

EL BOICOT A PRODUCTOS EXTRANJEROS: LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA O DELITO DE DISCRIMINACIÓN. (LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH)*

BOYCOTT OF FOREIGN PRODUCTS: FREEDOM OF POLITICAL EXPRESSION OR DISCRIMINATION OFFENCE? (CASE LAW OF THE ECHR)

Dulce M. Santana Vega
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2020.

Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2020.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el tema de los mensajes de llamamiento al boicot de productos extranjeros, tomando para ello como referencia dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de distinto signo y sus votos particulares. Partiendo de ellas, se sintetizarán la doctrina sentada por el citado Tribunal, de forma mayoritaria, a la hora de delimitar los ámbitos de actuación de la libertad de expresión y del discurso de incitación al odio, violencia o discriminación, la violencia o el odio, como la sostenida en sus votos particulares. Por último, se intentará trazar, en relación al caso concreto del boicot a productos extranjeros, una línea divisoria que permita determinar qué supuestos de llamamiento al boicot de productos extranjeros podrían incardinarse entre los supuestos amparados por la libertad de expresión, y cuáles otros serían subsumibles en la incitación a la discriminación, a la violencia o al odio.

ABSTRACT

This work addresses the issue of messages calling for the boycott of foreign products, taking two leading cases of the European Court of Human Rights judgment, from which both the line of argument that the aforementioned Court follows in a majority will be exposed, as well as in its particular vow. Finally, the work will attempt to draw a dividing line in the specific case of the boycott of foreign products that allows determining which cases of calls for a boycott of foreign products could be included among the cases protected by freedom of expression and wich others would be subsumed in inciting discrimination, violence or hate.

PALABRAS CLAVES

Boicot de productos extranjeros, libertad de expresión, discurso del odio, violencia y discriminación, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Willem c. Francia, Caso Baldassi c. Francia.

KEYWORDS

Boycott of foreign products, freedom of expression, hate and discrimination and violence speech, case law of the European Court of Human Rights, Willem v. France, Baldassi v. France.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN –POLÍTICA- VERSUS DISCURSO DE INCITACIÓN AL ODIO, LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: DOCTRINA GENERAL. 3. EL LLAMAMIENTO AL BOICOT DE PRODUCTOS EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: UN CASO DE REFERENCIA: CASO WILLEM C. FRANCIA. 3.1. Los hechos. 3.2. El *iter* judicial estatal. 3.3. La argumentación del TEDH. 4. ¿CAMBIO DE RUMBO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL LLAMAMIENTO AL BOICOT DE PRODUCTOS EXTRANJEROS?: BALDASSI ET ALLII c. FRANCIA. 4.1. Los hechos. 4.2. El *iter* judicial estatal. 4.3. La argumentación del TEDH. 5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. 5.1. *Contraditio in terminis*. 5.2. Necesidad social imperiosa en un estado democrático. 5.3. Peligro efectivo *versus* peligro hipotético. 5.4. La doble vara de medir: neutralidad y abstención de los cargos públicos. 5.5. Un efecto colateral: boicot de productos extranjeros y legalidad penal. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. FREEDOM OF –POLITICAL– EXPRESSION VERSUS INCITEMENT TO HATRED, VIOLENCE AND DISCRIMINATION IN CASE LAW OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: GENERAL DOCTRINE. 3. THE CALL FOR A BOYCOTT OF FOREIGN PRODUCTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. A LEADING CASE: WILLEM v. FRANCE (ECHR JUDGMENT OF 17 JULY 2009). 3.1. Facts of the case. 3.2. The estate judicial *iter*. 3.3. The Court's reasoning. 4. CHANGE OF DIRECTION IN THE CASE LAW OF THE ECHR IN THE CALL FOR A BOYCOTT OF FOREIGN PRODUCTS?: BALDASSI ET ALLII v. FRANCE (ECHR JUDGMENT OF 11 JULY 2020). 4.1. Facts of the case. 4.2. The estate judicial *iter*. 4.3. The Court's reasoning. 5. CRITICAL COMMENTS. 5.1. *Contraditio in terminis*. 5.2. Pressing social needs in a democratic state. 5.3. Real danger versus hypothetical danger. 5.4. The double standards: duty of neutrality and abstention of public offices. 5.5. A side effect: Call for a boycott of foreign products and criminal legality. 6. FINDINGS. BIBLIOGRAPHY

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado es de reciente aparición y surge como consecuencia de dos evoluciones en la construcción de los derechos fundamentales¹. En primer lugar, habría que aludir a la evolución que se produce en los efectos de los derechos fundamentales, los cuales, hasta principios del siglo XX, habían estado tradicionalmente concebidos para las relaciones entre el Estado y los ciudadanos²: los denominados efectos positivo –o de afirmación del derecho fundamental– y negativo –o de exclusión de la acción impeditiva de los mismos frente a la actuación del Estado–³.

Sin embargo, a partir del siglo XX, se produce un punto de inflexión en la citada evolución de los efectos de los derechos fundamentales, al apreciarse que muchos y muy graves menoscabos de los mismos procedían ya no de los poderes públicos, los cuales, en los estados sociales y democráticos de Derecho actuaban, mayoritariamente, como sus baluartes (v. gr. art. 9.3 de la Constitución española), sino de la interrelación entre ciudadanos. Estos ataques a los derechos fundamentales o libertades públicas pueden proceder bien de ciudadanos personas físicas –de manera individual o grupal–, o bien de personas jurídicas privadas (empresas, corporaciones, multinacionales, fundaciones, etc.), la cuales, al gozar de mayor poder o preeminencia con relación a los ciudadanos o sus colectivos tienen capacidad para menoscabar o poner gravemente en peligro sus derechos fundamentales o libertades públicas⁴. A este efecto de los derechos fundamentales se le denomina “tercer efecto de los derechos fundamentales”⁵.

En segundo lugar, la otra línea de evolución a la que habría que aludir, es la que afectaría a la evolución misma del derecho de igualdad. En paralelo con el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho, la igualdad deja de ser una declaración programática, un presupuesto o punto de partida para transformarse en un fin en sí mismo que requiere de una constante corrección de diferencias fácticas⁶. Deja de ser garantía del buen funcionamiento de la sociedad, para centrarse en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de tal manera que el legislador del Estado social habrá de justificar las diferencias jurídicas que establece y que su finalidad sea razonable, poniendo así en evidencia las desigualdades reales y efectivas que existen en la sociedad⁷. En suma, a la necesaria e ineludible universalidad o generalidad de las normas, le sucede la admisión de las inclusiones de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos⁸. El punto álgido de este planteamiento se materializa en la

*Este trabajo se realiza dentro del marco de Proyecto de Investigación DER 2017-85334-P.

¹ No obstante, no faltan otras perspectivas, como la de FERRAJOLI (2007), p. 57 y ss.

² CRUZ VILLALÓN (1989), p. 41.

³ Cfr. STC 25/1981, de 14 de julio, F. J. 5.

⁴ FERRERES COMELLA (2008), p. 1.175.

⁵ Cfr. SOLOZABAL ECHAVARRÍA (1999), p. 10, o STC 25/1981, de 14 de julio, F. J. 5, la cual considera que esta dimensión de los derechos fundamentales se halla recogida en el art. 10.1 de la CE.

⁶ RUBIO LLORENTE (1997), p. 656; SANTAMARÍA PASTOR (1991), p. 1285.

⁷ En materia penal, por ejemplo, cfr. SSTC 59/2008, de 14-5 y 81/2008, de 17-6, las cuales declaran la constitucionalidad de la especial protección del régimen de violencia de género del art. 153 del Código Penal español. Cfr. OVEJERO PUENTE (2009), p. 185 y ss.

⁸ VILLACORTA MANCEBO (2005), p. 40.

implementación de las denominadas acciones positivas⁹. Es en este contexto en el que hay que incardinar los conflictos entre libertad de expresión y lucha contra la discriminación.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN –POLÍTICA- VERSUS DISCURSO DE INCITACIÓN AL ODIOS, LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: DOCTRINA GENERAL

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰ (en adelante CEDH) regula la libertad de expresión¹¹. Lógicamente, este derecho no se contempla de una manera absoluta, sino que, tal como se pone de manifiesto en el apartado 2 del propio art. 10¹², es un derecho sujeto a limitaciones en su ejercicio. Sin embargo, entre las mismas no se encuentra expresamente recogidas las relativas a las expresiones discriminatorias, si bien se ha considerado incluidas en el límite relativo a la “protección de la reputación o de los derechos ajenos”.

En la disyunción entre libertad de expresión y la incitación al odio, violencia o discriminación, ámbito en el que se ha incardinado la cuestión del boicot a productos extranjeros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), mantiene una doctrina que se podría sintetizar en las conclusiones que expondremos a continuación, deducidas del conjunto de casos en los que tal conflicto se ha suscitado¹³.

Para el TEDH la libertad de expresión es el fundamento de una sociedad democrática y una de las condiciones esenciales de su progreso y del desarrollo individual. Por ello, el TEDH le otorga una gran importancia a esta libertad en el debate político por su interés general. La libertad de expresión comprende no sólo las informaciones, opiniones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como

⁹ Cfr., entre otros: GIMÉNEZ GLÜCK (1999), p. 58 y ss.; el mismo (2008), p. 41 y ss.; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA (2006), p. 284 y ss.

¹⁰ Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de Ratificación por España de 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966

¹¹ En concreto, el art. 10.1 del CEDH, establece que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente art. no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”*.

¹² En citado apartado 2 del art. 10 establece que: *“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”*.

¹³ Entre otras: Caso Incal contra Turquía, STEDH de 9 de junio de 1998; Caso Özgür Gündem c. Turquía, STEDH de 16 de marzo de 2000; Caso Soulas y Faye c. Francia, STEDH de julio de 2008; Caso Calendario Lituano de 2000, STEDH de 4 de noviembre de 2008; Caso Erbakan c. Turquía, STEDH de 6 de julio de 2006; Caso Daniel Feret c. Bélgica, STEDH de 16 de julio de 2009; Caso Delfi AS c. Estonia, STEDH de 16 de junio de 2015; Caso Belkacem c. Belgium, STEDH de 20 de julio de 2017; Caso Kaboglu & Oran c. Turkey, STEDH de 30 de octubre de 2018; Caso Atamanchuk c. Russia, de 11 de febrero de 2020.

inofensivas, indiferentes o que son favorablemente recibidas, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Esto se configura como una exigencia del pluralismo, la tolerancia y del espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Por eso, las limitaciones a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio han de ser de interpretación restrictiva, y la necesidad de restricción ha de probarse de forma convincente y han de ser urgentes.

El TEDH estima que corresponde a las autoridades nacionales evaluar si existe una “necesidad social imperiosa”, susceptible de justificar las restricciones que se establecen a la libertad de expresión. Para ello cuentan con cierto margen de apreciación o autonomía. Pero, corresponde al TEDH resolver, en última instancia, si una “restricción” se concilia o es compatible con la libertad de expresión que establece el art. 10 del Convenio, y si los motivos alegados o invocados por las autoridades nacionales son “pertinentes y suficientes”, así como si la medida adoptada y sometida a enjuiciamiento era proporcional a los fines perseguidos.

En cuanto a la competencia del TEDH sobre las actuaciones de los estados firmantes en la delimitación entre la libertad de expresión y la discriminación, este ha establecido que, si bien los estados tienen cierta autonomía, la competencia final para decidir si una “restricción” es compatible con la libertad de expresión le corresponde a él. El TEDH no se va a limitar a determinar si el Estado demandado ha utilizado esta autonomía de buena fe, con prudencia y de manera razonable, sino que también valorará tal injerencia a la luz de las circunstancias de cada caso para así poder determinar si fue acorde con el fin legítimo perseguido, y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para su justificación son pertinentes y suficientes.

Aunque a la libertad de expresión política le esté permitida recurrir a ciertas dosis de exageración o provocación, no puede rebasar ciertos límites, atendiendo, principalmente, a los derechos ajenos. Por eso, el TEDH ha afirmado también que la “tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y plural”, por lo que “debe considerarse necesario en las sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia”¹⁴.

El TEDH considera que los límites establecidos a la libertad de expresión por motivos discriminatorios son necesarios en una sociedad democrática y que hay que dar prioridad a la lucha contra el discurso racista –o, en general, de odio, discriminatorio o que incite a la violencia– frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad y seguridad de determinados grupos de población.

En la disyunción libertad de expresión o discriminación, el TEDH, para valorar la primacía de una sobre la protección de la otra, suele acudir, para valorar las injerencias en el art. 10.1 CEDH, a una triple verificación: la previsión legal, el fin legítimo y, sobre todo, la necesidad del concreto ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad

¹⁴ Caso Handyside c. Reino Unido, STEDH de 7 de diciembre de 1976; Caso Erbakan c. Turquía, STEDH de 6 de julio de 2006.

democrática y, consecuentemente, la posibilidad o no de permitir una restricción en aquella. Así mismo, el citado Tribunal ha acudido con frecuencia a la teoría –de origen iusprivatista– del abuso de un derecho fundamental (art. 17 del CEDH) para establecer que no se permite invocar la libertad de expresión amparada en el art. 10 para difundir ideas radicalmente discriminatorias, de odio o violencia¹⁵.

Por último, el TEDH estima, de manera no inconcusa, que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia, ni a otro acto delictivo, siendo suficiente para que aquel se dé que concurren conductas de injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población o a sus grupos. Pero, en todo caso, habrá que utilizar con prudencia la vía penal, sobre todo, si existen otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de quienes los realizan.

3. EL LLAMAMIENTO AL BOICOT DE PRODUCTOS EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: UN CASO DE REFERENCIA: CASO WILLEM C. FRANCIA (STEDH DE 16 DE JULIO DE 2009)

Una vez establecido el marco en donde el TEDH encuadra el conflicto entre la libertad de expresión y la lucha contra la discriminación, se procederá a abordar el tema específico del boicot de productos extranjeros como cuestión singular en el citado conflicto. Para ello, se analizará en este apartado el caso de referencia, Willem c. Francia, sobre el boicot a productos extranjeros en la jurisprudencia reciente del TEDH.

3.1. Los hechos

El Alcalde de Seclin, Jean-Claude Willem, durante una reunión del consejo municipal de la citada ciudad y en presencia de periodistas, anunció su intención de boicotear los productos israelíes en los servicios de catering que contratara el Ayuntamiento de este municipio, en particular, los zumos de frutas. Estas declaraciones se publicaron también en el periódico “La Voz del Norte”, en la que expresamente se hacía constar que esta medida era una protesta no contra el pueblo israelita, que para el Alcalde no está en discusión, sino contra una política antidemocrática llevada a cabo por un hombre, el Sr. Sharon, que es el culpable de atrocidades; que no respeta ninguna decisión de la ONU y que continúa masacrando, sin actuar contra los extremistas palestinos, quienes constituyen la coartada para su política sangrienta. El llamamiento al boicot se publicó también en la página web del Ayuntamiento.

3.2. El *iter* judicial estatal

Ante las quejas presentadas en la Fiscalía, tanto a título particular como por la Asociación Cultural Israelita del Norte, el Ministerio Fiscal procedió contra el citado Alcalde, imputándole un delito de provocación a la discriminación nacional, racial, y religiosa por medio de palabra, escrito o medio de comunicación audiovisual, basándose en los arts. 23 y 24 de la Ley de Prensa francesa de 29 de junio de 1881.

¹⁵ Sobre esta construcción, cfr. el voto disidente del Juez Silvis a la STEDH de 15 de octubre de 2015 (Caso Perinçek c. Suiza), en la que se halla una explicación detallada de los distintos supuestos de aplicación del art. 17 del CEDH y la jurisprudencia más destacada al respecto; Decisión de 11 de octubre de 1978 sobre la admisibilidad del Caso J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Holanda. Vid. GARCÍA ROCA (2005), p. 746.

El Tribunal Correccional de Lille absolvió al Alcalde, basándose en que la discriminación no afectaba a personas o grupo de ellas, sino a productos, por lo que tal supuesto no se hallaba incluido en los preceptos citados, alegando, además, que el Alcalde obró en el ejercicio de la libertad de expresión que le reconoce el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Contra dicha sentencia interpuso recurso el Ministerio Fiscal, a solicitud del Ministerio de Justicia, el cual solicitó, además, en 2003 una recalificación de los hechos discriminatorios, subsumiéndolos en el art. 225-1, el cual contenía la agravación de ser cometidos por una persona depositaria de la autoridad pública, y por tratarse de una obstaculización del ejercicio normal de una actividad económica (delito previsto en el 432.7 del Código penal y castigado con pena de tres años de prisión y multa de 45.000 euros). Además, el Ministerio Fiscal, ante la apelación del Alcalde, esgrimió que este, por su condición de autoridad pública representante del Estado, tenía que ser neutral en el ejercicio de sus funciones, y que no podía sustituir a las autoridades gubernamentales –las únicas competentes para este cometido– cuando instó el boicot de productos de una nación extranjera.

El Tribunal de Apelación de Douai no aceptó la nueva calificación de los hechos solicitadas por el Ministerio Fiscal, pero anuló la sentencia de instancia, condenando al Alcalde por provocación a la discriminación sobre el fundamento de la citada Ley de 1881. La citada sentencia de apelación fundamentaba la provocación a la discriminación en el hecho de que el boicot de productos provenientes de Israel “constituía una traba al normal ejercicio de la actividad económica de los productores, debido a su pertenencia a una nación; que tomó en consideración la nacionalidad israelita para apoyar su decisión; y que solicitó a los servicios municipales que tuvieran en cuenta la nación a la que representaba el Jefe del Gobierno israelí”.

El Alcalde recurrió en casación y la Sala de lo penal desestimó también su recurso, incidiendo en que la difusión en la página web del municipio de la decisión adoptada por el alcalde de boicotear los productos israelíes, acompañada de un comentario político, era susceptible de provocar comportamientos discriminatorios. Ratificada la condena en casación, el Alcalde interpuso recurso ante el TEDH, basándose en el art. 10 del CEDH.

3.3. La argumentación del TEDH

El Tribunal sostiene que se ha de exigir una especial responsabilidad a los políticos frente a las expresiones discriminatorias. Estos han de gozar de un elevado nivel de protección, sobre todo durante la campaña electoral a fin de convencer a sus electores. Sin embargo, por esta misma razón, no se han de permitir expresiones discriminatorias, debido al mayor impacto que estos pueden tener en la difusión del racismo y la xenofobia. En todo caso, la calidad de Alcalde no sólo no puede constituir una atenuante, sino que el Tribunal recuerda la importancia de que los políticos, en general, moderen en sus discursos públicos sus palabras para no fomentar la intolerancia.

El TEDH consideró que al anunciar el Alcalde su decisión de pedir a los servicios de catering municipales que boicotearan los productos israelíes, sin haber abierto el debate en el ayuntamiento, ni haber votado, ya que lo hizo mediante un comunicado

en el consejo municipal y a través de la web del Ayuntamiento, actuó utilizando los poderes que se le atribuían en su calidad de alcalde, pero desafiando la neutralidad y su deber de reserva, sustrayendo una cuestión de interés general de la libre discusión.

Así mismo, recalca el TEDH, como *orbiter dicta*, que el fiscal del caso argumentó ante el juez nacional que un alcalde no podía sustituir a las autoridades gubernamentales para ordenar un boicot de productos de una nación extranjera, no apreciando infracción alguna del principio de legalidad .

4. ¿CAMBIO DE RUMBO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL LLAMAMIENTO AL BOICOT DE PRODUCTOS EXTRANJEROS?: BALDASSI ET ALLII c. FRANCIA

4.1. Los hechos

Los once apelantes, nueve de nacionalidad francesa, uno de nacionalidad afgana y otro de nacionalidad marroquí, son miembros del “Colectivo Palestina 68”. Este Colectivo es un enlace local de la campaña internacional “Boicot, desinversión y sanciones” (BDS). Esta campaña se lanzó el 9 de julio de 2005, un año después de la resolución emitida por la Corte Internacional de Justicia, la cual estableció que el muro que estaba construyendo Israel en el Territorio Palestino, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores, y su régimen asociado, era contrario al Derecho internacional. Este llamamiento de organizaciones no gubernamentales al boicot, sanciones y retiradas de inversiones contra Israel tenía como finalidad llevar a cabo actos de presión hasta que Israel aplicara el Derecho internacional y los principios universales de los derechos humanos.

En ese contexto, el 26 de septiembre de 2009, cinco de los apelantes ante el TEDH, participaron en una acción dentro de un hipermercado en Illzach, pidiendo un boicot de los productos israelíes. En esta acción, organizada por la sección local del “Colectivo Palestina 68”, se exhibieron los productos que consideraban de origen israelí en carros de la compra a la vista de los clientes, y se repartieron folletos.

El “Colectivo Palestina 68” organizó otro evento similar el 22 de mayo de 2010 en el mismo hipermercado. En esta ocasión participaron ocho de los solicitantes. También presentaron una petición para ser firmada por clientes del hipermercado, invitando al hipermercado a dejar de vender productos importados de Israel.

4.2. El *iter* judicial estatal

Ante esos hechos, el fiscal convocó a los demandantes a comparecer ante el Tribunal Penal de Mulhouse, acusándolos, entre otras cosas, por incitación a la discriminación, delito previsto en el art. 24 de la Ley de 29 de julio de 1881 de Libertad de Prensa¹⁶. No obstante, el Tribunal Penal de Mulhouse absolvió a los demandantes, al considerar que los acusados habían tenido como único objetivo disuadir a los consumidores de comprar productos israelíes, y que el art. 24, por el que eran

¹⁶ El citado art. 24 castiga a: “quien, por cualquiera de los medios establecidos en el art. 23, haya incurrido en incitación a la discriminación, odio o la violencia contra una persona o grupo de personas por su origen o su (no) pertenencia a una determinada etnia, nación, raza o religión...”.

acusados, no incluía la discriminación “económica”, sino que esta se incluía en el art. 225-2 del Código Penal francés¹⁷.

Ante la producción de otros hechos semejantes en otras localidades, el Director de Asuntos Penales y Gracia dictó una Circular, dirigida a los fiscales de los tribunales de apelación en la que les advertía de la proliferación de estos casos. Por ello, se hacía un llamamiento a garantizar una respuesta coherente y firme de la Fiscalía ante estas acciones, solicitando que se pudiese en conocimiento de la Dirección de Asuntos Penales y Gracia todos los hechos de esta naturaleza, y que, si se hubiera producido el sobreseimiento en este tipo de procesos, los fiscales debían exponer los hechos en detalle y precisar los elementos que dieron lugar al mismo.

El Tribunal de Apelación de Colmar anuló las sentencias anteriores, encontrando a los demandantes culpables del delito de incitación a la discriminación, ya que consideró que los acusados habían “incitado a la gente a discriminar los productos de Israel, al disuadir a los clientes de comprar dichos productos, por razón del origen de los productores o proveedores, quienes constituían “grupo de personas pertenecientes a una nación, es decir, Israel”. Por los hechos del 26 de septiembre de 2009 fueron condenados los cinco imputados, así como los nueve acusados por los incidentes del 22 de mayo de 2010.

Mediante dos sentencias de 20 de octubre de 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación desestimó los recursos interpuestos por los demandantes, que habían alegado una violación de los arts. 7 y 10 del CEDH. El citado Tribunal de Casación estimó que el Tribunal de Apelación había alegado acertadamente la concurrencia de los elementos constitutivos del delito de discriminación, y que el derecho a la libertad de expresión recogida en el art. 10 de la Convención está sujeta a los límites que señala su apartado 2, siendo tales restricciones y las sanciones impuestas a los apelantes medidas necesarias en una sociedad democrática para la prevención del desorden y la protección de los derechos de los demás.

4.3. Los argumentos del TEDH

En relación con la conculcación de la libertad de expresión por la acción del llamamiento al boicot a los productos israelíes, el TEDH considera que es ante todo una forma particular de libertad de expresión, ya que combina la expresión de una opinión de protesta y la incitación a un trato diferenciado¹⁸, el cual, según las circunstancias que lo caractericen, puede llegar a constituir un llamamiento a la discriminación, a la intolerancia, a la violencia o al odio, los cuales son límites que no deben sobrepasarse, en ningún caso, en el ejercicio de la libertad de expresión¹⁹.

Sin embargo, para el TEDH se ha de diferenciar entre la incitación a la diferenciación de trato y la incitación a la discriminación, las cuales no son conceptos equivalentes. Es más, considera que hay que distinguir el Caso Baldassi del caso del

¹⁷ Este art. establece en su Apdo. 4º que: “La discriminación definida en el art. 225-1, cometida en relación con una persona física o jurídica, será castigada ... cuando consista en: ...4º Supeditar el suministro de un bien o la prestación de un servicio a una condición basada en uno de los elementos previstos en el art. 225.1”, lo que tampoco sería propiamente aplicable al llamamiento al boicot de productos extranjeros.

¹⁸ STEDH Caso Baldassi c. Francia, de 11 de junio de 2020, margs. 63-64.

¹⁹ STEDH Caso Perinçek c. Suiza, STEDH de 15 de octubre de 2015, margs. 231 y 240.

Alcalde de Seclin –caso Willem c. Francia–. En este último, el TEDH estima que cuando el citado Alcalde instó al boicot de productos procedentes de Israel, al actuar en su condición de Alcalde y usar sus poderes como tal, independientemente de los deberes concomitantes de neutralidad y abstención, llevó a cabo el llamamiento al boicot sin debate ni votación previos en el consejo municipal, de manera que sustrajo un tema de interés público de la libre discusión. Por el contrario, en el caso Baldassi, los que llevan a cabo el llamamiento al boicot de productos israelíes eran ciudadanos comunes que no estaban restringidos por los deberes y responsabilidades derivados de un mandato de alcalde, y cuya influencia sobre los consumidores no era comparable a la de un Alcalde sobre sus servicios municipales. Además, tal llamamiento al boicot en el Caso Baldassi tuvo la finalidad de desencadenar o estimular el debate entre los clientes de los supermercados²⁰.

Aduce también el TEDH que los condenados en el Caso Baldassi no lo fueron por instar al odio, a la discriminación o a la violencia contra los israelíes, ni por haber llevado a cabo ellos mismos actos violentos, ni por haber causado daños en la propiedad ajena, tal como lo pone de manifiesto el dato de que el hipermercado donde llevaron a cabo el boicot no reclamara indemnización alguna²¹.

Frente a lo alegado por el Tribunal de Apelación de Colmar, que se limitó a constatar la existencia de un boicot de productos, considerando que constituía delito del art. 24 de la Ley de 29 de julio de 1881²², el TEDH considera, sin entrar a valorar la interpretación del Derecho francés que lleva a cabo sus tribunales, que el citado Tribunal de Colmar no tuvo en cuenta las circunstancias del caso, sino que se pronunció de una forma genérica y automática, afirmando que el boicot “no estaba cubierto de ninguna manera por el derecho a la libertad de expresión”. Dicho con otras palabras, el TEDH estima que no cabe una exclusión genérica del boicot de productos como una manifestación de la libertad de expresión, y que hay que hacer un análisis caso por caso para determinar en cuáles sí que se traspasaría los límites de la libertad de expresión. En consecuencia, al tribunal nacional le faltó determinar si la injerencia que resultó de la condena de los demandantes por este delito puede considerarse como “necesaria en una sociedad democrática”²³, en particular, si los motivos invocados para justificarlo son pertinentes y suficientes.

El TEDH considera que los Tribunales franceses tenían la obligación de dar razón detallada de su decisión al referirse el mismo al art. 10 de la Convención, el cual requiere un alto nivel de protección, sobre todo, si se tiene en cuenta que, de un lado, las acciones que se le imputaban a los demandantes ante el TEDH estaban referidas a un tema de interés público o general²⁴ –el respeto del Derecho internacional público y de los derechos humanos en los territorios palestinos por parte del Estado de Israel–.

²⁰ Caso Baldassi c. Francia, STEDH de 11 de junio de 2020, marg. 70.

²¹ Caso Baldassi c. Francia, STEDH de 11 de junio de 2020, marg. 71. Deducción sorprendente del TEDH, ya que muchos perjudicados no reclaman por motivos diferentes: coste reputacional, falta de solvencia de los autores, costes de la reclamación judicial, etc.

²² Caso Baldassi c. Francia, STEDH de 11 de junio de 2020, margs. 76-77.

²³ Caso Lehideux e Isorni c. Francia, STEDH de 23 de setiembre de 1998, marg. 50.

²⁴ Caso Mamère c. Francia, STEDH de 7 de noviembre de 2006, marg. 20.

Por otro lado, sus palabras y acciones se incluían en el ámbito de la denominada expresión política o militante²⁵, la cual deja poco margen para las restricciones del apartado 2 del art. 10 de la Convención, siendo, en estos casos, su nivel de protección alto, aunque el discurso político puede ser controvertido y a menudo virulento, sin que esto disminuya su interés público, siempre que no se cruce la línea y se convierta en un llamamiento a la violencia, al odio o a la intolerancia²⁶.

Por todas estas argumentaciones expuestas, el TEDH concluye que Francia, en la aplicación de sus normas nacionales, no respetó el art. 10, habiéndose producido en el caso Baldassi una violación del citado artículo.

5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

De los casos analizados en la jurisprudencia del TEDH se deduce que, tal como sucede también en el ámbito estatal, el equilibrio entre libertad de expresión y otros bienes jurídico-penales dignos de tutela, como la no discriminación, es siempre complicado y cambiante, estando altamente transido por las circunstancias del caso, por lo que se hace difícil establecer pautas o fronteras seguras en tal delimitación.

En la jurisprudencia del TEDH el conflicto entre libertad de expresión y discriminación arroja un balance claramente positivo a favor de la lucha contra esta, sobre todo en relación a la cuestión religiosa, asociada o no a una cuestión nacional. Dicho con otras palabras, se aprecia una tendencia expansiva de la protección de las medidas antidiscriminación en detrimento de la libertad de expresión, lo que afecta, pese al punto de inflexión que representa el caso Baldassi, al boicot de productos extranjeros, cuyo tratamiento por el TEDH presenta aspectos criticables, los cuales se esbozan en los apartados siguientes.

5.1. *Contraditio in terminis*

El TEDH parece incurrir en una *contraditio in terminis*, pues admitiendo que la libertad de expresión abarca los supuestos más radicales o provocativos contra las personas, termina desestimando las demandas de casos en los que los condenados no han hecho más que, en el contexto de la actividad política, discurrir por ámbitos muy alejados de cualquier discurso de odio, violencia o discriminatorio contra las personas, tal como sucede en el Caso Willem c. Francia. Con ello, parece que el TEDH otorgara a la libertad de expresión un carácter meramente programático cuando se enfrenta o contrapone al derecho a la no discriminación al que configura, por el contrario, como un derecho utilitario, incluso cuando afecta a la comercialización de productos.

5.2. Necesidades sociales imperiosas

El TEDH viene aplicando el criterio de “las necesidades sociales imperiosas” para habilitar o no la sumisión de la libertad de expresión a las restricciones derivadas del 10.2 de la CEDH. Este criterio, que ha de ser fijado por las autoridades nacionales, encierra un concepto tan amplio como indeterminado, lo que conlleva condicionar el ámbito de actuación de la libertad de expresión a los vaivenes coyunturales de la política nacional e internacional de un concreto Estado, transido, generalmente, por presiones económicas o geoestratégicas, por lo general, no favorables a opiniones

²⁵ Caso Baldassi c. Francia, STEDH de 11 de junio de 2020, marg. 74.

²⁶ Caso Perinçek c. Suiza, STEDH de 15 de octubre de 2015.

disidente al *status quo* dominante. Prueba de esta afirmación es que la mayoría de las SSTEDH, arriba reseñadas, fueron condenatorias en el ámbito nacional y desestimados sus recursos ante el TEDH, poco propenso a desvirtuar la fijación en el ámbito nacional de “las necesidades sociales imperiosas”, salvo en aspectos como la ponderación de penas, pero sin incidir en el fondo (absolución/condena). Por eso, el caso Baldassi supone un cambio de doctrina en el boicot de productos, en relación a la sentada en el caso del Alcalde de Seclin, procediendo el TEDH a revisarlas, ya que les achaca a los tribunales franceses el haber actuado mecánicamente, sin efectuar un análisis del caso concreto.

5.3. Peligro efectivo versus peligro hipotético

En el conflicto entre libertad de expresión y discriminación se le ha achacado a la doctrina sentada por el TEDH que, a la hora de pasar el test de control que suele emplear para enjuiciar la legitimidad de las injerencias en la libertad de expresión –con la utilización de parámetros tales como: naturaleza y forma del discurso, intencionalidad, contexto, potenciales efectos, etc.–, no descienda a comprobar si existió un daño efectivo (o un peligro efectivo o real). En efecto, el TEDH no exige que se haya producido un daño o un peligro efectivo o real que afecte a la dignidad de los sujetos, o que las expresiones provocadoras hayan creado un peligro cierto de que se cometan determinados actos dañinos o de menoscabo de sus posibilidades de participación en el contexto social, sino que, por el contrario, se conforma con un peligro meramente abstracto, dando por buenas las injerencias siempre que las autoridades nacionales hubieran justificado un peligro, aunque este fuera remoto o puramente especulativo²⁷. Esto es, por lo general, el TEDH se ha conformado con comprobar que las autoridades nacionales justificaron que existía un daño o peligro potencial (peligro hipotético o especulativo)²⁸.

Esta forma de proceder no ha estado exenta de cuestionamientos desde el propio Tribunal, lo que se ha plasmado en votos particulares de sus miembros. En los mismos se ha reclamado que la justificación de cualquier injerencia en la libertad de expresión se tiene que fundar en la existencia real de una ofensa, daño o peligro cierto de discriminación o violencia, considerando inadmisibles limitaciones a la libertad de expresión sobre la base de “peligros puramente especulativos”²⁹. De hecho, es este otro de los aspectos que motiva el cambio de doctrina ante el boicot de productos en el Caso Baldassi, criticando en tal aspecto a la actuación de los tribunales franceses.

No puede bastar para limitar la libertad de expresión el instar al no consumo de ciertos productos, alegando que supone una discriminación de proveedores. El consumo de cualquier producto implica en sí mismo un acto de discriminación material de los consumidores al elegir unos en detrimento de otros; y no se puede pretender en

²⁷ Cfr. opinión disidente del Juez Andrés Sajó a la STEDH de 16 de julio de 2009 (Caso Féret c. Bélgica).

²⁸ TERUEL LOZANO (2017), p. 21 y n. 40, considera necesario importar la doctrina del “*clear and present danger*” ya que, al tratarse de valoraciones y juicios probabilísticos sobre situaciones socio-políticas, sólo un alto grado de certeza y de inmediatez dan una mínima solidez. No reconocerlo así lleva a que se terminen admitiendo límites basados en cómo suenan unos determinados discursos, y abre la puerta a una excesiva discrecionalidad aplicativa.

²⁹ Cfr. Voto disidente del Juez Andrés Sajó a la STEDH de 16 de julio de 2009 (Caso Féret c. Bélgica); o los de la Jueza Palm y la del Juez Bonello, así como la de los Jueces Tulkens, Casadevall y Greve a la STEDH de 8 de julio de 1999 (Caso Sürek c. Turquía).

la lucha contra la discriminación, adentrarse en tal discernimiento, incluso por motivos discriminatorios, ya que esto implicaría una infracción del *congitationem nemo patitur*. Es más, como ha afirmado el propio TEDH “[l]a protección de las opiniones políticas se explica por el hecho de que creemos que los seres humanos son lo suficientemente razonables para poder hacer una elección informada”. Pero, tampoco los meros sentimientos o temores podrían justificar un límite a la libertad de expresión, tal como ha sostenido también el TEDH.

Además, salvo que se quiera conculcar el principio de lesividad y de *ultima ratio*, la afectación del bien jurídico penal igualdad o no discriminación ha de ser directa para las personas o los grupos en los que se integran, no debiendo extenderse al ámbito de lo puramente comercial, en el que la intervención del Derecho mercantil o, en su caso, la del Derecho administrativo resultarán más adecuadas y suficientes. Es más, incluso, concurriendo sus requisitos típicos (daños, violencia), el boicot podría ingresar en el ámbito del Derecho penal por la vía de los delitos contra el mercado y los consumidores, pero sin que tampoco en este ámbito sea suficiente el instar a realizarlo.

En consecuencia, en el llamamiento al boicot de productos extranjeros habrá que probar que este es capaz de provocar un peligro real (no especulativo) de que se cometan actos ilícitos contra las personas o sus grupos por motivos discriminatorios³⁰. Estos actos deben tener una cierta consistencia, y no basta con genéricas hostilidades o sentimientos de odio, tal como se afirma en el Caso Baldassi contra Francia.

5.4. La doble vara de medir: neutralidad y abstención de los cargos públicos

También resulta criticable que el TEDH, para fundamentar su cambio de doctrina en relación con el caso del Alcalde de Seclin, establezca dos modalidades de casos de llamamiento al boicot de productos, en función de que quiénes lo realicen ejerzan o no la actividad política al frente de un cargo público, exigiendo, a quienes lo ostentan neutralidad y, además, lo que es todavía un concepto más vago, discreción o reserva.

En efecto, el TEDH ha sido más estricto en relación a la articulación de la libertad de expresión por parte de los partidos políticos y los políticos en el ejercicio de sus cargos³¹ que en el caso de los particulares, tal como se aprecia en la argumentación de contraste que se realiza en el caso Baldassi para justificar el cambio de doctrina en relación con el Caso del Alcalde de Seclin. Pero, tal forma de proceder en el supuesto del boicot de productos extranjeros resulta criticable³². En primer lugar, porque en ambos casos se trata de unos mismos o muy similares hechos (productos de origen israelí en el contexto de un debate de política internacional), por lo que este tipo de acciones deben ser consideradas de interés general, y amparadas por las ciertas dosis de exageración que se le admite a la libertad de expresión, máxime cuando aquellas van referidas no a personas, sino a objetos materiales.

En segundo lugar, una sociedad democrática, como lo es la europea, debe tolerar, en el ámbito un debate político, una incitación a la acción u omisión, como

³⁰ ESQUIVEL ALONSO (2016), p. 7.

³¹ Caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia, STEDH de 14 de marzo de 2013, marg. 105.

³² Voto Particular del Juez Jungwiert a la STEDH de 16 de julio de 2009 (Caso Willem c. Francia).

manifestaciones de la expresión de una opinión o posición política sobre una cuestión de actualidad internacional, siempre que no constituyan incitación al odio, discriminación o violencia hacia las personas de manera directa y no por su relación con un producto o mercancía.

En tercer lugar, no se repara en ambos casos analizados la ausencia del requisito subjetivo –dolo, *mens rea*– necesario para apreciar cualquier delito de instigación al odio, la discriminación o la violencia: la intención de producirlos. Tanto el Alcalde de Seclin como los miembros del Colectivo Palestina 68, en el contexto político de ámbito internacional (escalada de violencia en el conflicto israelí-palestino), trasladaron este debate al ámbito de su localidad, haciendo un llamamiento al boicot en el consejo municipal o en los supermercados, permitiendo a protestar ante el comunicado o la presencia en los supermercados, y a los que instaban al boicot explicarse directamente, en el contexto de una actuación política³³. En consecuencia, ni de la valoración de la intencionalidad, ni de la forma de llamar en ambos casos al boicot cupo inferir la producción de efecto coactivo alguno hacia personas.

Así mismo, llama la atención que el TEDH haga referencia al mayor o menor éxito del llamamiento al boicot como un argumento *a fortiori* en la determinación de si una u otra acción conllevaron o no una incitación al odio, a la violencia o a la discriminación. Igualmente, resulta criticable que se aluda, aunque sea *orbiter dicta*, a cuestiones competenciales en el boicot de productos, lo que tampoco quitan o añade nada a la cuestión de fondo del ejercicio de la libertad de expresión política.

5.5. Un efecto colateral: boicot de productos extranjeros y legalidad penal

La referencia al ámbito de la incitación al odio provoca en el ámbito penal numerosos inconvenientes en el respeto a las exigencias de taxatividad, derivadas del principio de legalidad penal, ya que la referencia al “odio” conlleva altas dosis de vaguedad, lo que puede generar un peligro de anticipación de la intervención penal³⁴.

Además, en el Caso Baldassi, pese a la no previsión del boicot de productos en la reiterada Ley de 1881, el Tribunal de Apelación francés consideró que era suficiente con que el Tribunal de Casación se hubiera pronunciado en otros casos precedentes (Caso del Alcalde de Seclin) a favor de incluir el llamamiento al boicot de productos importados de Israel en el art. 24.8 de la citada Ley. En consecuencia, según el citado Tribunal, los apelantes tenían que haber previsto, dada la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Casación, que podrían ser condenados por tales hechos, lo que es respaldado por el TEDH, considerando que Francia no conculcó el art. 7 de la CEDH³⁵.

³³ En el Caso Willem c. Francia (marg. 38) se llega a sugerir que si el boicot lo hubiera acordado el Consejo Municipal no habría habido conculcación de los límites a la libertad de expresión, olvidándose que ninguna persona jurídica pública puede ser sujeto de responsabilidad penal por ningún delito, y que la votación no hubiera añadido o quitado nada al derecho a la libertad de expresión política individual del Alcalde.

³⁴ Tal como han puesto de manifiesto, entre otros: LANDA GOROSTIZA (1999), p. 27; LASCURAIN (2002), p. 57 y ss.; LAURENZO COPELLO (1996), p. 265.

³⁵ El art. 7 de la CEDH recoge el principio de legalidad penal: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

Como se pone de manifiesto en el Voto Particular del Juez O'Leary, la forma de interpretar el Derecho penal por parte de los Tribunales franceses fue, en primer lugar, "inventiva e insólita", no ajustándose a los estándares establecidos en la jurisprudencia del TEDH, la cual exige que las disposiciones penales sean accesibles y predecibles, y que no se apliquen de manera extensiva en perjuicio del acusado. En segundo lugar, la cuestión de la previsibilidad debe evaluarse desde el punto de vista de la persona condenada en el momento de la comisión del delito, para lo cual se tomó como referencia, en el caso Baldassi, la situación existente en 2015 y no en 2009, fecha en la que los primeros manifestantes del Caso Baldassi, armados con sus panfletos, se dirigían al hipermercado; sin olvidar que las resoluciones judiciales dictadas hasta ese entonces no fueron inconcusas. De hecho, en 2011 un Tribunal de París absuelve a un acusado que había publicado un video en Internet en el que se muestra una operación de boicot similar en un supermercado. Por lo tanto, los boicoteadores del Caso Baldassi, incluso asesorados por sus abogados, no tuvieron posibilidad de prever la norma penal en los términos que sostiene la mayoría en la Sentencia, y menos aún la tuvo, en consecuencia, el Alcalde de Seclin, pues, tal como denunciaba el Voto particular del Juez Jungwiert en el Caso Willem, la Ley 1881 le fue aplicada de forma extensiva.

En definitiva, esta doctrina del TEDH no solo genera inseguridad, siendo únicamente asumible en sistemas como el anglosajón, sino que es difícilmente sostenible desde la perspectiva del principio de legalidad del Derecho penal continental europeo, ya que equipara la existencia de una jurisprudencia precedente al Derecho positivo previamente vigente, lo que, bajo el prisma español, sólo sería admisible con relación a la "legislación negativa" emanada del Tribunal Constitucional.

6. CONCLUSIÓN

La lucha contra el discurso de incitación al odio, la violencia o la discriminación no puede convertirse en la fosa común de la libertad de expresión y el pluralismo político, cimientos irrenunciables de las democracias europeas, penalizando el llamamiento a acciones omisivas de protesta referidas a productos.

La oscilación de la respuesta ante el llamamiento al boicot de productos extranjeros está condicionada, tal como se ha apuntado en la doctrina³⁶, por la propia oscilación del TEDH sobre el discurso de odio, el cual en ocasiones identifica con el discurso que insta a la violencia sobre las personas, mientras que en otros casos se excluye tal requisito³⁷, aspecto que también ha incidido en el llamamiento al boicot de productos.

El discurso del odio abarca a un conjunto de acciones variadas basadas en la destrucción del otro, a quien se identificará como "enemigo"³⁸. Sin embargo, paradójicamente, en el caso de la condena del Alcalde de Seclin se incurre en el "Derecho penal del enemigo", al señalar como tal a cualquier cargo público por expresar libremente, en el desempeño de un cargo, su ideología política –la que le ha llevado hasta el cargo tras unas elecciones democráticas– y sobre un tema de interés

³⁶ ALCÁCER GUIRAO (2018), p. 6, n. 12.

³⁷ Caso Feret c. Bélgica, STEDH de 29 de abril de 2008.

³⁸ ESQUIVEL ALONSO (2016), p. 6.

público y de actualidad, dando una respuesta diferente en relación a los particulares ante iguales o muy similares hechos sin fundamento para ello.

Resulta criticable que el TEDH, para poder cambiar su doctrina condenatoria del llamamiento al boicot de productos en el caso Baldassi, acuda al argumento de la exigencia de neutralidad política en el ejercicio de un cargo político, lo cual es en sí mismo contrario al pluralismo político³⁹ al que el propio TEDH apela en las sentencias especialmente comentadas como un valor a proteger. De la misma manera, tampoco se puede exigir neutralidad política en el gasto de dinero público, pues, precisamente, cuando se vota a una opción política u otra se está votando los fines que se persiguen o la forma al utilizar el dinero público. Dicho gasto habrá de observar los requisitos del procedimiento financiero legalmente establecido, las normas de transparencia, etc., pero no habrá de observar, ni es de esperar que sea neutral. Tampoco cabría exigir neutralidad a cualquier votación del Consejo Municipal, el cual se conforma por una correlación de fuerzas políticas que tampoco es neutral.

En la condena del Alcalde del Seclin el TEDH confunde dos momentos distintos: la actividad política del electo en el ejercicio de su cargo durante su mandato y la actividad política del electo en el ejercicio de su cargo durante una campaña electoral, contexto en el que sí se le ha de exigir neutralidad al frente de cualquier institución. Tampoco tiene que ver con la neutralidad política, sino con el cumplimiento de principios del estado democrático, el no instar al odio, la discriminación o violencia contra las personas en ningún momento, lo que, de producirse, sería más grave en el caso de un cargo público, lo que no se da en el llamamiento al boicot a productos.

Por otra parte, habría que destacar la doble vara de medir que se observa en el TEDH, el cual, utilizando igualmente los instrumentos del abuso del derecho del art. 17 del CEDH y el test o ponderación de circunstancias en el citado conflicto, opta por hacer prevalecer la libertad de expresión en los discursos nacionalistas⁴⁰, los religiosos⁴¹, o los que podían atentar contra la identidad nacional o los símbolos del Estado⁴².

El TEDH debería recordar su propia doctrina cuando ha manifestado que se exige moderación en el recurso a la vía penal, sobre todo, cuando existan otros medios para responder a los ataques y críticas injustificadas⁴³. El mínimo exigible para legitimar la intervención penal en el boicot de productos extranjeros debe situarse en la lesión o puesta en peligro concreto de bienes jurídico-penales de las personas o de

³⁹ CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER (2005), pp. 181 y 194, consideran que: “Una sociedad democrática es, necesariamente, una sociedad plural, en la que la discrepancia es considerada un valor positivo”. Por eso, advierten, citando las conclusiones del Grupo de Estudio de Política Criminal, que en el Estado de Derecho se sigue utilizando el Derecho penal contra el adversario político...”.

⁴⁰ Caso Fáber c. Hungría, STEDH de 24 de julio de 2012.

⁴¹ Caso Müslüm Gündüz c. Turquía, STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003; caso Otto-Preminger-Institut c. Austria, STEDH (Gran Sala) de 20 de septiembre de 1994; caso Í.A. c. Turquía TEDH (Sección 2ª) de 13 de septiembre de 2005.

⁴² Caso Vajnai c. Hungría STEDH de 8 de julio de 2008, en relación a simbología comunista.

⁴³ Caso Otegi Mondragón c. Spain, STEDH de 15 de marzo de 2011; Caso Castells c. España, STEDH de 26 de abril de 1992, marg. 43; Caso Otegi Mondragón c. España, STEDH de 15 de marzo de 2011, marg. 58. Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (2019), p. 1 y ss.

los grupos en los que se integren que impida su participación social⁴⁴, y esto no abarca la incitación a comportamientos omisivos de consumidores en relación a determinados productos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. (2012): “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 14, págs. 1-32.

___ (2018): “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, Nº 1, págs. 1-38.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2019): “Las condenas a España en Estrasburgo por vulnerar la libertad de expresión”, págs. 1-20. Disponible en: https://eprints.ucm.es/57049/1/Libertad_expresi%C3%B3n_wp.pdf.

CARBONELL MATEU, J. C.; ORTS BERENGUER, Enrique (2005): “Un Derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, en *VVAA, Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, págs. 181-194.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. (2006): “La discriminación positiva en el ámbito penal”, en *La discriminación positiva*, CGPJ, págs. 277-332.

CRUZ VILLALÓN, P. (1989): “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 25, págs. 35-62.

ESQUIVEL ALONSO, Y. (2016): “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, Nº 35, págs. 3-43.

FERRAJOLI, Luigi (2007): “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, Nº 30, págs. 57-64.

FERRERES COMELLA, V. (2008): “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, págs. 1173-1187.

GARCÍA ROCA, Javier (2005): “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)”, en J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, págs. 631-657.

GIMÉNEZ GLÜCK, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blach, Valencia.

___ (2008): “Estado social y acciones positivas: Especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, en M. D. Díaz Palarea; D. M. Santana Vega, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, págs. 39-62.

⁴⁴ MIR PUIG (1994), p. 205 y ss.

- LANDA GOROSTIZA, J. M. (1999): *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2002): "Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas", en VVAA, *La libertad de información y de expresión, Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Ed. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 45-84.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996): "La discriminación en el Código Penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Nº 19, págs. 219-288.
- MIR PUIG, S. (1994): "Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del ius puniendi", en *Estudios Penales y Criminológicos (XIV)*, 1991, págs. 204-215.
- OVEJERO PUENTE, A. M. (2009): "Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas: los ejemplos de la Ley Integral contra la Violencia de Género y la Ley de Igualdad a debate", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 86, págs. 185-215.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T; "Otegui Mondragón C. España (STEDH de 15 de marzo de 2011). El derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo", en VVAA, *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997): "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en F. Rubio Llorente, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEPC, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991): "Igualdad y Derecho público", en VVAA, *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 1273-1292.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J. (1999): "Los derechos fundamentales en la Constitución Española", en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 105, págs. 9-28.
- SOTO GARCÍA, M (2012): "Los límites de la libertad de expresión en el debate político", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 42, págs. 575-591.
- TERUEL LOZANO, G. M^a (2017):" El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo", *ReDCE*, Nº 27. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm
- VILLACORTA MANCEBO, (2005): "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad, como límites (probablemente insuficientes)", en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 130, págs. 35-75.