

Colomer Bea, David. *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

Julio Llop Tordera
Universitat de València

Fecha de recepción 01/07/2024 | De publicación: 23/12/2024

La colección *Delitos* de la editorial Tirant lo Blanch ha publicado recientemente la obra que reseño: *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*. Su autor, el profesor David Colomer Bea, realiza, a lo largo de los cuatro capítulos en los que se divide la monografía, un más que completo estudio de esta doctrina de construcción jurisprudencial. El trabajo no se circunscribe exclusivamente a sus orígenes en la *Common Law* y aborda también la recepción del *chilling effect* por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, para concluir con un riguroso examen de las principales cuestiones relativas a su delimitación y tratamiento jurídico-penal.

En el primer capítulo de la obra, se explica la génesis de la doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de la década de los sesenta del siglo pasado. El autor combina en esta parte el estudio de las sentencias más relevantes sobre la materia con el análisis de las principales aportaciones doctrinales sobre la cuestión, para así delimitar las zonas de penumbra en la definición del concepto, su ámbito de aplicación y su prácticamente inescindible vinculación con otras figuras presentes en el ordenamiento norteamericano, como la doctrina de la excesiva amplitud (*overbreadth*) -que busca tutelar los derechos reconocidos en la Primera Enmienda y de la que constituye un elemento nuclear- o las libertades de expresión (*freedom of speech* y *freedom of expression*) a cuya tutela aparece estrechamente vinculada.

Se abordan también en este capítulo dos cuestiones singularmente relevantes. De una parte, el especial potencial desalentador que se produce, tanto cuando las normas prevén sanciones penales, como cuando estas son particularmente severas. De otra, las críticas que se han realizado, tanto a la configuración como a la aplicación del *chilling effect*, entre las que se encuentran: su estrecha relación con la doctrina de la excesiva amplitud, lo que conduce a que un individuo pueda impugnar una norma por su posible efecto desalentador para terceras personas, pero no cuando se produce la vulneración de sus propios

derechos; su carácter eminentemente subjetivo, que dificulta que pueda probarse empíricamente y da lugar a la necesidad de recurrir al “estándar de persona razonable” para dotar de operatividad a la doctrina; la restricción de su aplicación a los derechos contenidos en la Primera Enmienda, aun cuando existen otros muchos cuyo ejercicio efectivo sería ventajoso para la sociedad; la necesidad de que la amplitud de norma sea sustancial, para evitar la anulación de normas que en determinados casos puedan ser aplicadas de modo legítimo, debiendo ponderarse el potencial efecto desaliento con las posibilidades de aplicación legítima de la norma.

En el segundo capítulo, el profesor Colomer se detiene en la recepción de esta doctrina por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sería la sentencia *Goodwin c. Reino Unido* la que primero utilizaría el término “efecto desaliento”, aunque con anterioridad el Tribunal ya había aludido al riesgo de desalentar en varios de sus pronunciamientos (vid., por todas, STEDH, Sala, de 25 de marzo de 1985). Al igual que en el caso norteamericano, la doctrina aparece muy estrechamente vinculada a la libertad de expresión, aunque el TEDH la ha ido extendiendo a otros derechos fundamentales. Cabe matizar, no obstante que no se utiliza para medir la amplitud de las normas, sino como criterio de proporcionalidad en su aplicación, dado que el artículo 10.2 del CEDH admite la limitación de derechos fundamentales exclusivamente cuando esta sea necesaria para preservar los rasgos de una sociedad democrática.

Para ello, los Estados disponen del “margen de apreciación”, que les faculta para valorar cuando una restricción está justificada, resultando determinante si es o no proporcional. El efecto desaliento, en tanto que opera como uno de los factores nucleares para la valoración de la proporcionalidad, resulta determinante para valorar si una restricción es o no legítima. El autor resalta la importancia de esta doctrina para preservar el debate público como elemento esencial de una sociedad democrática, solo resultando justificadas las restricciones a aquellas expresiones que revistan un manifiesto carácter violento o antidemocrático.

A continuación, Colomer expone las diferentes medidas desalentadoras con independencia de que operen antes, durante o después del ejercicio del derecho y de su carácter penal o extrapenal. En este sentido, la imposición de una sanción penal y, en particular, de una pena privativa de libertad a quienes participan en el debate de asuntos de interés público, resulta para el TEDH, a priori injustificado, toda vez que puede dar lugar, por la vía del efecto desaliento a la autocensura. Lo mismo sucede con las sanciones disciplinarias y las indemnizaciones, que también son susceptibles de desalentar el ejercicio de los

derechos fundamentales, por lo que deberán ser proporcionales a la gravedad del comportamiento que pretenden castigar.

El autor aborda en el tercer capítulo de la obra la recepción de la doctrina del efecto desaliento por parte del Tribunal Constitucional y muestra como el concepto se introdujo en sus pronunciamientos a través de los votos particulares de D. Tomás Salvador Vives Antón (por primera vez en la STC 79/1995, de 22 de mayo), quién se manifestaba contrario al recurso a la vía penal para castigar las conductas que exceden los límites de un derecho (en el caso citado la libertad de expresión), cuando se encuentran próximas a los márgenes de su ejercicio legítimo, toda vez que, habida cuenta del efecto intimidatorio que lleva aparejado cualquier sanción penal, puede hacer impredecibles las consecuencias de los propios actos y, por consiguiente, generar un efecto desalentador en el ejercicio de los derechos fundamentales.

A continuación, se explica como la postura sostenida por Vives Antón sería asumida por el Tribunal Constitucional en la STC 185/2003, de 27 de octubre y se consolidaría en la STC 104/2011, de 20 de junio. En estos pronunciamientos, el efecto desaliento se vincula con la misma aplicación del Derecho penal, no con la gravedad de las penas, siendo solo lícito el recurso a la sanción penal cuando una determinada acción desnaturalice el ejercicio de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional se aparta así de la formulación inicial que realizó de la doctrina del efecto desaliento en la STC 136/1999, de 20 de julio, donde admitió el empleo sanciones penales para castigar la extralimitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, aun cuando este ejercicio se encuentre próximo a los límites legítimos, y se vinculó el efecto desaliento a las normas aplicadas, no a su concreta aplicación. Se ha producido, por tanto, un cambio más que considerable en el modo de entender el efecto desaliento, que ha pasado de concebirse como un instrumento para controlar la gravedad de las sanciones penales a ser utilizado como medio para proscribir el castigo del ejercicio ilegítimo, pero no desnaturalizado de los derechos fundamentales.

El último capítulo de la obra contiene consideraciones relativas a la delimitación del efecto desaliento y a su tratamiento jurídico-penal. La exposición entra en diálogo con la efectuada en los capítulos primero y tercero, pues el autor construye, apoyándose en doctrina y jurisprudencia, una verdadera teoría general del *chilling effect* y expone las implicaciones que se derivan de su consideración por parte del Tribunal Constitucional español como cuestión de Derecho penal. Además, se explica su vinculación con los comportamientos ilícitos ínsitos en el ámbito material de un derecho, pero fuera de su ámbito jurídico de

protección, y se hace referencia a las implicaciones que para esta doctrina tiene la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

Por último, el autor plantea cinco posibilidades de toma de posición en cuanto al tratamiento jurídico-pena del efecto desaliento: causa de inconstitucionalidad de las normas penales, causa de justificación, eximente incompleta, causa de exclusión de la antijuridicidad penal y aplicación de una pena alternativa a la prisión. Posteriormente, tras haber ponderado los diferentes argumentos a favor y en contra de optar por cada una de ellas, toma posición, rechazando en todo caso su consideración como causa de justificación, pero planteando diversos escenarios en los que entiende, bien que resulta razonable e incluso deseable la exclusión de la pena por efecto desaliento, bien que la vía de la eximente incompleta es el mejor modo de tratar los casos que se encuentran castigados con penas más graves.

A modo de conclusión, considero que David Colomer explica de modo completo, preciso y sintético la doctrina del efecto desaliento desde una perspectiva jurídico-penal, teniendo con el lector la mayor de las cortesías de un profesor universitario: la claridad, que naturalmente no está reñida con la profundidad que desprende todo su estudio.