

EL EFECTO DISUASORIO (*CHILLING EFFECT*) SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

The chilling effect on the exercise of civil rights in the Spanish constitutional case law

JOAQUÍN URÍAS

Universidad de Sevilla

urias@us.es

Cómo citar/Citation

Urías, J. (2023).

El efecto disuasorio (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional.

Revista Española de Derecho Constitucional, 129, 305-336.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.10>

Resumen

El Tribunal Constitucional español lleva décadas afirmando que la Constitución rechaza el «efecto desaliento» sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Es una noción que tomó de los sistemas estadounidense y europeo. Sin embargo, su uso en la jurisprudencia es diverso y ambiguo. A menudo se invoca en el marco de un juicio de proporcionalidad, pero, en ocasiones, parece presentarse también como una prohibición absoluta que puede suponer la inconstitucionalidad de una acción o incluso de una norma. Este estudio intenta sistematizar los usos jurisprudenciales de la noción, vinculada estrechamente al sentido institucional de los derechos, para concluir en qué consiste exactamente, cuándo cabe apreciarla y qué efectos conlleva.

Palabras clave

Teoría de los derechos fundamentales; *chilling effect*; libertad de expresión; proporcionalidad.

Abstract

For decades the Spanish Constitutional Court has been affirming that the Constitution rejects the 'chilling effect' on the exercise of fundamental rights. It is a notion that he borrowed from the American and European systems. However, its use in the Spanish case law is diverse and ambiguous. It is usually invoked as a consequence of a proportionality judgment, but on occasions it also seems to be presented as an absolute prohibition that can mean the unconstitutionality of an action or even of a regulation. This study tries to systematize the jurisprudential uses of the notion, strictly linked to the institutional meaning of rights to conclude what exactly it consists of, when it can be appreciated and what effects it entails.

Keywords

Civil rights; chilling effects; freedom of expression; proportionality.

SUMARIO

I. ORÍGENES EXTERNOS: 1. El *chilling effect* en Estados Unidos. 2. Recepción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. II. USOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: 1. Los primeros casos decisivos. 2. Varios usos jurisprudenciales. 3. Hacia la recuperación de la categoría: las conductas cercanas al derecho. III. UNA TEORÍA DEL EFECTO DISUASOR: 1. El ámbito del *chilling effect*: la dimensión institucional de los derechos. 2. Consecuencias de la interdicción del *chilling effect*: 2.1. *En abstracto. Taxatividad y proporcionalidad de las normas.* 2.2. *En la aplicación concreta. Conductas cercanas y objetivación de la desproporción.* BIBLIOGRAFÍA.

I. ORÍGENES EXTERNOS

Los derechos fundamentales constituyen la base sobre la que pivotan los contemporáneos Estados democráticos de derecho. Su garantía asegura la existencia de un espacio inexpugnable de autodeterminación personal que integra la esencia jurídica de eso que llamamos libertad. Al mismo tiempo, el reconocimiento de los derechos impregna todo el ordenamiento y determina también el modelo institucional de Estado constitucionalmente válido.

Más allá de su valor subjetivo como haz de facultades a disposición de los ciudadanos, los derechos contribuyen a dibujar los objetivos constitucionales del Estado. Así, conllevan un mandato implícito a los poderes públicos para asegurar un medio ambiente jurídico en el que puedan desarrollarse con la máxima plenitud.

La consecuencia más evidente de este valor es, quizá, la prohibición de las conductas estatales que causen un efecto desalentador sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trata de una interdicción que históricamente se ha hecho especialmente evidente a propósito de la libertad de expresión —seguramente por las dificultades históricas para definir su contenido efectivamente protegido—, pero que afecta a todos los derechos. Por influencia estadounidense, de este tipo de acciones estatales vetadas se suele decir que son las que tienen un *chilling effect* (literalmente, escalofriante), aunque nuestro juez constitucional habla indistintamente de efecto desaliento, o desalentador, o disuasorio¹.

¹ En la jurisprudencia constitucional hasta diciembre de 2022 aparecían veinticuatro menciones de la expresión «efecto desaliento», veinte de «efecto desalentador» y dieciocho de «efecto disuasor». En alguna ocasión suelta se habla también de efecto

En estas páginas se va a tratar de estudiar cómo se utiliza actualmente esta categoría en el derecho constitucional español. Sin embargo, es necesario comenzar con una referencia muy somera al origen y el sentido de la institución fuera de nuestras fronteras.

1. EL CHILLING EFFECT EN ESTADOS UNIDOS

La teoría del *chilling effect* tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Se remonta a mediados del siglo xx y surge inicialmente como un contrapeso a la legislación anticomunista. La noción aparece por primera vez en una sentencia del Tribunal Supremo en 1952² y pronto se extiende a numerosas decisiones en materia de libertad de expresión. El objetivo declarado era proporcionar a este derecho un necesario «espacio vital que le permita sobrevivir»³ atacando el «efecto paralizador» del ejercicio de las libertades de la primera enmienda generado por la vaguedad, la amplitud y la discreción excesiva a la hora de limitar su ejercicio (*Columbia Law Review*, 1969: 808-842). Se utiliza, así, para anular normas generales especialmente abiertas que pueden refrenar a los ciudadanos en el uso de su libertad de expresión ante el temor de resultar incluidos en su ámbito de acción. De este modo, el Tribunal Supremo quiere proteger no solo al litigante actual, sino a todos aquellos que se encuentran en una situación similar y que, en consecuencia, puedan verse igualmente afectados por la existencia de la norma en cuestión. Una exigencia previa, pues, es que quien recurra represente a un grupo cuyos derechos de la primera enmienda estén amenazados⁴, lo que permite subrayar las consecuencias que la decisión del Tribunal tendrá para otros en situación similar a la del demandante.

disuasivo. La expresión americana no se usa nunca, salvo citando literalmente las alegaciones de alguna demanda de amparo. Con ocasión de la cita de jurisprudencia europea se ha traducido como «efecto escalofriante» (STC 30/2022, de 7 de marzo, FJ 5).

² Asunto *Wieman v. Updegraff*, 344 US 183, 195 (1952). Se trataba del caso presentado por un grupo de empleados del instituto mecánico y de agricultura de Oklahoma despedidos por negarse a realizar un juramento en el que se incluía la declaración de no ser comunistas. En la opinión concurrente del juez Felix Frankfurter se decía que eso tenía un efecto desalentador sobre los profesores: «[...] unmistakable tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought especially to cultivate and practice».

³ «The necessary “breathing space to survive”», según el voto particular del juez Brennan en *Walker v. City of Birmingham*, 388 US 307 (1967), citando *Jacobs v. New York*, 388 US 431, 434 (1967).

⁴ *Dombrowski v. Pfister*, 380 US 479 (1965), que es, sin duda, el *leading case* del tema en esta época.

Inicialmente —como se ha dicho— en Estados Unidos se aplicó durante la era McCarthy para anular algunas normas dirigidas a identificar a presuntos comunistas o subversivos. En *Baggett v. Bullitt* (1964), el Tribunal anuló el juramento de lealtad que exigía que los empleados del estado de Washington declararan que no eran miembros de supuestas organizaciones subversivas e imponía a los maestros jurar lealtad expresa al Gobierno de Estados Unidos. Al establecer que estas normas violaban los derechos de la primera enmienda de los empleados, que no podían saber con exactitud qué estaban jurando, el Tribunal declaró que «la amenaza de sanciones puede disuadir de modo casi tan fuerte como la aplicación real de sanciones». De la misma manera, se anuló la obligación de quienes querían recibir publicaciones comunistas de firmar en las oficinas de correos, aunque no implicaba ninguna sanción concreta (Askin, 2009).

Más adelante, la doctrina del *chilling effect* jugó un papel fundamental para determinar dónde deben trazarse las líneas que delimitan categorías como difamación, obscenidad e incitación, aclarando su sentido constitucional. Se trata de categorías abiertas en las que la jurisprudencia norteamericana no ha conseguido establecer unos requisitos claros de ejercicio, de forma que pervive cierta inseguridad jurídica que puede amedrentar a quien legítimamente quiera participar en el debate público. En este sentido se ha señalado que esta doctrina no es más que la combinación lógica de dos proposiciones simples, pero fundamentales. Primero, que todo litigio, y, de hecho, todo el proceso legal, está rodeado de incertidumbre, de manera que no es realmente posible predecir con precisión el resultado de ninguna confrontación judicial. Segundo, que una limitación errónea del discurso protegido es socialmente más perjudicial que una sobreextensión errónea de la libertad de expresión; eso se explica por el valor preferente de la primera enmienda y la libertad de expresión como fundamento de todo el ordenamiento jurídico (Schauer, 1978). Cuando existe una norma de carácter muy amplio que sanciona conductas expresivas, la falta de certeza crea miedo en los ciudadanos, que no saben si pueden llegar a resultar sancionados por esa norma. Ese miedo difuso los desalienta de ejercer el derecho. Últimamente se discute su aplicación a las restricciones impuestas por las grandes empresas que controlan las redes sociales (Bedi, 2021: 268-308), por cuanto, a la vista del papel imprescindible de las redes en la comunicación pública, también colaboran a desincentivar usos legítimos de la libertad de expresión.

2. RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El concepto fue rápidamente importado en Europa y aparece ya en los primeros años setenta en algunas sentencias del Tribunal Constitucional

Federal alemán⁵. De ahí pasó sin problemas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El concepto de *chilling effect* tal y como lo usa el Tribunal de Estrasburgo se aplica a la restricción de conductas que en sí mismas no son necesariamente ilegales (Baumbach, 2018: 98). Sin embargo, es difícil hallar una definición específica del término y lo cierto es que el Tribunal lo utiliza en muy diversos sentidos, sin una coherencia constante.

En general, suele hablarse de efecto disuasorio a propósito de restricciones o sanciones que dificultan la realización del objetivo y el sentido de las libertades de expresión y prensa. Se usó así, en primer lugar, para defender el secreto profesional de los periodistas en el sentido de que si estos se ven obligados a revelar su fuente se obstaculiza de manera grave su posibilidad de recoger información en el futuro⁶. A esa utilización, tan al estilo inicial norteamericano, le siguieron otras muchas en las que directamente el Tribunal europeo entiende que cuando se imponen sanciones que por sus consecuencias económicas⁷ o por implicar penas de prisión desalientan la discusión abierta sobre asuntos de interés público se vulnera el derecho garantizado en el art. 10 del Convenio. Incluso, por ejemplo, el anuncio por parte de una autoridad de que no va a volver a renovar el mandato de un juez a causa de sus expresiones sobre asuntos públicos puede tener un efecto disuasorio sobre el ejercicio de su libertad de expresión por parte de todos los jueces del país⁸. Y aunque generalmente parecería que la concurrencia de un efecto desalentador dependiera de la gravedad de las sanciones impuestas, la jurisprudencia más reciente va en la línea de que cualquier tipo de sanción, incluso una leve multa administrativa, a quien ejerce su libertad de expresión sobre asuntos de relevancia pública tiene un efecto disuasorio indeseable vetado por el Convenio⁹.

⁵ Vid. BVerfGE 54, 129, pp. 135-136: «Porque la condena a pagar daños y perjuicios no conduce únicamente a la satisfacción de una difamación yacente. Inevitablemente desarrolla efectos preventivos al someter la expresión de opiniones críticas a un alto riesgo financiero; puede así reducir la voluntad de ejercer la crítica en el futuro, y así producir efectos adversos en el libre debate intelectual que deben afectar el núcleo de las garantías constitucionales».

⁶ STEDH *Goodwin c. Reino Unido*, de 27 de marzo de 1996 (n.º 17488/90), 39.

⁷ Sin que sea necesaria una desproporción en la sanción. Así, en la STEDH *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov c. Ucrania*, de 2 de junio de 2016 (n.º 61561/08), se trató de una sanción modesta por referirse satíricamente a un político (§ 65).

⁸ STEDH *Wille c. Liechtenstein*, de 28 octubre de 1999.

⁹ Vid. STEDH *Bumbes c. Rumanía*, de 3 de mayo de 2022 (n.º 18079/15), § 101: «[...] la imposición de una sanción, administrativa o de otro tipo, por leve que sea, al autor de una expresión calificable como política puede tener un efecto disuasorio (*chilling*

En ocasiones, la mera existencia de una norma podría producir ese efecto, sin necesidad de aplicación a un caso concreto. Sucede, sobre todo, cuando se trata de normas abiertas cuyos efectos pueden ser extremadamente amplios. Un caso bien significativo es el de un profesor de Historia turco especializado en investigaciones sobre el genocidio armenio. Cuando publicó un artículo en un periódico criticando el enjuiciamiento de un profesor y activista armenio (luego asesinado) por denigrar lo turco fue él mismo acusado por idéntico delito. La Fiscalía desechó inicialmente los cargos entendiendo que no había escrito el artículo con la intención de denigrar a la nación turca, sino para apoyar a su colega, Hrant Dink, y expresar su opinión sobre la situación armenia. Sin embargo, poco después fue nuevamente acusado en dos ocasiones por los mismos hechos, aunque nuevamente la Fiscalía terminó desechando la acusación. Entonces acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que el riesgo continuo de ser procesado en virtud del delito de denigración del espíritu turco lo sometía a una presión constante que le impedía trabajar y escribir sobre la cuestión armenia. El Tribunal entendió que puede haber violación de derechos, incluso en ausencia de una medida individual de aplicación, cuando una persona corre el riesgo de ser procesada o es miembro de un grupo de personas que corre el riesgo de verse directamente afectado por la legislación. Consideró que el precepto legal era contrario a la libertad de expresión dada su vaguedad y la amplitud de su posible aplicación. Para ello tomó en cuenta el efecto desalentador sobre el ejercicio de la libertad de expresión que provoca el temor a una sanción incluso en el caso de una eventual absolución. Ese tipo de normas crea un miedo que desalienta de expresar opiniones similares en el futuro¹⁰.

La noción de *chilling effect* está ganando espacio en la jurisprudencia sin que para ello pese cierta indefinición conceptual que complica su utilización técnica. Se usa, en principio, como un concepto muy vinculado a la idea de proporcionalidad. No está claro a partir de qué momento la existencia o aplicación de normas jurídicas represivas de excesos en el ejercicio de la comunicación tienen un efecto desalentador sobre la emisión de contenidos protegidos. En todo caso parece evidente que hay una relación determinante entre la protección que merece la conducta castigada y la extensión de la sanción a la hora de apreciar la posibilidad de desaliento *pro futuro*. Más allá, el propio Tribunal, en ocasiones, ha rechazado que se dé un efecto disuasorio recurriendo a las evidencias del caso concreto (así, respecto a medidas contra

effect) indeseable en el discurso público (véase, *mutatis mutandis*, *Tatár y Fáber*, citado anteriormente, § 41)».

¹⁰ STEDH *Akçam c. Turquía*, de 25 de enero de 2012 (n.º 27520/07), § 68.

un periódico digital que no tuvieron impacto en el número de comentarios emitidos por los lectores), mientras que en otras prescinde de esa misma evidencia y se guía solo por su percepción de que eventualmente alguien podrá sentirse incitado a no ejercer legítimamente el derecho (Ó Fathaigh, 2017: 387-393). En muchos casos, la invocación del *chilling effect* es solo un modo de reforzar el argumento sobre la concurrencia de una violación del derecho en un sistema basado exclusivamente en la proporcionalidad.

En general, se trata de un concepto en expansión. No solo el Tribunal de Derechos Humanos, sino numerosas instituciones europeas, tiende a utilizarlo cada vez más (Pech, 2021) y —sin perjuicio de su aplicación respecto a otras libertades— en cierto modo se está convirtiendo en la manifestación típica en el ámbito europeo del principio por el que los poderes públicos están obligados a facilitar la libre circulación de ideas y tienen vedadas conductas que la restrinjan indebidamente. Es decir, del aspecto institucional de las libertades de expresión, prensa y creación.

II. USOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Históricamente, la idea de efecto desaliento —*avant la lettre*— ha estado presente en el derecho constitucional español a través de la prohibición, por ejemplo, del depósito de publicaciones periódicas en la Constitución de 1869¹¹. La obligación de depositar un ejemplar ante la autoridad no es una afectación restrictiva real sobre el derecho fundamental, pero, por su carácter indeterminado (no se sabe para qué se deposita, solo que la autoridad va a poder leer el ejemplar), tiene un efecto desalentador genérico sobre su ejercicio¹².

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tardó en asumir la categoría. La invoca por primera vez en 1984 en un *obiter dicta*, a propósito de la prueba ilícita, citando literalmente un párrafo de la jurisprudencia norteamericana¹³. Luego empieza a usarla esporádicamente para reforzar

¹¹ Ya durante la vigencia de la Constitución de 1837 algunos penalistas como Jacinto Félix Domenech criticaron la exigencia de depósito de los periódicos de la ley de imprenta porque suponía actuar ante «la mera posibilidad de delinquir». *Diario de Sesiones*, legislatura 1836-1837, apéndice 4.º al n.º 117, de 17 de febrero de 1837, cit. por Álvarez Cora (2017: 95).

¹² *Vid.* la STC 52/1983, de 17 de junio, FJ 5, sobre una norma autonómica que imponía el depósito administrativo de publicaciones, contraria a la Constitución, pues esta prohíbe todo tipo de censuras, hasta las más sutiles.

¹³ *Vid.* STC 114/1984, de 29 de noviembre, que cita literalmente la sentencia norteamericana *United States v. Janis* (1976).

sus argumentos sobre diversos derechos, entre los que destaca la libertad sindical¹⁴.

1. LOS PRIMEROS CASOS DECISIVOS

Curiosamente, mientras que en Estados Unidos la doctrina surge para moderar las leyes contra el comunismo, en España lo hace con ocasión de la legislación antiterrorista. En la STC 199/1987, a propósito de una cláusula de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, que implicaba el cierre de medios de comunicación cuando se admitiera una querrela contra ellos, el Tribunal Constitucional destacó «los efectos indirectos negativos de “autocensura” en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio», concluyendo que esa «disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho»¹⁵.

Sin duda, el asunto que alcanzó más repercusión doctrinal en esta primera época es el de la condena a la Mesa Nacional de HB por un delito de colaboración con banda armada¹⁶. Se trataba de la legitimidad de la aplicación a la difusión de un vídeo electoral del precepto del Código Penal que castigaba la colaboración con banda armada (el art. 174 bis CP de la época). En el vídeo aparecían personas armadas y a la vista de los mensajes el Tribunal Constitucional entiende que estos resultan intimidatorios, de manera que no se hallaban directamente protegidos por la libertad de expresión¹⁷.

Sin embargo, llamado a valorar la proporcionalidad de la sanción, el Tribunal Constitucional entiende que debe analizar si las normas en cuestión producen «un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la

¹⁴ Por ejemplo, SSTC 147/1989, de 21 de septiembre, FJ 5; 5/1993, de 14 de enero, FJ 2, y 189/1993, de 14 de junio, FJ 2.

¹⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹⁶ STC 136/1999, de 20 de julio.

¹⁷ Pese a la claridad de la sentencia para parte de la doctrina, el Tribunal opera partiendo de que el vídeo en cuestión no estaba completamente al margen de la citada libertad y planteaba un conflicto entre esta y las normas penales. *Vid.* Prieto Sanchís (2011: 18).

conducta sancionada». Y así, a la vista de las circunstancias del caso, concluye que «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas». A mayor abundamiento, destaca:

[...] ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos.

De esta manera, el juez constitucional —tal y como es habitual en el derecho comparado— viene a entender que la existencia de normas excesivamente amplias o ambiguas en su formulación susceptibles de castigar conductas comunicativas tiene un efecto desalentador sobre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. La idea causó bastante rechazo tanto entre los jueces disidentes de la sentencia como en parte de la doctrina científica. Un magistrado opinó en su voto particular que, «si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de “prevención general” propia de toda pena»¹⁸. En el mismo sentido, hay autores que se preguntan «por qué regla de tres la sanción penal, excesiva o no, de comportamientos ilícitos puede llegar a desalentar el ejercicio lícito un derecho fundamental» (Bilbao Ubbillos, 2000: 322).

Otra parte de la doctrina, sin embargo, ha destacado que en esta sentencia se afirma que «el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos». Parece, se dice, que la decisión diferenciara aquí entre el ámbito material y el ámbito

¹⁸ Voto particular que formula el magistrado Rafael de Mendizábal Allende a la STC 136/1999.

protegido del derecho (Martínez-Pujalte, 2006: 116) como dos realidades diferentes. La libertad de expresión protegida constitucionalmente no recogería todo lo que es libertad de expresión. Sin embargo, en realidad, ese párrafo no es más que una manera de aludir a conductas que, sin constituir un ejercicio legítimo de un derecho fundamental, están próximas a este (De Domingo Pérez, 2003), sobre todo porque comparten con él el medio de ejercerse: los actos comunicativos. Esa noción de «conductas cercanas» será fundamental para el desarrollo futuro de la interdicción de efecto desalentador en España. Entronca con la idea del contenido institucional de los derechos, más amplio que la conducta esencialmente protegida.

Pese a todo ello, resulta un tanto contradictorio que en el fallo de la decisión no se aluda a la violación de la libertad de expresión —ni siquiera en su vertiente puramente institucional—, sino que se declara exclusivamente la violación del derecho a la legalidad penal del art. 25 CE. De este modo, el efecto desaliento sobre un derecho fundamental lleva a estimar la violación del principio de certeza y previsibilidad implícito en la legalidad penal, pero no el propio derecho cuyo ejercicio resulta intimidado.

Hasta el momento, el caso de la Mesa Nacional de HB es el único, referido a las libertades comunicativas, en el que el efecto desaliento forma parte de la *ratio decidendi* de la sentencia y lleva a apreciar una lesión del derecho fundamental. Poco después, el Tribunal empieza a hablar con normalidad de «efecto disuasor o desalentador» del ejercicio de la libertad de expresión, citando jurisprudencia europea sobre el *chilling effect*.

Primero lo hace en el año 2000, con ocasión de un caso de condena por injurias; nuestro máximo intérprete de la Constitución recuerda entonces que el juez, al aplicar normas penales que castigan actos comunicativos, no puede «reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal». A eso lo llama «efecto desaliento»¹⁹, asentando, así, la que va a ser la denominación española de la figura.

En 2001, a propósito de la condena por calumnias contra unos activistas de los derechos humanos que denunciaron irregularidades en el seno de una prisión, el Tribunal recuerda que «la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1

¹⁹ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5.

CE»²⁰. En este caso el efecto desaliento parece utilizarse ya como una mera coletilla vinculada a la proporcionalidad y a la necesidad judicial de argumentar desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

2. VARIOS USOS JURISPRUDENCIALES

En las dos primeras décadas del siglo XXI es posible identificar distintas aplicaciones de la noción de *chilling effect* en la jurisprudencia constitucional, referidas a toda una variedad de derechos fundamentales: se sigue usando para evitar sanciones excesivas a acciones cercanas a las protegidas por el derecho subjetivo; además, sirve de presunción objetiva que impide sancionar a quien se encuentra en determinada situación formalmente vulnerable; también aparece simplemente asimilada a la proporcionalidad de las normas sancionadoras y su aplicación, y en ocasiones, se usa en cuanto exigencia de previsibilidad de las normas sancionadoras. Adicionalmente, a menudo se emplea como una cláusula retórica, sin ningún efecto propio, para enfatizar la inconstitucionalidad de cualquier lesión de un derecho fundamental como ejemplo de los efectos perniciosos que conlleva.

- a) Así, en primer lugar, es parámetro de la desproporción de las sanciones impuestas a acciones que, sin formar estrictamente parte del contenido protegido del derecho fundamental en su vertiente de derecho subjetivo, sí comparten su sentido constitucional y son tendencialmente cercanas al bien constitucionalmente protegido por este.

El mejor ejemplo de este uso es la sentencia dictada en un asunto de libertad de reunión en 2002. Se trató de un acto de campaña electoral que se había celebrado en un espacio no autorizado por la Junta Electoral, pero con una comunicación previa al ayuntamiento de la localidad. Cuando el promotor es condenado como autor de un delito electoral, el Tribunal Constitucional invoca la doctrina del efecto desaliento como *ratio decidendi* para concluir que no cabe derivar una consecuencia tan grave como la imposición de una condena penal a quien ha procurado cumplir, razonablemente, con las exigencias impuestas por el ordenamiento y evitar daños a terceros²¹.

En esta línea, el Tribunal destaca poco después que no basta con la constatación de que una conducta sancionada sobrepase las fronteras de la

²⁰ STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3.

²¹ STC 196/2002, de 28 de octubre

protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un efecto disuasor del ejercicio de los derechos implicados²². En estos casos —y otros similares²³—, evidentemente, la alusión al desaliento es un complemento del control de proporcionalidad estricto en los casos de sanciones a conductas no amparadas de manera estricta por un derecho fundamental, pero tendencialmente cercanas.

- b) En paralelo a este uso como refuerzo del control de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional invoca, en ocasiones, el efecto desaliento en el ámbito de la libertad sindical para justificar la especial protección de los representantes sindicales. Desde el año 2000, entiende que la exclusión de los representantes sindicales de algún beneficio que disfruta el resto de los trabajadores, incluso aunque tenga una causa objetiva, puede implicar «un efecto desalentador del ejercicio del derecho a la actividad sindical»²⁴. En estos casos es irrelevante la existencia o no de una intención antisindical, lo determinante es el efecto objetivamente disuasor aparejado a cualquier resolución desfavorable fundada en la condición de liberado sindical del empleado. Perjudicar a los representantes sindicales desanima a los trabajadores que querían ejercer esa función.

Más tarde, la presunción de que en determinados ámbitos las sanciones, de cualquier tipo, resultan desalentadoras, y, por tanto, están radicalmente prohibidas, se aplicará también al terreno de los funcionarios. Conforme a la doctrina que se desarrolla, no pueden ser sancionados administrativamente más que si incumplen sus deberes estatutarios. Esto es aplicable especialmente a los casos en los que funcionarios son castigados por verter expresiones críticas relativas a su ámbito laboral²⁵. En alguna ocasión, en este sentido, el efecto desaliento constituye la *ratio decidendi* que permite considerar inconstitucionales determinadas condenas a un profesor: «[...] al haber sido sancionado el recurrente en amparo por una conducta, que, según los hechos acreditados,

²² STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8.

²³ Así, por ejemplo, 104/2011, de 20 de junio, FJ 6: «[...] la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio».

²⁴ STC 70/2000, de 13 de marzo, FJ 5. Reiterado en las SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 7, y 241/2005, de 10 de octubre, FJ 5.

²⁵ 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 4.

no constituye un incumplimiento de sus deberes como funcionario, debe estimarse la vulneración del artículo 25.1 CE, evitándose así el “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales²⁶. En definitiva, la invocación de este efecto indeseado viene a blindar determinadas situaciones objetivando las sanciones posibles e incrementando la certeza jurídica en su desarrollo.

- c) En materia de control de leyes el efecto disuasorio de las normas se usa como un elemento para tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad estricta de determinadas disposiciones. Un caso típico es el de las dudas sobre la constitucionalidad de las tasas judiciales. En esa ocasión²⁷, el Tribunal Constitucional aprovechó para explicar el sentido, o al menos un sentido, de la noción de *chilling effect*. Evoca su origen norteamericano y su éxito en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculándolo siempre a la imposición de sanciones excesivas. Del mismo modo, al aludir a su propia jurisprudencia, sostiene que lo usa como «canon de ponderación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, casi siempre en relación con medidas restrictivas al ejercicio de derechos fundamentales sustantivos». A partir de ahí realiza un análisis de proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las medidas introducidas en la norma sometida a control.

Más tarde, en 2017, el efecto desalentador va a ser utilizado también en su sentido de proporcionalidad a la hora de enjuiciar en abstracto el contenido de la ley de la comunicación audiovisual de Cataluña. El art. 80.f de la ley imponía a los medios audiovisuales una obligación de veracidad de la información y exigía la separación clara entre información y opinión, imponiendo la obligación de indicar expresamente cuándo se estaba a la una o a la otra. El incumplimiento de estos mandatos podía conllevar una sanción de tres meses de suspensión del medio de comunicación en cuestión. Respecto a la suspensión por incumplimiento del deber de veracidad, entendido como contraste debido de las fuentes con la suficiente diligencia profesional, el Tribunal Constitucional la considera legítima, entendiendo que, al ser administrativa y no penal, no provoca ningún efecto desaliento sobre el ejercicio de la libertad de información.

Sin embargo, por lo que hace a la separación entre expresión y opinión, cree que, «en este caso, incluso la sanción administrativa se muestra

²⁶ STC 12/2018, de 8 de febrero, FJ 4.

²⁷ STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 10.

como excesiva o desalentadora del ejercicio del derecho fundamental». Lo justifica en «la dificultad de aceptar que una diferenciación cuya operatividad radica en la determinación de las conductas que se encuentran amparadas por una u otra libertad fundamental (expresión o información) encuentre su reflejo en una ley». Esa dificultad de diferenciar en la práctica ambas categorías vuelve casi imposible de cumplir la obligación legal. «El efecto desalentador del ejercicio del derecho que se deriva de esta previsión se percibe solo con tomar como ejemplo el caso de los debates o tertulias políticas en las que, de forma evidente, se mezclan ambas facetas, siendo desproporcionado exigir que en ese tipo de intervenciones se esté alertando en cada momento de cuándo se está ejerciendo la libertad de opinión y cuándo la libertad de información»²⁸. De ese modo, el argumento de fondo es que se impone una obligación muy difícil de cumplir y, por ello, resulta desproporcionado imponer cualquier tipo de sanción. Aunque, formalmente, el Tribunal parece que utiliza el *chilling effect* como *ratio decidendi*, en realidad, realiza un control estricto de proporcionalidad. No importa tanto que la sanción desaliente a quien quiera ejercer los derechos a la expresión o la información como que la amplitud de la conducta perseguida excluye cualquier previsibilidad, imponiendo una carga imposible de cumplir, implicando lo que el propio Tribunal Constitucional en otras ocasiones ha llamado «derroche inútil de coacción»²⁹.

En 2020, a propósito de unos activistas contra la reforma restrictiva del derecho al aborto que interrumpieron una ceremonia religiosa y fueron condenados por un delito contra los sentimientos religiosos, el Tribunal Constitucional se refiere a la interdicción genérica del efecto desaliento al enmarcar la cuestión que se le somete. Parece, en este caso, que lo vinculara al principio de legalidad penal y a la idea de «previsibilidad» de los tipos penales³⁰. Gran parte del razonamiento lo centra en analizar la interpretación por el juez *a quo* de los conceptos «interrumpir» y «vía de hecho». Esto permite al juez constitucional asumir una tarea inicialmente asignada al juez penal y, en su virtud, concluye que no son punibles las conductas que pudieran calificarse como impeditivas por momentos muy breves del acto religioso, si cesan inmediatamente. Sin

²⁸ STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5.

²⁹ STC 55/1996, FJ 8: «[...] un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho».

³⁰ STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 5.

embargo, entiende también que, en el caso concreto, «aunque la interrupción de la ceremonia religiosa solo durara unos minutos, perturbó gravemente su normal celebración, y con ello vulneró la libertad religiosa». De este modo, la idea de interdicción del efecto desaliento lleva a la prohibición de interpretación extensiva de los tipos penales. Esta, a su vez, termina por facultar al Tribunal Constitucional para repetir el juicio penal en lo que se refiere tanto a la interpretación abstracta de los tipos como a la subsunción en ellos de las conductas discutidas.

- d) Durante una época pareció que el uso que el Tribunal hacía de la categoría en cuestión iba a llevar a su completa desnaturalización. La jurisprudencia tendía progresivamente a ver la noción de efecto desaliento como una coletilla puramente retórica a la hora de señalar algo tan evidente como que las normas penales, administrativas o laborales no pueden castigar conductas que constituyan el ejercicio legítimo de un derecho fundamental³¹. Se trataría, simplemente, de otra formulación de la clásica afirmación, para el ámbito penal, de 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»³². Durante algunos años, el Tribunal Constitucional incluyó en sus decisiones alusiones al *chilling effect* en este sentido meramente retórico, vinculado a la interdicción de castigar conductas que constituyen el ejercicio de un derecho fundamental³³. En esta línea, se utiliza también en casos en los que se ha condenado por injurias a quien manifiesta ideas en ejercicio legítimo de la libertad de expresión³⁴.

Más preocupante resulta llegar a partir de aquí a la conclusión de que solo se produce un efecto desaliento cuando se castiga el ejercicio legítimo del

³¹ Por todas, STC 124/2005, de 23 de mayo, FJ 3: «La dimensión objetiva de los derechos fundamentales [...] impone a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho».

³² STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2.

³³ Así, por ejemplo, SSTC 110/2006, de 3 de abril, FJ 4; 196/2006, de 3 de julio, FJ 6, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3.

³⁴ SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 7, y 174/2006, de 5 de junio, FJ 6.

derecho. Es lo que sucede en 2015 a propósito de la condena a unos independentistas que durante una manifestación de tinte republicano quemaron una fotografía del monarca español colocada bocabajo. En esa decisión, al recopilar la teoría existente sobre las libertades ideológica y de expresión, se recuerda que, al aplicar los tipos penales, los jueces deben tener en cuenta el contenido protegido para evitar hacer del derecho penal un elemento disuasivo del ejercicio de los derechos. Esa comprensión, que solo ve disuasiva la vulneración judicial de derechos, se aplica más adelante con cierta crudeza. A la hora de analizar el fondo del asunto concreto, el Tribunal Constitucional viene a decir que, puesto que la condena no se basa en la ideología de los recurrentes, sino en la forma en que la expresaron, no cabe hablar de efecto desalentador:

[...] sin perjuicio del trasfondo antimonárquico de su comportamiento, de todo punto evidente, el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. En el ordenamiento español no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación que tuvo lugar inmediatamente antes de la comisión de los hechos sancionados. En suma, pues, la condena penal carece del proscrito efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica³⁵.

Este razonamiento viene a negar la existencia misma del efecto desaliento en la medida en que solo se produciría si las normas penales castigaran conductas claramente protegidas por el derecho fundamental, de tal modo que fueran en sí mismas inconstitucionales. Así entendida, la categoría no añadiría nada a la dogmática constitucional. De usarla como pura retórica se ha pasado a negarle todo sentido.

En 2016, con ocasión de la condena a un político vasco que había participado en un homenaje a un miembro de una banda terrorista fallecido cuarenta años atrás, vuelve a citarse de pasada el efecto desaliento al teorizar sobre la tarea interpretativa de los derechos que debe hacer el juez constitucional³⁶. Sin embargo, no se aprecia su concurrencia con el argumento de que, pese al carácter deliberadamente ambiguo de esa participación, se trató de un ejemplo de discurso de odio.

³⁵ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5.

³⁶ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.

Lo llamativo de estos asuntos es que se trata precisamente de casos muy relacionados con el nacimiento de la doctrina estadounidense del *chilling effect*, pues en ellos se castigan penalmente conductas comunicativas vinculadas al independentismo y, eventualmente, el terrorismo. La posibilidad de una censura del TEDH a las decisiones del Tribunal Constitucional en este tipo de casos puede estar detrás de las alusiones a una figura que para entonces se ha hecho habitual en la jurisprudencia europea. Aun así, se invoca de manera puramente testimonial, sin atribuirle ningún contenido sobre el que las sentencias deban indagar específicamente.

En 2020 vuelve a aparecer la idea de efecto desaliento a propósito de la condena por enaltecimiento del terrorismo a un cantante a causa de unos mensajes políticos publicados en una red social³⁷. Ahí, a la hora de teorizar sobre la «proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio de la libertad de expresión», dice el Tribunal, evocando jurisprudencia anterior, que «esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”»³⁸. Aquí no solo se parte de la confusa idea de que las normas penales pueden limitar los derechos fundamentales, sino que nuevamente se atribuye el desaliento tan solo a la violación del contenido esencial del derecho. Así entendido, se trataría de una construcción, como mínimo, superflua.

3. HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA CATEGORÍA: LAS CONDUCTAS CERCANAS AL DERECHO

Entrando ya en la tercera década de nuestro siglo, las referencias a la interdicción de efecto desaliento se han ido convirtiendo en una cláusula de estilo incluida en el apartado de teoría de la libertad de expresión de multitud de sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente en aquellos casos que previsiblemente pueden ser luego sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así parece suceder en algunas de las relativas a sanciones y condenas a los líderes del movimiento secesionista catalán en torno a octubre de 2017. Estas decisiones también han servido para que el Tribunal Constitucional,

³⁷ Sobre ello, *vid.* Valero Heredia (2021: 367-388).

³⁸ STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4.

obligado a responder alegaciones específicas sobre ello, empiece a construir una teoría del efecto desaliento.

Esencialmente, se recupera la idea de que la Constitución incluye un mandato de no perseguir conductas cercanas a las que protegen los derechos fundamentales. La cuestión esencial entonces es cómo definir esa cercanía. Se dice que «cuando el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, pero se aprecie inequívocamente que *el acto se encuadra en su contenido y finalidad* y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional», la gravedad que representa la sanción penal podría suponer una vulneración del derecho a causa de su efecto disuasorio³⁹. Es decir, ha de tratarse de acciones con la misma finalidad que el derecho fundamental entendido como derecho subjetivo, de modo que quedan cubiertas por la faceta del derecho como principio inspirador del ordenamiento. Eso se utiliza como criterio para valorar un posible uso desproporcionado de las normas penales ante «ciertos excesos en el ejercicio»⁴⁰ de los derechos fundamentales.

Se entiende que una conducta cercana no supone un mero exceso o extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales cuando tiene por objeto finalidades diferentes a las del derecho, como puede ser en estos casos la de neutralizar las decisiones de un tribunal. De modo que se trata simplemente de un comportamiento al margen del ejercicio del derecho⁴¹ y su sanción no produce ningún efecto sobre este.

Esta idea se desarrolla en la STC 184/2021, de 28 de octubre, sobre la condena por sedición de la que era presidenta del Parlamento de Cataluña. Ahí nuestro juez constitucional utiliza el criterio del nexo entre las acciones castigadas en el caso y las que podrían llegar a estar protegidas por el derecho fundamental; y solo puede haber efecto desaliento si se está ante una extralimitación de una actividad protegida. Es decir, que tenga elementos básicos en común con ella, aunque quede fuera de la delimitación constitucional que asegura protección. Así, a propósito del derecho a la participación política en relación con las funciones representativas de la recurrente como presidenta del Parlamento, se dice que lo que se castiga no es «una actuación extralimitada dentro de las funciones que

³⁹ La frase es de la 104/2011, de 20 de junio, FJ 6, pero se recupera en las SSTC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7 (Jordi Cuixart); 91/2021, de 22 de abril, FJ 11 (Jordi Turull); 106/2021, de 11 de mayo, FJ 11 (Josep Rull); 121/2021, de 2 de junio, FJ 12 (Jordi Sánchez); 133/2021, de 24 de junio, FJ 7 (Aturem el Parlament), y 170/2021, de 7 de octubre, FJ 8 (Artur Mas).

⁴⁰ STC 170/2021, de 7 de octubre, FJ 8.

⁴¹ STC 121/2021, de 2 de junio, FJ 12.5.2.3.a.

constitucional y estatutariamente tenía asignadas la demandante, sino de una conducta por completo fuera de ese ámbito». En ese punto la argumentación tiene solidez, en la medida en que los actos penados se habían desarrollado a nivel personal, más allá de la función representativa que ejercía la recurrente.

Lamentablemente, a la hora de analizar el efecto sobre la libertad de manifestación, el argumento se escora hacia la definición misma del derecho; viene a decir que, puesto que en las manifestaciones había actitudes hostiles hacia las autoridades, se trataba de *acciones ajenas* al haz de facultades que confiere el derecho de reunión⁴². Por ello, pueden ser castigadas como sedición sin que eso implique desalentar a quienes desean ejercer legítimamente el derecho. Resulta contradictorio que, de una parte, se reconozca que castigar la «extralimitación» en el ejercicio de un derecho puede ser desalentador, y, de otra, se diga que extralimitarse en este derecho concreto convierte la acción del ciudadano en ajena al derecho. Respecto a la libertad de expresión surge un criterio añadido: la condena no utiliza las expresiones proferidas por la recurrente como elemento del tipo delictivo, sino como pruebas de su compromiso con un plan de movilización. No se la ha condenado por sus ideas, sino por los actos realizados, de modo que tampoco hay efecto desalentador sobre la libertad de expresión, porque esta no se ha visto directamente afectada por la condena. Esta segunda argumentación supondría que solo puede apreciarse efecto desaliento si formalmente los actos sancionatorios se dirigen formalmente contra conductas similares a las protegidas por el derecho, introduciendo un requisito formal que casa mal con la idea de desaliento como efecto material de determinadas restricciones.

Estas vacilaciones llevan a pensar que el Tribunal Constitucional carece de una doctrina uniforme y solvente que permita discernir qué tipo de acciones del poder público resultan vedadas constitucionalmente por desalentar del ejercicio de un derecho fundamental. Sin embargo, a pesar de afirmaciones puntuales desconcertantes, lo cierto es que, en general, sí se está construyendo una cierta doctrina sobre el tema, aplicable a la mayoría de los casos. De esta última sentencia referida, que viene a sintetizar gran parte de la jurisprudencia anterior, puede deducirse que, para que haya efecto desaliento, hacen falta tres

⁴² FJ 12: «Considerar que concurre un alzamiento a tenor de la conducta de esos manifestantes y de otros que asimismo mantuvieron, cuando menos, una actitud de abierta hostilidad intimidatoria hacia los agentes o la comisión judicial y, en ocasiones, ejercieron violencia o fuerza; esto es, por su despliegue de conductas ajenas al haz de facultades que confiere el derecho de reunión, que no por las acciones pacíficas de los miles de ciudadanos a los que apela la recurrente de forma indiscriminada, no puede estimarse desalentador del ejercicio del derecho del que tanto se ha separado aquella actuación».

elementos: que la condena penal esté directamente conectada con una actividad, que esa actividad tenga un nexo directo con la protegida por un derecho fundamental, aunque pueda suponer una extralimitación, y que la condena sea lo suficientemente severa como para intimidar a personas que deseen ejercer ese derecho legítimamente⁴³.

A partir de ahí podría construirse una doctrina coherente. En la práctica, no obstante, el principal escollo parece ser la dificultad de interpretación de la noción de «acción que tiene un nexo con la protegida por un derecho y sin estar protegida tampoco resulta ajena a ella». Es ante esa dificultad que siguen surgiendo supuestos en los que solo se aprecia un nexo con el derecho fundamental cuando la acción es la protegida por el derecho, negándole así todo ámbito material propio al efecto desalentador. En ellos el juez constitucional afirma que «la condena penal no pudo vulnerar sus derechos [...] porque su conducta fue realizada al margen del ejercicio de estos derechos. Por lo tanto, no se ha de producir un efecto disuasorio de su legítimo ejercicio futuro a través de los cauces constitucional y legalmente establecidos»⁴⁴. El *chilling effect* sale así del espacio del mandato institucional implícito en cada derecho y se viene a identificar con el respeto mismo al contenido esencial.

En nuestra jurisprudencia constitucional, pues, el efecto disuasor oscila aún entre ser un daño colateral constitucionalmente prohibido de determinados actos y normas que persiguen conductas situadas en principio fuera de la protección constitucional o simplemente un perjuicio añadido a algunos actos ya prohibidos por vulnerar un derecho fundamental. Esta vacilación exige seguramente que se intente de algún modo reconstruir la categoría y dotar a su uso de cierta seguridad jurídica.

III. UNA TEORÍA DEL EFECTO DISUASOR

1. EL ÁMBITO DEL *CHILLING EFFECT*: LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

Más allá de las vacilaciones ocasionales de nuestro Tribunal Constitucional a la hora de definir su eficacia, lo cierto es que la idea de efecto

⁴³ «En supuestos de exceso o extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental puede llegar a plantearse la necesidad de ponderar si la sanción penal supone un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho o libertad del que se trate y, por ello, provoca un efecto desalentador».

⁴⁴ STC 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.

desalentador es una de las principales manifestaciones de lo que el propio Tribunal llama *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales y que no es otra cosa que su valor institucional.

El ordenamiento ofrece sobradas garantías frente a quien efectivamente impida ejercer o castigue las conductas protegidas por un derecho fundamental, en cuanto que derecho subjetivo que comparte la fuerza normativa de la Constitución (Cruz Villalón y Pardo Falcón, 2000). La vulneración del contenido esencial de un derecho es una acción evidentemente ilegítima sin necesidad de acudir a la categoría del *chilling effect*, por más que lógicamente cualquier violación de un derecho por parte de los poderes públicos pueda desalentar futuros ejercicios de este. Cuando el Tribunal deriva de la prohibición del efecto desaliento la conclusión de 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 una infracción»⁴⁵, está pensando en este daño colateral a cualquier lesión. Sin embargo, lo cierto es que el haz de facultades subjetivas en que se concreta el reconocimiento constitucional de un derecho está garantizado por la eficacia directa del derecho, con independencia de que su lesión desincentive o no futuros ejercicios. Es decir, que, en el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales, entendidos como normas de derecho, la prohibición del *chilling effect* no aporta ningún valor adicional.

En lo que afecta a la dimensión objetiva de los derechos, el reconocimiento de esta interdicción sí aporta efectos jurídicos nuevos y tangibles. La idea de que los derechos fundamentales tienen también valor institucional pone el acento en que estos suponen un elemento objetivo relevante del orden social y tienen una faceta institucional junto con su vertiente subjetiva⁴⁶. Cada derecho fundamental, a la vez que garantiza de manera absoluta unas facultades que pueden ejercerse con libertad y sin ninguna intromisión ajena, implica determinado modelo de Estado⁴⁷. Eso se concreta en una serie de mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos, que están obligados a facilitar, dentro de lo posible, un determinado modelo de sociedad. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan, además, esta

⁴⁵ *Vid.* la STC 124/2005, de 23 de mayo, FJ 3, cit. *supra*.

⁴⁶ Sobre esto, *vid.* Häberle (2003).

⁴⁷ La doctrina española destacó desde muy pronto que nuestra Constitución construye los derechos fundamentales tanto con derechos subjetivos como con la garantía de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que este ha de concretar (Baño León, 1988: 159).

dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico, ya 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 política⁴⁸. En nuestro sistema, la cláusula de Estado social del art. 1.1 CE, desarrollada en el art. 9.2 CE, al obligar a los poderes públicos a retirar los obstáculos que dificulten el desarrollo de la plenitud y la igualdad de todas las personas, refuerza el carácter imperativo del efecto institucional de los derechos fundamentales.

En el aspecto institucional de un derecho, concebido entonces como mandato de optimización, es posible identificar acciones estatales restrictivas de tal mandato que resultarán inconstitucionales solo si lo hacen de manera desproporcionada. El eventual efecto disuasorio de una medida estatal puede usarse como un elemento que permita apreciar esta desproporción. En palabras del 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 sancionada⁴⁹.

En el terreno específico de la libertad de expresión, mientras que la dimensión del derecho fundamental como derecho subjetivo asegura que la expresión de determinados contenidos está protegida de manera absoluta y no puede ser restringida en ningún caso porque constituye el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE), la dimensión objetiva obliga a garantizar —dentro de lo posible y armonizándola con otros derechos y principios constitucionales— la formación y existencia de una opinión pública libre, que requiere un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones⁵⁰, de modo que circulen sin obstáculos el máximo de contenidos de todo tipo. Este mandato se traduce en que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial la prohibición de disuadir la difusión de contenidos ideológicos con trascendencia social y la diligente, y por ello legítima, transmisión de información. Ello exige interpretar los tipos penales que

⁴⁸ *Vid.* ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3.

⁴⁹ STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8.

⁵⁰ STC 117/2015, FJ 2.a.

puedan afectar a la transmisión de ideas de tal modo que se permita un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor⁵¹.

La interdicción del efecto desaliento —en definitiva— no debe ponerse en relación con el respeto al contenido esencial del derecho, que, en cualquier caso, está siempre garantizado, sino con el mandato de fomentar y proteger otros contenidos expresivos. Solo en este aspecto es posible hablar de colisión de derechos (Alcácer Guirao, 2018: 31), entendida como colisión de mandatos de optimización, que por su propia naturaleza son indeterminados y tienden al infinito, y solo aquí se vuelve, por tanto, necesario el recurso al principio de proporcionalidad.

La restricción del *chilling effect* a la perspectiva institucional de los derechos tiene también consecuencias procesales. Esencialmente, que el posible desaliento no se orienta necesariamente hacia el propio afectado que invoca una restricción ilegítima de sus derechos, sino, sobre todo, hacia posibles futuros titulares del derecho. En este sentido, es necesario matizar algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional, notablemente en la STC 91/2021 y concordantes, donde parece entender que el efecto desalentador constitucionalmente relevante se proyecta directamente sobre los derechos del recurrente. En esa decisión, el juez constitucional —para descartar las alegaciones de que una condena penal tiene efecto desalentador— señalaba:

[...] en el contexto propio de un recurso de amparo que trae causa de un procedimiento penal seguido contra el demandante y otros acusados, no cabe dilucidar sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales de terceros a quienes el procedimiento penal no les ha afectado. Y ello, porque las resoluciones impugnadas en el presente recurso no han podido ocasionarles lesión alguna, al no haberse establecido ningún tipo de responsabilidad penal respecto de ellos⁵².

Evidentemente, es cierto que no cabe pronunciarse de oficio sobre vulneraciones efectivas de derechos fundamentales de terceros. Sin embargo, sí resulta imprescindible tener en cuenta los efectos de las sanciones juzgadas sobre otras personas que en el futuro quieran usar los derechos afectados. Es decir, la identificación de una posible desincentivación permite anular actos restrictivos de los derechos de una persona por el efecto que previsiblemente puedan tener sobre la voluntad de otras, sin necesidad de que lesionen

⁵¹ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5, a partir de una idea sugerida en la STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3.a.

⁵² STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 11.5.2.3.

directamente el contenido esencial protegido. La teoría del efecto desaliento implica, pues, constatar una lesión mediata: hay una vulneración actual de la dimensión objetiva del derecho a causa de los efectos lesivos futuros sobre otras personas. Desde esta perspectiva es necesario que se trate de una influencia sobre la voluntad de otros posibles titulares futura pero cierta. No es posible tomar en consideración un efecto eventual, que no sea seguro, so pena de convertir en preventiva la intervención de la justicia constitucional de tutela de los derechos fundamentales⁵³, obviando el principio de *self-restraint*.

2. CONSECUENCIAS DE LA INTERDICCIÓN DEL *CHILLING EFFECT*

A partir del análisis de la jurisprudencia realizado antes, es posible identificar dos situaciones esenciales en las que nuestro juez constitucional aprecia la concurrencia de efecto desalentador. Se refieren a momentos diferentes de la acción estatal, uno de carácter abstracto y otro concreto. Así, en el ámbito de la formulación de las normas sancionadoras se identifica esencialmente con la falta de taxatividad que puede hacer pensar al ciudadano que se vayan a castigar conductas protegidas. Junto con ello, en un ámbito más concreto relacionado con cada caso concreto y la aplicación misma de las sanciones, se identifica con la desproporción en el castigo de conductas cercanas a las protegidas.

2.1. *En abstracto. Taxatividad y proporcionalidad de las normas*

El ámbito propio del efecto desaliento parecería ser, *a priori*, el del control de constitucionalidad de las normas. Se trata de un mandato que debe respetar inicialmente el legislador en la definición de los tipos penales o las normas administrativas sancionadoras. La idea de fondo es que las normas legales no

⁵³ «El recurso de amparo no tiene carácter cautelar, ni alcanza a proteger eventuales lesiones no producidas (por todas, STC 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), exigiendo el inexcusable presupuesto de la violación de los derechos o libertades públicas mencionadas en el art. 41.1 LOTC. Este tribunal, desde su más temprana jurisprudencia (ATC 98/1981, de 30 de septiembre, FJ 4; y STC 77/1982, de 20 de diciembre, FJ 1), ha requerido como presupuesto inexcusable de la petición de amparo que esta se formule en razón de la existencia de una lesión efectiva, real y concreta a un derecho fundamental, lo que no sucede cuando lo que se contiene en la demanda es la mera invocación de un hipotético daño potencial». Por todas, STC 121/2021, de 2 de junio, FJ 12, citando la STC 177/2005, de 4 de julio.

deben despertar en la ciudadanía el temor a ser perjudicada por el ejercicio de sus derechos fundamentales. En derecho comparado esta interdicción se ha aplicado a normas administrativas que imponían deberes, como el de jurar lealtad de determinado modo o declarar sobre la propia ideología, susceptibles de provocar una discriminación basada en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. En nuestro país se ha vinculado más a la configuración de las normas penales. De hecho, la STC 136/1999 lo vincula con el principio de legalidad, referido a la necesaria claridad o precisión de los preceptos legales que castigan conductas comunicativas. Qué significa precisión es, en sí mismo, algo relativo e imposible de aprehender sin más⁵⁴. Además, por su propia naturaleza, las normas legislativas no pueden ser absolutamente precisas, de modo que es necesario permitir en ellas un cierto grado de apertura (Ferrerres Comella, 2002: 91; Colomer Bea, 2019: 105). Esto vuelve complicado el control de taxatividad, y, en ese punto, la idea de efecto desaliento, dentro de su vaguedad, podría servir como criterio para apreciar posibles excesos.

En el mismo terreno de control abstracto, también cabe imaginar que los efectos de la interdicción de disuasión del ejercicio legítimo de los derechos impongan un deber de proporcionalidad abstracta de las normas sancionadoras. Esto es a lo que se suele denominar proporcionalidad de las penas y que consiste, básicamente, en un juicio valorativo que pone en relación el daño causado por una conducta y el castigo que se le aplica. Es, en todo caso, una valoración difícil de realizar en la que no hay elementos precisos a los que acudir más allá del principio de mínima intervención sancionadora⁵⁵. Sin embargo, lo cierto es que la entidad de las penas y sanciones es, esencialmente, una cuestión de política criminal de un modo sobre el que resulta difícil ejercer un control objetivo⁵⁶. Si una norma penal permite castigar conductas que son ejercicio de un derecho fundamental, será, simple y llanamente, inconstitucional. Si lo que se castiga no es una conducta protegida, resulta difícil atribuirle capacidad de desincentivar el derecho, desvinculado de la aplicación concreta de la norma. Mientras que la exigencia de taxatividad sí puede entenderse como una derivación del reconocimiento del *chilling effect*, la proporcionalidad abstracta de las normas no lo es de forma evidente⁵⁷. En general, si las conductas sancionadas penal o administrativamente aparecen definidas de

⁵⁴ Sobre ello, *vid.* Navarro y Manrique, 2005: 807.

⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, Ferrajoli (2001: 298).

⁵⁶ En palabras del Tribunal Constitucional, «el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración» (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5).

⁵⁷ En efecto, la jurisprudencia demuestra que, pese a lo que afirma parte de la doctrina, la aplicación del efecto desaliento como estándar de enjuiciamiento constitucional

manera cerrada y sin ambigüedad, es difícil sostener que vayan a tener un efecto desalentador sobre el ejercicio de conductas garantizadas constitucionalmente.

2.2. En la aplicación concreta. Conductas cercanas y objetivación de la desproporción

Más allá de su aplicación en abstracto a las normas, la interdicción de efecto desaliento vincula también a los órganos judiciales en su tarea de interpretar y aplicar las normas sancionadoras o penales, y aquí sí lo hace a través del control de proporcionalidad. Un acto aplicativo puede desincentivar de manera constitucionalmente vedada el ejercicio de los derechos fundamentales solo si se dan dos premisas: que la conducta castigada sin formar parte del contenido protegido del derecho sea suficientemente cercana a este y que el castigo impuesto resulte desmedidamente gravoso.

En efecto, la interdicción del efecto desaliento se articula por entero en torno a una idea nuclear: la existencia de conductas que no quedan amparadas por el contenido indisponible del derecho subjetivo, pero que merecen cierta protección constitucional en cuanto que se adecúan al mandato implícito a su dimensión objetiva. No se trata de acciones protegidas de manera absoluta, como las facultades que integran el contenido esencial del derecho, pero guardan una especial relación con estas que conlleva que solo cedan frente a otros bienes constitucionales y siempre de manera proporcional. La cuestión nuclear de esta doctrina, a efectos prácticos, es la identificación de las conductas. Ante todo, hay que señalar que ni existe claramente algo que pueda ser identificado como «ejercicio abusivo» de los derechos ni la doctrina del *chilling effect* viene a proteger ese tipo de supuestos excesos (Prieto Sanchís, 2003: 296). Igualmente, la idea de que el efecto desaliento se proyecta sobre una conducta que pueda entenderse como amparada solo *prima facie* por el derecho (Navarro Frías, 2010: 22)⁵⁸ es errónea a partir de cualquier teoría coherente de los

no se proyecta preferentemente sobre la actividad del legislador (Alcacer Guirao, 2018: 32; Cuerda Arnau, 2007: 29).

⁵⁸ La construcción según la cual hay un derecho *prima facie* y un derecho «protegido» tiene cierto recorrido doctrinal anterior. Es un intento de superar la contradicción entre los derechos entendidos como principios generales y su detallada regulación constitucional que solo ampara determinadas conductas. La libertad de expresión *prima facie* sería el derecho a decir cualquier cosa, que realmente no aparece en ningún texto jurídico y que entra en contradicción con la técnica española de proteger solo la transmisión de determinados contenidos. Sobre ello, *vid.* Prieto Sanchís (2011: 238).

derechos fundamentales. Este tipo de expresiones desconoce la distinción entre el contenido subjetivo jurídica y efectivamente protegido por el derecho y su dimensión institucional. El contenido esencial de los derechos fundamentales ampara acciones y facultades de la ciudadanía que no pueden ser recortadas en ningún caso: en tanto que se trata de reglas de derecho, ni hay un derecho *prima facie* diferente del efectivamente protegido⁵⁹ ni hay excesos sino conductas protegidas o no.

En vez de ello, el Tribunal Constitucional, con más claridad teórica, se refiere, en ocasiones, a conductas cercanas a las efectivamente protegidas y que compartan su finalidad. Esta noción de «conductas cercanas» se refiere a actos que no resultan plena y escrupulosamente ajustados a las condiciones y límites del derecho fundamental, pero que inequívocamente se encuadran en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional⁶⁰. Así entendido, el concepto resulta plenamente operativo y constitucionalmente correcto. La «cercanía» alude a acciones similares a las protegidas, en la medida en que comparten contenido con el derecho, aunque se refieran a objetos diversos⁶¹. El contenido compartido implica una acción similar a la prevista constitucionalmente, pero que se proyecta sobre objetos diferentes a los que integran el contenido esencial protegido.

La noción es plenamente aplicable a los casos de libertad de expresión en sentido amplio. Puesto que la Constitución garantiza de manera absoluta la libertad para la difusión pública de determinados contenidos recogidos en los distintos apartados del art. 20.1 CE, han de considerarse conductas cercanas las que consistan en la difusión de contenidos diferentes, que no están estrictamente protegidos en todo caso, pero contribuyen a la finalidad de mantener una opinión pública libre⁶². Así, la difusión de hechos veraces y públicamente

⁵⁹ La idea de que las reglas de derecho tienen carácter definitivo y que solo los principios, por constituir mandatos de optimización, tienen carácter *prima facie* está en la propia obra de Robert Alexy. *Vid.* Bernal Pulido (2005: 617).

⁶⁰ *Vid.*, *supra*, nota 38. En la redacción original de la STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6, se hablaba de «excesos en el ejercicio del derecho fundamental» que «no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlos». También se diferenciaba entre estas conductas cercanas y aquellos «supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos».

⁶¹ Se ha hablado también de «conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio» del derecho (Valero Heredia, 2021: 385).

⁶² La difusión pública de contenidos comunicativos no protegidos constitucionalmente es lo que De Domingo Pérez (2003: 161) denominaba ámbito material del derecho fundamental.

relevantes es una acción que puede ejercerse con libertad en virtud del art. 20.1.d CE, pero la difusión de imágenes pornográficas que no tengan esa relevancia y cuya única finalidad sea provocar la excitación del espectador no goza de la misma protección. Sin embargo, el mandato implícito en el art. 20 CE exige que se mantenga la máxima libertad de la circulación de todo tipo de contenidos, por lo que ese tipo de pornografía es una conducta cercana a la libertad de expresión. En la medida en que imágenes de ese mismo tipo puedan tener en alguna ocasión valor informativo, lleguen a resultar necesarias para la difusión de un descubrimiento científico o constituyan una creación artística protegida, la represión desproporcionada de la pornografía puede resultar desalentadora para quien quiera ejercer su derecho constitucional a difundir legítimamente esas imágenes.

Lo mismo podría decirse de otros derechos. Pueden ser cercanos a la libertad de reunión los agrupamientos de personas con finalidades no reivindicativas o no comunicadas previamente. Determinados actos de protesta de trabajadores u otros colectivos pueden no quedar garantizados por el art. 28 CE, pero ser cercanos a los que sí lo están y compartir una misma finalidad constitucional, de manera que la desproporción en su sanción resulte disuasoria para quien quiera ejercer el derecho en los términos y con las condiciones recogidas constitucionalmente.

Claramente, la idea de «conductas cercanas» pivota en torno a la dimensión objetiva e institucional de los derechos, materializada en lo que el Tribunal Constitucional denomina su finalidad⁶³. Son conductas consistentes en acciones como las protegidas, que, además, queden amparadas por el mandato constitucional de optimización de un modelo institucional en el que el derecho pueda desarrollarse libremente. Esta misma noción ha sido expresada a veces en términos penales, sin referencia a la dogmática de los derechos fundamentales, señalando que la libertad de expresión se vulnera no solo cuando se invade el contenido constitucional del derecho, sino también cuando se reacciona desproporcionadamente frente a un acto comunicativo ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquel incompatible con su reconocimiento constitucional (Cuerda Arnau, 2007); del mismo modo, otros penalistas se refieren a acciones amparadas por el derecho fundamental «al hallarse en la periferia de lo prohibido» (Alcacer Guirao, 2018: 218). En definitiva, de lo que se trata es de constatar que, junto con las conductas protegidas por el contenido esencial e indisponible del derecho fundamental, hay otras sobre las que se proyecta el mandato de optimización derivado de su valor institucional. Este mandato no otorga protección absoluta

⁶³ En el mismo sentido, Martínez-Pujalte (2006: 86).

a tales conductas similares, pero impone a las autoridades públicas que las restrinjan el deber de hacerlo siempre de manera proporcionada.

Por lo que hace al parámetro de la proporcionalidad implícito en la prohibición del efecto desaliento, será de aplicación el test habitual de proporcionalidad con sus tres apartados ya clásicos. No obstante, en aras de limitar la discrecionalidad implícita a este mecanismo, parece que la jurisprudencia constitucional ha intentado en ocasiones una cierta objetivación en esta materia, aunque sin éxito real. En ocasiones, nuestro juez constitucional entiende que el mero hecho de castigar una «acción cercana» a un derecho fundamental resulta en sí mismo inconstitucional por el efecto desaliento que implica⁶⁴. Sin embargo, esta postura solo tiene sentido cuando se refiere a conductas que por su propia naturaleza resulten inanes para otros derechos o intereses⁶⁵. Es decir, se trata de casos en los que no es posible identificar un fin constitucionalmente legítimo justificador del establecimiento de la restricción, lo que indudablemente constituye una tarea previa a la aplicación del principio de proporcionalidad (Medina Guerrero, 1998: 122).

Los ejemplos comunicativos permiten entender —una vez más— cómo funciona la prohibición de castigar conductas cercanas inanes. Así, un contenido publicitario puede no ser libertad de expresión en sentido estricto en la medida en que la intención sea incitar a la adquisición de un producto y no pretenda, por tanto, transmitir ni opiniones de trascendencia social, ni creaciones científicas o artísticas, ni hechos veraces y relevantes; sin embargo, se tratará siempre de una conducta cercana a las protegidas en el art. 20.1 CE, que contribuye al mantenimiento de una opinión pública libre y que solo puede

⁶⁴ En toda una serie de sentencias se habla de que «la gravedad que representa la sanción penal podría suponer una vulneración del derecho al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos», dando a entender que estaría vetada cualquier sanción penal (por todas, STC 170/2021, de 7 de octubre, FJ 8). Sin embargo, en otras ocasiones se dice que es necesario valorar la «severidad» de la sanción impuesta (por todas, STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8).

⁶⁵ La cuestión es diferente desde la perspectiva de la jurisdicción del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este se interpreta de un modo que generalmente excluye que los derechos tengan *a priori* un contenido absoluto. El TEDH, que funciona con la perspectiva de la proporcionalidad, utiliza el *chilling effect* para crear algo parecido al contenido esencial de los derechos. Afirma que, frente a determinadas conductas protegidas, la mera existencia de cualquier sanción tiene efecto desalentador y, por tanto, vulnera el derecho. Así, la STEDH en el caso *Bumbeș c. Rumania*, de 3 de mayo de 2022 (18079/15), que establece que, cuando se trata de discurso político, el mero hecho de la existencia de algún tipo de sanción ya tiene efecto desalentador. En la práctica viene a reforzar la idea de que el discurso político forma parte del contenido esencial del derecho.

ser sancionable cuando pueda perjudicar otros intereses como, por ejemplo, la protección de la salud, la correcta educación y socialización de los menores, u otros. No es posible prohibir la publicidad —siquiera administrativamente— sin invocar para ello la protección de otro bien constitucional relevante.

Cosa diferente es que pudiera entenderse que, por su propia naturaleza, incluso estando en juego la protección de otros bienes constitucionales, se entienda que la sanción penal siempre es desproporcionada frente a las «conductas cercanas» que deberían quedar, a lo sumo, sometidas a sanciones administrativas menos severas⁶⁶. No está claro que esa sea por ahora la postura consciente del Tribunal Constitucional, ni tampoco tendría sentido aceptar sin más la premisa de que las sanciones penales son siempre más duras que otras; aun así, hay jurisprudencia, citada *supra*, cuya literalidad parece ir en esta última línea.

En todo caso, la naturaleza misma del control de proporcionalidad impide objetivarlo de manera absoluta. En ese terreno, la teoría del «efecto desaliento» es la que mejor explica los límites que operan a la hora de desarrollar los mandatos de optimización derivados de la vertiente objetiva o institucional de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2018). Opiniones constitucionales. *INDRET*, 1.
- Álvarez Cora, E. (2017). Patología de la libertad de imprenta en el liberalismo español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 70.
- Askin, F. (2009). Chilling Effect. *The First Amendment Encyclopedia*.
- Baño León, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 155-179.
- Baumbach, T. (2018). Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 6. Disponible en: <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v6i1.1555>.
- Bedi, S. (2021). The Myth Of The Chilling Effect. *Harvard Journal of Law and Technology*, 35, 268-308. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3794037>.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2000). La excarcelación tenía un precio: el tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 277-342.

⁶⁶ Así, se defiende que el simple hecho de tipificar como infracción penal una conducta puede desalentar en cierta medida el ejercicio lícito de un derecho (Doménech Pascual, 2006: 362).

- Colomer Bea, D. (2019). La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.41.13969>.
- Columbia Law Review. (1969). The Chilling Effect in Constitutional Law. *Columbia Law Review*, 69, 5, 808-842. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1121147>.
- Cruz Villalón, P. y Pardo Falcón, J. (2000). Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 97, 65-154.
- Cuerda Arnau, M. L. (2007). Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento. *Revista General de Derecho Penal*, 8.
- De Domingo Pérez, T. (2003). La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'. *Revista de Estudios Políticos*, 122, 141-166.
- Doménech Pascual, G. (2006). Los derechos fundamentales a la protección penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 333-372.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrerer Comella, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas.
- Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson.
- Martínez-Pujalte, A. L. (2006). Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad. *Persona y Derecho*, 54, 75-116. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.32451>.
- Medina Guerrero, M. (1998). El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 119-142.
- Navarro Frías, I. (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.
- Navarro, P. E. y Manrique L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 58, 807-836.
- Ó Fathaigh, R. (2017). The Chilling Effect of Liability for Online Reader Comments. *European Human Rights Law Review*, 4, 387-393.
- Pech, L. (2021). *The concept of chilling effect its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU*. Brussels: Open Society Foundations.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- (2011). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 18.
- Schauer, F. (1978). Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston Law Review*, 58, 685-732.
- Valero Heredia, A. (2021). La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso *Strawberry*, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 367-388. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.11>.