES

Pese a la relevancia de este caso, me referiré muy brevemente al mismo porque ya ha sido objeto de análisis por parte de destacados especialistas que han sido extraordinariamente críticos con el TC tanto por extender a la familia real la protección que la sanción penal del discurso del odio pretende dispensar a colectivos vulnerables como por los excesos en que incurrió al reelaborar los hechos probados y considerar que el acto simbólico de la quema de la foto era una incitación a la violencia contra la persona de los reyes (por todos, Alcacer Guirao, 2018 y Presno Linera, 2018).

Como es harto conocido, los hechos consistieron en la quema de una fotografía de los reyes puesta boca abajo en el centro de una plaza con presencia de algunas decenas de personas, suceso acaecido tras una concentración ciudadana convocada en protesta por la visita de los reyes a la ciudad de Girona y encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». A consecuencia de lo anterior, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera —artífices encapuchados de la quema— fueron condenados como autores de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal (CP) a la pena de quince meses de prisión, posteriormente sustituida por multa.

Como con gran acierto dijeron los magistrados discrepantes (Asúa, Valdés, Xiol y Roca), la STC 177/2015 es criticable desde diversos puntos de vista. A saber:

*i)* Banaliza el sentido y alcance del discurso del odio, pues «[...] equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública» (Asúa).

*ii)* Reelabora y reinterpreta los hechos declarados probados por la jurisdicción ordinaria —lo que de por sí ya es grave— para llegar a afirmar que los reyes corrieron un peligro cierto, pese a que «[...] extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los reyes es un paralogismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional» (Xiol).

*iii)* Sustituye la delimitación constitucional de los derechos fundamentales afectados por el siempre imprevisible recurso a la ponderación, olvidando que lo que se enjuiciaba era la expresión de unas convicciones antimonárquicas realizadas en un espacio público y al término de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del monarca a Cataluña, sin que en ningún momento se produjeran conflictos o altercados de ningún tipo. De haber procedido a enjuiciar si los hechos se incardinaban en el ámbito constitucional de los derechos afectados (arts. 16 y 20 CE), habría llegado a la conclusión de que la conducta merecía el amparo por estimar que aquella representaba un ejercicio legítimo de

tales derechos o por entender, subsidiariamente, que representaba una extralimitación en el ejercicio de los mismos que, pese a ello, no merecía la sanción penal.

*iv)* Otro de los grandes desaciertos de la sentencia fue eludir este juicio subsidiario: la renuncia al control de la proporcionalidad de la reacción, esto es, a analizar si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal gravedad que resultaba justificado acudir a la sanción penal. Reducir ese juicio a constatar que la sanción privativa de libertad fuera sustituida por una multa penal es quedarse muy corto. Ciertamente, la naturaleza y gravedad de la sanción debe tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad, pero no basta a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, «[...] ya que, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales» (Xiol)

Como era de esperar, el TEDH condenó a España (STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018) apelando a los principios fundamentales consagrados en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (§ 29 a 35), de los que ahora interesa destacar los siguientes:

*i)* El artículo 10.2 del Convenio no deja apenas margen para restringir la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político —en el que aquella adquiere la más alta importancia— o en cuestiones de interés general.

*ii)* Es legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes, pero la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades dar muestras de contención en la utilización de la vía penal.

*iii)* Una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y el elemento esencial que debe considerarse es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio.

*iv)* Otorgar a un jefe de Estado una singular protección en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio.

En aplicación de estos principios, el TEDH concluyó que la conducta fue un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión por cuanto se enmarcaba en el ámbito de la crítica política —y no personal— de la institución de la monarquía, no incitaba al uso de la violencia, no fue acompañada de acciones violentas ni de alteraciones del orden público ni, en fin, constituyó un discurso de odio (con toda razón, López Guerra se muestra muy crítico con esta ampliación del concepto de discurso de odio; téngase en cuenta, por otra parte, que el TEDH nos ha recordado nuevamente la hipertrofia del discurso de odio en nuestra jurisprudencia constitucional en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, sentencia de 22 junio 2021).

Pese a tan contundente condena, el TC reproduciría el método y conclusiones alcanzadas en la resolución comentada al resolver un asunto que entró en el Tribunal el 27 de mar-

zo de 2018, esto es, pocos días después de hacerse pública la STEDH del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. El asunto —una condena por ultrajes a la bandera— guarda un evidente paralelismo con el de la quema de las fotos, pues en ambos estamos ante actos de menosprecio a las instituciones o símbolos y en los dos el ejercicio de la libertad de expresión es conexo a la libertad ideológica, todo lo cual, sin embargo, no produjo en la mayoría del TC el efecto que racionalmente cabía esperar. A analizar la suerte del referido recurso se dedican las líneas siguientes.

### 3. LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE: LA LLAMADA A LA QUEMA DE LA BANDERA ESPAÑOLA

La STC 190/2020, de 15 de diciembre conoció del recurso de amparo interpuesto por el condenado contra la condena por un delito de ultrajes a España del art. 543 CP a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el art. 53 CP. El recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal —única acusación personada en la vía judicial previa y a la que la sentencia «eclipsa» (Ollero)—, se desestimó, si bien formularon votos particulares discrepantes los magistrados Ollero (ponente original de la causa), Xiol y Conde-Pumpido y las magistradas Balaguer y Roca.

Los hechos, sucintamente expuestos, son los siguientes:

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

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

El demandante invocó de forma conjunta sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), pero el Tribunal Constitucional desestimó el amparo por entender, en primer término, que no existió ejercicio legítimo de las libertades invocadas, pues, de ser así, esa conducta no podría ser objeto de sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal. En segundo lugar, el TC descartó asimismo la tesis de que, aunque la conducta supusiese una

extralimitación de los derechos en cuestión, podía ser encuadrada dentro de su ámbito, lo que habría obligado a enjuiciar si la injerencia penal era o no proporcionada.

En cuanto a la primera cuestión, el TC rechazó categóricamente que la conducta por la que fue condenado el recurrente constituyera una manifestación del legítimo ejercicio de los derechos invocados, conclusión que apoyó en una débil argumentación a la que llegó sirviéndose del nunca suficientemente criticado «método» de la ponderación, entendido no como la ponderación de razones en la adopción de una decisión concreta, sino como un procedimiento destinado a afirmar o negar la existencia de un derecho. Hacer depender el contenido mismo del derecho de la ponderación en el caso concreto es tanto como convertir al juez en árbitro de su contenido esencial, lo que, cuando va referido a la jurisdicción ordinaria, resulta, si cabe, mucho más problemático (Vives). Esa fue, sin embargo, la opción acogida por el TC: aunque repasó de manera impecable la doctrina constitucional relativa al método de delimitación (no de ponderación) de los derechos fundamentales y del control constitucional de las decisiones que les afectan (FFJJ 3 y 4), luego dio un salto en el vacío cuando afirmó aplicar todo ello al caso concreto. La desconexión entre los fundamentos jurídicos precedentes y el quinto es clamorosa, pues difícilmente casa con ellos la *ratio decidendi*, que podríamos condensar del siguiente modo: de un lado, la expresión «puta bandeira» y la llamada a prenderle fuego encierra un mensaje de rechazo y menosprecio hacia la enseña nacional y a los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella; de otro, aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas. En palabras del propio TC:

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

Una vez excluida la posibilidad de que la conducta constituyera un legítimo ejercicio de los derechos invocados, el TC declaró ser consciente de que con ello no se colmaba el control constitucional, por cuanto, como dice en el FJ 5:

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

Tan atinada consideración quedó nuevamente reducida una declaración meramente formal que no se aplicaba materialmente al caso, ya que resolvió la cuestión haciendo uso de los mismos criterios que le habían servido para excluir que la conducta perteneciese

al núcleo indudable de exclusión del art. 20 en su conexión con el art. 16. Este es el hilo argumental:

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

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

Por lo demás, el TC consideró que la respuesta penal prevista en el art. 543 CP resulta proporcionada a la entidad de la conducta, habida cuenta de que la pena prevista en el precepto es de multa, que se aplicó la multa mínima contemplada en el mismo y que la cuota diaria había sido abonada, lo que evitó la prisión sustitutoria prevista para casos de impago.

A mi modesto entender, la resolución comentada es un ejemplo mayúsculo de ausencia de finura jurídica y pobre argumentación. Nadie discute que las expresiones fueran ofensivas, pues, de no serlo, no precisarían reclamar protección constitucional. Pero queda por dilucidar, en primer término, si son realmente innecesarias y, aun en el caso de serlo, si la sanción penal de las mismas es una medida proporcionada en una sociedad democrática. Ninguno de los dos problemas se resuelve, a mi modo de ver, con solvencia. De un lado, porque la crucial pregunta de si la conducta se desarrolla dentro de los márgenes del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) se aborda sin conceder *de facto* la debida relevancia al hecho de que la conducta expresiva estuviera protagonizada por un representante sindical, tuviera lugar en el contexto de una reivindicación laboral y se desarrollara no solo sin violencia, sino también sin la posibilidad real de prender fuego a la bandera (izada a metros de altura) y generar con ello desórdenes públicos. Existían, pues, buenas razones para defender que la conducta entraba dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión en conexión con la libertad ideológica al poder ser interpretada como una manifestación de crítica social y política con la que se trataba de presionar a la Administración para que solventase el conflicto laboral existente.

En su defecto, también existían poderosas razones a favor de admitir que no estamos ante uno de esos casos en que la conducta queda absolutamente fuera de las fronteras del Derecho, sino que pertenece al ámbito material de los derechos alegados, aunque se trate de una extralimitación de los mismos. Siendo así, una inveterada doctrina constitucional favorable a la efectividad real de los derechos fundamentales exige, como sabemos, enjuiciar la proporcionalidad de la injerencia. Aplicado lo anterior al caso de autos, lo cierto es



que el TC no es convincente cuando niega a la conducta cualquier conexión con los derechos fundamentales alegados, de suerte que, a sus efectos, lo mismo habría dado si la crítica se hubiese manifestado, por ejemplo, arrojando piedras a la bandera con riesgo para los militares participantes en el acto. El TC equipara, pues, actos que desnaturalizan el derecho alegado con otros que, aun pudiendo representar un abuso, pertenecen al ámbito material del derecho, por lo que pudiendo ser sancionados, deben serlo proporcionadamente. En cuanto a este punto, no resulta adecuado que el control constitucional de la proporcionalidad quede reducido a la fiscalización de la clase de pena con la que se conmina el hecho. Con ello se desoye la propia doctrina constitucional acerca del efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción que, como es sabido, se vincula, en primer término, al recurso al Derecho penal en lugar de aplicar mecanismos sancionadores de menor gravedad.

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

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

Así lo reconoce la propia sentencia en su fundamento jurídico cuarto, pero es obvio que se trata de una proclamación vacía que, de haber sido verdaderamente considerada, habría llevado al TC a no prescindir del juicio de proporcionalidad. O mejor: a no limitar ese juicio al *quantum* de la pena, omitiendo el paso previo, que es el de enjuiciar si aplicar la norma penal al caso es compatible con la efectividad de los derechos fundamentales afectados, esto es, si es constitucionalmente legítimo.

En suma, este es uno de esos casos en que la intervención penal resulta un desatino. En primer término, porque, por las razones ya expuestas, el acto comunicativo puede ser considerado legítimo ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, procedía la aplicación de la eximente séptima. En todo caso, aun si tal cosa no se admite y se estima que estamos ante una extralimitación de su ejercicio, el ordenamiento autorizaba al juez de instancia

a aplicar la exigente incompleta, mecanismo que, al menos, habría permitido hacer efectivas, siquiera en parte, las exigencias de la proporcionalidad sin vulneración alguna de la legalidad, frente a la cual, como es obvio, el juez ordinario no puede oponer juicio de proporcionalidad alguno. En cuanto a esto último, la posición de la justicia constitucional es otra. El TC, ya que rechazó ver en la conducta el legítimo ejercicio de un derecho, pudo y debió declarar que recurrir al Derecho penal para sancionar el contenido comunicativo de un acto simbólico —que, a lo sumo, es un exceso, pero no desnaturaliza los derechos alegados— constituye, en todo caso, una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática.

#### 4. LA STC 133/ 2021, DE 24 JUNIO: EL «ASALTO AL PARLAMENTO DE CATALUÑA»

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

Por lo que respecta a los hechos concretamente imputados a los demandantes de amparo, el FJ 5 b) de la propia STC 133/ 2021 los resume en estos términos:

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

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

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

La Audiencia Nacional [sentencia 31/2014, de 7 de julio, Sección Primera; presidente Ramón Sáez Valcárcel (*Tol 4424314*)] absolvió a los acusados por estimar que les amparaba el ejercicio legítimo de los derechos de manifestación y reunión, de modo que, sin realizar juicio alguno sobre la tipicidad, apreció como causa de justificación la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). La sentencia fue anulada en casación y los acusados fueron condenados como autores de un delito contra las instituciones del Estado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena [STS 161/2015, de 17 de marzo; presidente Manuel Marchena y voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez (*Tol 4770855*)]. El Tribunal Supremo aplicó su conocida teoría de la ponderación, de la que en este caso salió triunfante —podría haber sido a la inversa— el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes vulnerado por los acusados (FJ b, 5 c). Por su parte, el Tribunal Constitucional desestimó todos y cada uno de los motivos de amparo en una resolución en la que, una vez más, se detecta la renuncia a un verdadero control de la proporcionalidad reclamado, incluso, por el Ministerio Fiscal —que, al igual que en la STC 190/2020, apoyó la estimación del recurso, lo que ya habla por sí mismo—. También en este caso, la sentencia contó con la discrepancia de un número relevante de magistrados (Roca, Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido).

A mi modo de ver, ninguna de las tres resoluciones aborda el problema desde una óptica correcta. La sentencia de instancia no acertó al declarar que los excesos verbales y los alardes gestuales de los manifestantes constituían un legítimo ejercicio de los derechos de manifestación y reunión en conexión con la libertad de expresión ni al otorgar prevalencia a tales derechos frente al de participación política (art. 23 CE), prevalencia de la que constitucionalmente carecen. Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional interpretaron el art. 498 CP extensivamente, es decir, de un modo incompatible con las exigencias de la legalidad y la prohibición de exceso y, a la postre, con la efectividad de los derechos fundamentales afectados.

Por lo que respecta a la Audiencia Nacional, estimo que apelar a la causa de justificación atribuyó a los derechos de manifestación y reunión un alcance que va mucho más allá de la delimitación constitucional de los mismos. Por otra parte, ya que la Audiencia entendió que los hechos constituían un ejercicio legítimo de los derechos arriba citados, era innecesario — y perturbador — recurrir a la «doctrina del desaliento» para fundamentar la absolución (*vid.* F.J. 2.1.2). En la medida en que la conducta constituye el ejercicio legítimo de un derecho, no puede ser sancionada, de modo que no es necesario recurrir a la doctrina de la proscripción del desaliento para brindarle protección. La doctrina del desaliento entra

en acción subsidiariamente para dar cobertura a los casos de extralimitación en el ejercicio de un derecho cuya sanción penal (en el sí o en el *quantum*) puede producir ese efecto, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley o imponer la pena para evitar una reacción desproporcionada. Al apelar a tal doctrina para fundamentar la absolución, la sentencia de la Audiencia Nacional resulta algo confusa, y eso explica algunas de las duras críticas que se le han dirigido (no precisamente las que destilan animadversión personal hacia el ponente y se alinean con los que, ante cualquier desorden, estiman que los derechos fundamentales deben ser los primeros sacrificados). En todo caso, aunque no se comparta la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, lo cierto es que toma partido a favor de la libertad y solo por ello ya es una sentencia mejor que las del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional; esta última ratificó una condena que vulneró la presunción de inocencia, condenó por hechos ajenos e interpretó la ley penal al margen de la recta aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. En lo que sigue, dejaremos de lado cuestiones tan trascendentes como los límites a la revocación de sentencias absolutorias, así como otras objeciones formuladas por los demandantes, para centrarnos en el problema de la desproporcionalidad de la reacción, pues el enjuiciamiento de los hechos, no se olvide, motivó el dictado de una sentencia condenatoria que impuso la pena de tres años de prisión. Nuevamente, el TC renuncia *materialmente* al control de proporcionalidad y ni siquiera se plantea abordar la cuestión desde la perspectiva de su propia doctrina sobre la proscripción del desaliento, toda vez que, a juicio de la mayoría, la conducta queda absolutamente extramuros de los derechos de reunión y manifestación, zanjando con ello *a limine* el debate acerca de si el recurso al Derecho penal en un caso de estas características es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática.

Cierto es que en el fundamento jurídico séptimo de la STC 133/2021 se realiza un análisis de la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad, pero, a la postre, todo queda reducido a un control meramente formal que no toma en la debida consideración la afectación que una injerencia penal de esa entidad aplicada a un caso como el que nos ocupa supone en los derechos fundamentales a las libertades de reunión, manifestación y expresión de todos los ciudadanos. Este es, a mi juicio, un ejemplo inmejorable del efecto desalentador que el Derecho penal puede producir en el legítimo ejercicio de derechos, toda vez que, dada la levedad de las concretas conductas imputadas a los condenados, es fácil que la mayoría de ciudadanos colijan que manifestarse representa un alto riesgo, pues lo determinante no es tanto la conducta individual que se despliegue cuanto el contexto en que se realiza, extremo que excede del control propio y que, sin embargo, determina, como dijo el Tribunal Supremo, la relevancia penal de las conductas enjuiciadas. Precisamente, los magistrados discrepantes hacen reiterada referencia a ese efecto al fundamentar sus votos particulares. Tal es el caso del voto conjunto de Juan Antonio Xiol y M<sup>a</sup> Luisa Balaguer, quienes concluyen su argumentación en los siguientes términos:

«[...] consideramos que, en el presente caso, la injerencia en el derecho de reunión de las personas demandantes de amparo mediante el recurso a la sanción penal resulta desproporcionada atendiendo a las circunstancias de que (i) la concentración tenía unos objetivos y características de desarrollo que habían sido debidamente comunicada a la autoridad competente [...] (ii) la

concentración, con carácter general, tuvo un carácter pacífico tanto en su convocatoria como en su desarrollo al margen de situaciones esporádicas de tensión; (iii) la conducta de las personas condenadas a prisión no era propiciar una paralización de la acción legislativa sino mostrar a los representantes políticos su disconformidad con las líneas ideológicas en que se sustentaba el proyecto de presupuestos a aprobar [...] sin que se aprecien actos concluyentes de obstrucción o impedimento violento para el acceso a la sede parlamentaria, y (iv) la concentración tuvo como consecuencia respecto de la sesión parlamentaria un mero retraso no significativo y una alteración del orden del día que no impidió su normal desarrollo.

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

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

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

El propio Tribunal Constitucional reitera tal doctrina en la sentencia que nos ocupa (FJ. 7. 2.1). La cuestión, sin embargo, es que, como en otras ocasiones, elude aplicar ese canon mediante la asunción de la idea de que la conducta sometida a enjuiciamiento no tiene relación alguna con los derechos fundamentales alegados. En este caso, la mayoría del Tribunal estima que la invocación de tales derechos es «[...] un pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos». Se trataría, pues, de uno de esos casos en los que el hecho queda fuera de las fronteras del derecho, hasta el punto de desnaturalizar su ejercicio, lo que lo sitúa al margen de cualquier amparo constitucional (FJ 7.2.2). Sin embargo, creo que están en lo cierto los magistrados discrepantes que entienden que, si bien las conductas no constituyen ejercicio legítimo de los derechos reconocidos en los arts. 20 y 21 CE, el TC erró al considerar que las mismas desnaturalizaban el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación hasta el punto de convertirlas en irreconocibles y, por ende, situar a aquellas al margen del contenido material del derecho.

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

Entender que simples imprecaciones o actos de confrontación gestual realizados en el curso de una manifestación suponen que la conducta quede absolutamente al margen de esas libertades públicas por el hecho de que se desarrollen en un contexto de violencia generado por terceros supone reconocer, primero al legislador penal y posteriormente al juez, un margen de acción incompatible con la efectividad de esos derechos, margen del que legítimamente disponen, por ejemplo, cuando sancionan al manifestante que muestra su queja quemando contendores o arrojando piedras a la entidad bancaria objeto de la protesta. La diferencia que media entre ambas clases de conductas me parece tan obvia que no creo preciso detenerse más a justificar que las segundas deben considerarse una extralimitación del ejercicio de los derechos en cuestión. Ante estos casos, el legislador está obligado, en primer término, a reconsiderar si su tipificación —o, en su defecto, la sanción asociada a la misma— es constitucionalmente legítima o si, por el contrario, provoca un efecto desalentador del ejercicio de los derechos afectados que convierte la injerencia en un sacrificio innecesario y desproporcionado de los mismos. Por su parte, el juez está obligado, en primer término, a realizar una interpretación tan restrictiva como el principio de legalidad permita para excluir del ámbito de lo prohibido conductas muy cercanas al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales o, en su defecto, a utilizar cuantas herramientas pone en su mano la legislación para evitar reaccionar desproporcionadamente (mecanismos de atenuación, suspensión de la condena o solicitud de indulto). En el caso aquí analizado,

dos eran las opciones de la jurisdicción ordinaria. La primera —y preferible—, interpretar el art. 498 conforme a las exigencias derivadas del principio de legalidad en inmediata conexión con la prohibición de exceso, interpretación que, sin forzar en modo alguno el tenor literal del mismo, obligaba a entender que los actos sometidos a enjuiciamiento no alcanzaron la gravedad exigida por el tipo aplicable (Paredes). Así lo razonó el magistrado Andrés Ibáñez en el voto particular a la STS 161/2015:

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

Andrés Ibáñez añade un argumento basado en la interpretación histórica del precepto:

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

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

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

No obstante, aun si se optase por afirmar la relevancia penal de la conducta, ello no exoneraría sin más al juez de atender a las exigencias de la prohibición de exceso, exacerbadas en los casos en que la conducta es limítrofe con el ejercicio de derechos. Concretamente, como ya señalé en su momento (Cuerda, 2007), y como también sostiene en su voto el magistrado Conde-Pumpido, nuestro ordenamiento pone en manos de la justicia ordinaria herramientas que permiten evitar sancionar con penas tan severas esta clase de

conductas. Sin necesidad de recurrir al mecanismo extraordinario del indulto, el Código Penal español ofrece al juez la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho, previsión legal a la que el art. 68 CP anuda la imposición de «[...] la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley», una previsión legal que hubiera dado paso a la suspensión, atemperando así la reacción penal a la menor antijuridicidad de las conductas enjuiciadas. Desde luego, la cuestión no es sencilla, dado que en estos casos se incrementa la complejidad que de suyo comporta la asignación de una naturaleza accidental o esencial a los requisitos ausentes, que es, a mi juicio, lo que explica que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestren reacias a apreciar esta eximente incompleta. Aun así, la ilicitud no es un obstáculo insalvable para la apreciación de la eximente incompleta (menos aún, la circunstancia atenuante análoga a la incompleta, incluso como muy cualificada), de suerte que, en casos como el que nos ocupa, el juez debe decidir en función de que aprecie una material y sensible disminución del injusto, lo que no solo viene dado por la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, sino también por el número y entidad de los derechos fundamentales afectados por la sanción; en nuestro caso, los de reunión, manifestación y expresión. Pese a todo, y como se lamenta Conde-Pumpido, dicha posibilidad legal no fue examinada en la decisión condenatoria al determinar la sanción imponible, de modo que, «[...] en definitiva, por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política» (Conde-Pumpido, FJ 3.2 ii, *in fine*).

## 5. CONCLUSIONES

Ni el legislador —al redactar la ley— ni el juez penal —al aplicarla— pueden desconocer los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Por tal razón, el primero no puede tipificar conductas que, *como regla general*, constituyan ejercicio legítimo de un derecho. Por tanto, si una incorrecta técnica legislativa sanciona como delito conductas que, con carácter general, representan *sic et simpliciter* el ejercicio legítimo de un derecho, el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad son la mejor salida. Fuera de esta hipótesis, esto es, si, bajo ciertas condiciones, la conducta tipificada puede ser catalogada como el ejercicio de un derecho, el juez deberá absolver aplicando la eximente séptima.

Ahora bien, lo anterior no basta, puesto que la lesión de un derecho también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que se relacionan con su ejercicio, desconociendo con ello la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal —en el sí o en el *quantum*— del exceso. Por lo que al legislador afecta, eso sucede, de un lado, si recurre a la sanción penal para castigar conductas levemente ofensivas y muy cercanas al legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, de otro, si decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Lo mismo ocurre cuando se interpretan y aplican esos mismos tipos de manera extensiva, desconociendo los requerimientos de la prohibición de exceso y olvidando que las exigencias derivadas del principio de legalidad cobran mayor vigor en estos casos por su conexión con el derecho fundamen-



tal. Por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la determinación de la pena, lo que obliga al juez a hacer uso de cuantas herramientas pone en su mano la ley para atemperar la reacción punitiva.

En suma, la proscripción del desaliento, en cuanto componente de la proporcionalidad de la reacción, se alza como un límite constitucional esencial que se impone no solo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Lo dicho no supone cuestionar que el principio de división de poderes exige, de un lado, el reconocimiento al legislador del amplio margen que su posición constitucional le otorga a la hora de diseñar la política criminal, y, de otro, la obligación del juez de aplicar la norma sin discutir la oportunidad de la misma y, por descontado, respetando el principio de legalidad, frente al cual no puede el juez ordinario enarbolar proporcionalidad alguna, de modo que, si estima que la norma es manifiestamente desproporcionada, plantear la cuestión de inconstitucionalidad se revela como el único mecanismo del que dispone para alzar su voz frente a la ley. Con todo, la división de poderes no exonera al Tribunal Constitucional de realizar un control de constitucionalidad que, con justicia, merezca tal nombre. Una cosa es respetar los lógicos límites de la jurisdicción constitucional frente a la ordinaria —y, más aún, frente a la libertad de configuración del legislador democrático— y otra muy distinta convertir tal deferencia en una suerte de canon de constitucionalidad que termina provocando una abdicación misma de la propia jurisdicción constitucional. En relación con esta cuestión, quisiera cerrar estas reflexiones con unas palabras de Tomás y Valiente en las que subrayaba que «[...] nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que estos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo» (1989, 32-33). Siendo esto exacto, no hay que olvidar que, por quererlo así la CE, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce puede considerarse nunca ajeno al Tribunal Constitucional.

## ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

### I. Sobre el principio de proporcionalidad y la intensidad del control de constitucionalidad, *vid.*, entre otros:

AGUADO CORREA, María Teresa (1999): *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid: Edersa.

ÁLVAREZ GARCÍA, José Javier (1999): «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», *La Ley*, 5, 2053-2059.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1998): «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 15-50.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005): «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *Revista Española de Derecho Constitucional* 74, 2005, 417-444.

- (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (1997): «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Estudios en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 447-493.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2020): «Constitución y sanción penal», en *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Madrid: Reus, 3-34.
- DE OLIVEIRA ROCHA, Luiz Octavio (2000): «El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las normas penales el amparo a la mesa de HB», *Cuadernos de Política Criminal*, 70, 229-244.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005): «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 59-106.
- DOMÍNGUEZ VIGUERA, Manuel (1992): «Enjuiciamiento constitucional de la proporcionalidad de la pena», *La ley*, 3, 64 y ss.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2002): «Los principios del Derecho procesal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas» [en línea] <www.iustel.com/biblio.asp.>.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999): «El TC y el principio de proporcionalidad», *El Mundo*, 22 de julio.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor: Aranzadi.
- JAÉN VALLEJO, Manuel (1986): «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *Revista General del Derecho*, 507, 4923-4936.
- JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa (2005): «La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia: Facultad de Derecho, Universidad de Valencia-Tirant lo Blanch, 389-406.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen (2011): *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes*, Madrid: Colex.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1998): «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 159-190.
- (2016): «El control constitucional de las leyes penales», en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 351-377.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y Maximiliano RUSCONI (2014): *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires: AdHoc.
- LOPERA MESA, Gloria P. (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal (Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2010): «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», en S. Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (1998): «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 119-142.
- MIR PUIG, Santiago (2002): «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en J. I. Echano Basaldúa (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 349-366.
- NAVARRO FRÍAS, Irene (2010): «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret*, 2.
- PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto y Victoria ORTEGA BENITO (1990): «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana», *Poder Judicial*, 17, 69-100.
- PÉREZ TREMPES, Pablo (1985): *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel (1994): «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal», *La Ley*, 4, 1114-1124.

SERRA CRISTOBAL, Rosario (1999): *La guerra de las Cortes*, Madrid: Tecnos.

TOMÁS VALIENTE, Francisco (1995): «La Constitución y el Tribunal Constitucional», en M. Rodríguez-Piñero (coord.), *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 13-34.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis A. (2016): «El control de constitucionalidad de las leyes penales ante el embate irracionalista de la política criminal», en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz, J. (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 379-404.

## II. Sobre el enjuiciamiento de la proporcionalidad en el TEDH, entre otros:

FASSBENDER, Bardo (1998): «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 51-74.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1994): «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado», *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2021): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

## III. Sobre el debate acerca de la ponderación como criterio de solución de los conflictos entre derechos fundamentales, entre otros:

ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO (2016): *Un debate sobre la ponderación*, Lima: Palestra.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 9-30.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2011): *Fundamentos del sistema pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

## IV. Sobre el efecto de desaliento en la jurisprudencia constitucional, entre otros:

COLOMER BEA, David (2019): «La doctrina del efecto de desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, p. 97 y ss.

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

CUERDA RIEZU, Antonio R. (2002): «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en J.L. Díez Ripollés et al. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 237-256.

## V. Sobre el uso y abuso del discurso del odio por parte de la jurisprudencia constitucional, vid., con ulteriores citas:

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio: discurso intolerante y protección penal de las minorías*, Madrid: Marcial Pons.

– (2018): «Opiniones constitucionales», *Indret*, 1.

CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018): *El discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LANDA GOROSTIZA, Jon M. (2018): *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LAURENZO COPELLO, Patricia (2021): «No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio», en P. Laurenzo y A. Daunis (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Granada: Comares, 257-284.

MIRÓ LLINARES, Fernando (coord.) (2017): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2021): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ROIG TORRES, Margarita (2020): *La delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco (2020): *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Madrid: Dykinson.

#### **VI. Sobre los casos analizados, entre otros:**

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/201, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en M.L. Cuerda Arnau y J.A. García Amado (coords.), *Protección del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 193-210.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel M (2016): «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (solo) de ponderación», en M.L. Cuerda Arnau y J.A. García Amado (coords.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 171-192.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2018): «Crónica de una condena anunciada. El Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del rey», *Teoría y realidad constitucional*, 42 (ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 539-549.

– (2021): «Breves consideraciones sobre el caso «hai que prenderlle lume á puta bandeira» [en línea] <<https://presnolinera.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/>>.

VALERO, Ana (2021): «A puta bandeira o la autodestrucción de un Tribunal», *Infolibre*, 17 de enero [en línea] <<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5957>>.

**Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.**

**Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.**