

RELIGIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: RETRATOS DE MAHOMA

Robert Post^{*1}

El 30 de Septiembre de 2005, el diario danés *Jyllands-Posten* gestionó y publicó doce caricaturas en las que aparecía representado el profeta Mahoma². De acuerdo a los estándares estadounidenses, las caricaturas son prosaicas. Una es un retrato infantil de Mahoma en el desierto, otra muestra el rostro de Mahoma intercalado con símbolos islámicos, como el cuarto creciente y la estrella. Muchos se burlaron del diario, refiriéndose a las caricaturas como a “una maniobra de Relaciones Públicas” y a los periodistas como “una manga de provocadores reaccionarios”. Algunas contienen una sátira ordinaria y un tanto anodina³. Una muestra a Mahoma con un turbante en forma de bomba; otra confunde a Mahoma con San Pedro, retratando al profeta a la entrada de un cielo lleno de nubes, enfrentando a una larga línea de terroristas suicidas, diciendo “¡Paren, Paren! ¡Nos quedamos sin vírgenes!”.

La consecuencia de publicar estas caricaturas ha sido terrible. Ha habido disturbios en todo el mundo. De acuerdo a una estadística, 139 personas han muerto⁴. Se ha emitido una fatwa ofreciendo una recompensa de un millón de dólares por matar a los

* La traducción fue realizada por Yamilé Nadra, y revisada por Silvia Braicovich.

¹ Agradezco la maravillosa ayuda de Abha Khanna.

² Las caricaturas, junto con mucha información útil acerca de la controversia pueden verse en http://www.zombietime.com/mohammed_image_archive/jyllands-posten_cartoons/.

³ Las caricaturas son, ciertamente, bastante menos malintencionadas y racistas que las caricaturas antisemitas que normalmente aparecen en la Prensa Árabe (Arab press). Vea, por ejemplo, *Major Anti-Semitic Motifs in Arab Cartoons (Principales Motivos Antisemitas en las caricaturas árabes)*, <http://www.jcpa.org/phas/phas-21.htm>; *Cartoons From the Arab World (Caricaturas del Mundo Árabe)*, <http://www.tomgrossmedia.com/ArabCartoons.htm>, o que las caricaturas que ha publicado recientemente Irán en su búsqueda de caricaturas anti-semitas y anti-Holocausto. Vea <http://www.irancartoon.com/>. Para no quedarse en atrás, la revista israelí Dimona Comix ha anunciado su propio concurso de caricaturas anti-semitas, <http://drawn.ca/2006/02/14/israeli-anti-semitic-cartoon-contest/>, proclamando que “¡Le mostraremos al mundo que podemos hacer las mejores, más agudas y más ofensivas caricaturas de odio contra los judíos que se hayan publicado jamás! ¡Ningún iraní nos vencerá en nuestro propio juego!”. Vea <http://www.boomka.org/>.

⁴ Vea <http://www.cartoonbodycount.com/>.

humoristas⁵. Se cerraron diarios⁶, se despidió⁷ y encarceló⁸ a editores (de otros), un funcionario italiano fue obligado a renunciar por usar una remera con las caricaturas⁹, el canciller sueco de relaciones internacionales fue despedido por tratar de cerrar un sitio web que quería mostrarlas¹⁰.

El Islam contiene una rica historia de retratar al profeta Mahoma¹¹, pero las sectas fundamentalistas modernas que ahora dicen representar al Islam creen que está prohibido

⁵ *Pakistani Cleric Issues Fenwa Over Cartoons (Un clérigo paquistaní emite fenwa por caricaturas)* <http://www.foxnews.com/story/0,2933,185202,00.html>. Vea Michael Slackman and Hassan M. Fentah, *Furor Over Cartoons Pits Muslim Against Muslim (Furor por Caricaturas enfrenta a musulmán con musulmán)*, N.Y. TIMES, 21 de Febrero, 2006, en A1 (“Cualquiera que insulte al profeta debe enfrentar la espada,” dijo un imam en un reciente sermón de los Viernes en Yemen. Otro anunció: “El gobierno debe ejecutarlos”).

⁶ En Rusia, dos periódicos han sido cerrados. Steven Lee Myers, *2nd Russian Paper Shut in Cartoon Furor (Segundo periódico cerrado en el furor de las caricaturas)*, N.Y. TIMES, 21 de Febrero, 2006, en A10. Un periódico saudí también fue cerrado. Vea *Danish Cartoons Internenional*, <http://www.brusselsjournal.com/node/872>.

⁷ La revista de cultura finlandesa Kalito despidió a su editor, Jussi Vilku, por publicar una caricatura acerca del miedo de represiones violentas por comentar sobre el fundamentalismo islámico. Vea *Editor of Finnish Magazine Fired for Refusing to Remove Muhammad Cartoon (Editor de Revista Finlandesa Despedido por Negarse a Sacar una Caricatura de Mahoma)* <http://www.finlandforthought.net/2006/02/24/editor-of-finnish-magazine-fired-for-refusing-to-remove-muhammad-cartoon>.

El periódico de París *France Soir* despidió a su editor la tarde en que publicó las caricaturas danesas. Raymond Lakah, dueño del diario, anunció que su acción fue “una firme señal de respeto por las creencias y convicciones íntimas de todo individuo”. Craig S. Smith & Ian Fisher, *Temperatures Rise Over Cartoons Mocking Muhammad (Sube la temperenura por las Caricaturas Burlándose de Mahoma)*. N.Y. TIMES, 3 de Febrero, 2006, en A3. Fleming Rose, el editor danés que inicialmente decidió publicar las caricaturas dejó el *Jyllands-Posten* “de vacaciones por tiempo indefinido” Dan Bilefsky, *Danish Cartoon Editor on Indefinite Leave (Editor de Caricaturas Danés de Licencia por Tiempo Indefinido)*, N.Y. TIMES, 10 DE Febrero, 2006, en A5. Vea también Monica Davey, *Student Paper Prints Muhammad Cartoons, and Reaction is Swift (Periódico Estudiantil Publica Caricaturas de Mahoma y la Reacción es Veloz)*, N.Y. TIMES, 16 de Febrero, 2006, en A14.

⁸ “Once periodistas en cinco países [están] acusados por publicar algunas de las caricaturas”. Michael Slackman and Hassan M. Fentah, *Furor Over Cartoons Pits Muslim Against Muslim (Furor por Caricaturas Enfrenta a Musulmán con Musulmán)*, N.Y. TIMES, 21 DE Febrero, 2006, en A1.

⁹ Ian Fisher, *Italian Quits Over Cartoons (Italiano Renuncia por Caricaturas); 15 Die in Nigeria*, N.Y. TIMES, 19 DE Febrero, 2006, § 1, p. 16. La exhibición [de las caricaturas] generó estallidos en Libia, en los que murieron once personas.

¹⁰ *Swedish Foreign Minister Quits Over Cartoon Row (Ministro Sueco de Relaciones Exteriores Renuncia por Pelea sobre Caricaturas)*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4828052.stm>.

¹¹ Amir Taheri, *Bonfire of the Pieties (Hoguera de las Piedades)*, WALL ST. J., 8 de Febrero, 2006, en A16. Christopher Reynolds, *Muhammad on Museum Walls (Mahoma en las Paredes de Museo); Curators Take Care in Presenting Islamic Art and Manuscripts Depicting the Prophet (Conservadores de Museo se Cuidan al Presentar Arte Islámico y Manuscritos describiendo al Profeta)*, L.A. TIMES, 17 DE Febrero, 2006, disponible en <http://www.calendarlive.com/galleriesandmuseums/cl-et-muslim17feb17,0,1667440.story?coll=cl-art-top-right>. Para una buena colección de imágenes musulmanas, vea The Mohammad Image Archive (El Archivo de Imágenes de Mahoma), disponible en http://www.zombietime.com/mohammed_image_archive/islamic_mo_full/.

publicar cualquier representación de Mahoma, o, en algunas versiones, de cualquier profeta reconocido por el Islam¹². “Muchos musulmanes consideran blasfemo la mera publicación de la imagen de Mahoma”¹³. Por esta razón, las violentas protestas por la publicación de las caricaturas sin duda incluyeron muchas personas “indudablemente escandalizadas por lo que perciben como blasfemia”¹⁴. La cuestión de la que me ocuparé en este trabajo es cómo debería responder la ley ante este escándalo. ¿Cómo debería mediar la ley entre las demandas de santidad religiosa y libertad de expresión?

Esta es una cuestión muy reducida, que concierne sólo al poder coercitivo del estado. Es bastante diferente de la cuestión ética de cuándo y cómo uno debería hablar. No todo lo que está legalmente permitido es éticamente aconsejable. Carsten Juste –el Jefe de Edición del *Jyllands-Posten*– dijo más tarde que “Si hubiera sabido que las vidas de soldados y civiles daneses estarían en peligro, si hubiera sabido eso mientras mi dedo

¹² Kareem Fahim, *More Than 1,000 Protest Cartoon of Prophet (Más de 1000 Protestan por Caricatura de Profeta)*, N.Y. TIMES, 18 de Febrero, 2006, en B3.

¹³ Craig Smith and Ian Fisher, *Temperatures Rise over Cartoons Mocking Muhammad (Sube la Temperatura por las Caricaturas Burlándose de Mahoma)*, N.Y. TIMES, 3 DE Febrero, 2006, en A3.

¹⁴ Editorial, *Silenced by Islamist Rage (Silenciados por el Odio Islámico)*, N.Y. TIMES, 25 DE Febrero, 2006, en A14. Está claro que los disturbios también han sido fomentados por gobiernos seculares anti-occidentales, como Siria, y por Extremistas Islámicos que buscan desacreditar a los gobiernos árabes moderados. En una aguda discusión de las caricaturas, que sólo incluye su reproducción en la prensa estadounidense, el dibujante de caricaturas Art Spiegelman señaló que “el aspecto más perplejante de todo este asunto es por qué todas las manifestaciones violentas se centraron más en los estúpidos dibujos que en las verdaderamente horribles fotos que se ven con regularidad en *Al Jazeera*, en la televisión europea, en todos lados menos en en los principales medios de los Estados Unidos. Quizás es porque estas fotos de verdadera transgresión no tienen el aura mágica de las cosas que no se ven, como los malditos dibujos”. Art Spiegelman, *Drawing Blood: Outrageous Cartoons and the Art of Courage (N. De la T: El título original hace un juego lingüístico con el verbo draw. En inglés significa, a la vez, dibujar y, junto con el sustantivo blood –sangre–, “hacer sangrar”, “sacar sangre”. La primera parte del título, entonces, tendría el sentido de “Dibujando Sangre” y “Haciendo Sangrar”. El resto se traduce “Caricaturas Ultrajantes y el Arte del Coraje”)*, HVol. 312, No. 1873, June, 2006, 43-52, en 47.

Spiegelman notó que “ninguno de los millones de que protestaron vio alguna de las imágenes. Fue suficiente que les dijeran que se los había querido insultar. El *Jyllands-Posten* podría haberse ahorrado los \$129 que le pagó a cada uno de sus doce dibujantes, y simplemente haber publicado un titular de primera plana en letra 64 que gritara “¡Su Profeta usa Botas del Ejército!” then shouted. *Id.* en 46.

se cernía a un centímetro sobre el botón de enviar para publicar los dibujos, ¿lo habría apretado? No. Ningún Jefe de Edición responsable lo hubiera hecho¹⁵.

Juste tuvo toda la razón en distinguir el derecho legal de la corrección ética. Incluso si el *Jyllands-Posten* tenía derecho legal a publicar caricaturas que eran ofensivas, provocativas y pasibles de llevar a la violencia, hacerlo puede haber sido éticamente incorrecto. En este trabajo sólo analizo la cuestión del derecho legal.

I. EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA

La ley protege la expresión para salvaguardar los valores que la libertad de expresión le permite lograr a una sociedad. La naturaleza de estos valores es contenciosa. En este trabajo, analizaré el alcance de la libertad de expresión asumiendo que el principal valor que ella fomenta es la legitimidad democrática¹⁶.

La definición de democracia es, por supuesto, bastante controversial, pero comienzo con la premisa, que considero inobjetable, de que la democracia se relaciona con “la distinción entre autonomía y heteronomía: las formas democráticas de gobierno son aquellas en las que las leyes son hechas por las mismas personas a quienes van a aplicarse (y por esa razón son normas autónomas), mientras que en las formas autocráticas de gobierno, los que hacen las leyes son actores diferentes de aquellos a quienes las leyes están dirigidas (y, por lo tanto, son normas heterónomas)”¹⁷.

¹⁵ Citado en Alan Cowell, *Cartoons Force Danish Muslims to Examine Loyalties (Caricaturas Fuerzan a los Musulmanes Daneses a Rever Lealtades*, N.Y. TIMES, 4 DE Febrero, 2006, en A3.

¹⁶ Para una defensa de esta posición, vea, Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence (Reconciliando Teoría y Doctrina en la Jurisprudencia de la Primera Enmienda)*, 88 CAL. L. REV. 2355 (2000).

¹⁷ NORBERTO BOBBIO, *DEMOCRACIA Y DICTADURA: LA NATURALEZA Y LOS LÍMITES DEL PODER DEL ESTADO* 137 (Peter Kennealy trad., 1989).

Cuando usamos esta definición, debemos distinguir inmediatamente “democracia” de “soberanía popular”, un estado de cosas en el cual el pueblo ejerce el control definitivo sobre su gobierno. La soberanía popular es compatible con formas de fascismo popular en las que un dictador tiene la genuina y espontánea de un pueblo entero¹⁸. También debemos distinguir democracia de “mayoritarismo”, en el cual una mayoría del pueblo ejerce control sobre su gobierno¹⁹. Aunque frecuentemente se dice que “cualquier restricción importante al poder mayoritario, como un principio de libertad de expresión, es por naturaleza, antidemocrático, anti-mayoritario”²⁰, es claro que las mayorías pueden implementar reglas que son manifiestamente inconsistentes con la democracia, como, por ejemplo, votar una monarquía para el gobierno. Estos ejemplos sugieren que la soberanía popular y el “mayoritarismo” pueden estar íntimamente asociados con la práctica de la democracia, pero, en si mismos no la definen. Esta es la razón por la que no carece de sentido concluir que ejercicios particulares de la soberanía popular o el “mayoritarismo” son antidemocráticos.

La democracia es diferente de la soberanía popular y el “mayoritarismo” es una idea normativa que remite a valores políticos sustantivos²¹, mientras que la soberanía popular y el mayoritarismo son términos descriptivos que refieren a procedimientos particulares de toma de decisión. Esenciales para la democracia son los valores que nos permiten determinar si, en circunstancias específicas, procedimientos particulares de toma de decisión son realmente democráticos. Los gobiernos, por ejemplo, no se vuelven

¹⁸ Sobre la distinción entre democracia y soberanía popular, vea Robert Post, *Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review (Democracia, Soberanía Popular y Control Judicial)*, 86 CAL. L. REV. 429 (1998).

¹⁹ Pero vea ROBERT DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (UN PREFACIO A LA TEORÍA DEMOCRÁTICA) 67 (1957).

²⁰ Frederick Schauer, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY (LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UNA CUESTIÓN FILOSÓFICA) 40-41 (1982).

²¹ Sobre la democracia como un valor sustantivo, vea Frank Michelman, *Brennan and Democracy (Brennan y la Democracia)*, 86 CAL. LAW REV. 399 (1998).

democráticos meramente por llamar a elecciones en las que gobiernan las mayorías. Esas elecciones se realizan actualmente en Corea del Norte. Para saber si estas elecciones hacen a Corea del Norte democrática, es necesario investigar si estas elecciones se implementan de una manera funcional a los valores democráticos. Es un grave error confundir a la democracia con procedimientos particulares de toma de decisión, y no poder identificar los valores centrales que la democracia, como forma de gobierno, busca implementar.

Porque estos valores están asociados con la práctica de la autodeterminación²², debemos preguntarnos qué significa para un pueblo autogobernarse. Frecuentemente se interpreta que esta práctica implica que el pueblo sea el responsable definitivo de las decisiones gubernamentales, o bien tomándolas directamente, o bien eligiendo a aquellos que lo hacen²³. Esta es la visión de, por ejemplo, Alexander Meiklejohn u Owen Fiss. Pero es una descripción insuficiente de la práctica del autogobierno. Por razones que explicaré, creo que es preferible decir que la práctica del autogobierno requiere que un pueblo tenga la convicción fundada de que se está gobernando a sí mismo²⁴. La distinción es crucial, porque enfatiza la diferencia entre tomar decisiones particulares y reconocer decisiones particulares como propias. Lo esencial para el autogobierno es la autoría, y no de la toma, de las decisiones.

Podemos comprobar esta distinción imaginando una situación en la que el pueblo retiene su capacidad colectiva de decidir asuntos, pero los individuos dentro de la

²² HANS KELSEN, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y EL ESTADO* 284-86 (Anders Wedberg trad., 1961).

²³ *Vea, por ej.*, ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (LIBERTAD POLÍTICA: LOS PODERES CONSTITUCIONALES DEL PUEBLO)* (1948).

²⁴ La idea del concepto de una “convicción fundada” es que una convicción subjetiva de autogobierno no es una condición determinante y preclusiva para la aplicación de los valores democráticos. La convicción debe pasar un escrutinio, lo que significa que está siempre abierta a que terceros traten de convencer a un ciudadano o ciudadana que su experiencia de autogobierno es ilusoria.

colectividad se sienten irremediabilmente ajenos a estas decisiones. Suponga, por ejemplo, que en el estado “X”, se provee a los ciudadanos de computadoras interactivas que deben usar por las mañanas para registrar sus preferencias con respecto a temas varios. Cada mañana, se presenta una agenda de decisiones elaborada por una asamblea electa. Los ciudadanos de “X” deben decidir qué color de ropas debería usarse, qué menú debería servirse en el almuerzo y en la cena, los límites de las zonas de asistencia para la escuela del barrio, si debería ponerse un cartel de “Alto” en un cruce de caminos local, y afines. Asuma que los ciudadanos de “X” pueden obtener con su computadora cualquier información que consideren relevante para sus votos, incluyendo información acerca de los probables puntos de vista de otros ciudadanos.

Imagine, también, que “X” no tiene discurso público. No hay ni diarios ni radio y televisión. El estado prohíbe los partidos políticos y las asociaciones. Proscribe las demostraciones públicas y que los individuos publiquen sus opiniones a otros ciudadanos. Cada ciudadano debe decidir en soledad. Las decisiones en “X”, sin embargo, se toman sobre la base del voto mayoritario de la colectividad, y, por lo tanto, se requiere que todos los individuos cumplan: vestirse de azul, o servir pollo para el almuerzo, o ir a una escuela determinada, o detenerse en el cruce de caminos local. Los individuos en el estado “X” se sienten completamente ajenos a estas decisiones. No se identifican con ellas; por el contrario, se sienten controlados y manipulados por la fuerza externa de la colectividad.

¿Consideraríamos al estado “X” como ejemplo de una sociedad que se gobierna a sí misma? Aunque en el Estado “X” el pueblo conserva su habilidad “como una

colectividad de decidir su propio destino”²⁵ –lo que implica que toma decisiones por una regla mayoritaria– dudo mucho de que podamos caracterizar al estado “X” como una democracia. Es mucho más probable que lo condenemos como una distopía tiránica. Rosseau diagnosticó hace mucho la razón para esta condena: la toma de decisiones colectivas es sencillamente opresiva a menos que haya alguna conexión interna entre las voluntades particulares de los ciudadanos como individuos y la voluntad general de la comunidad²⁶.

Por supuesto que es implausible sostener –como se podría pensar que lo hacía Rosseau– que puede existir una identidad total entre las voluntades particulares de los ciudadanos como individuos y la voluntad general de un estado democrático. Es suficiente que los ciudadanos puedan reconocer, como individuos, en la voluntad general la potencialidad de su propia autoría²⁷. Cuando esto ocurre, la toma de decisiones colectiva es democrática porque se experimenta como autodeterminación. Pero cuando los ciudadanos se sienten alienados de la voluntad general, o del proceso por el cual se crea la voluntad general votar sobre los asuntos es meramente un mecanismo de toma de decisiones que puede fácilmente tornarse opresivo y antidemocrático.

Se sigue que el valor de la democracia sólo puede concretarse si hay una continua mediación entre la autodeterminación colectiva y la autodeterminación individual de cada

²⁵ OWEN FISS, *LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USES OF STATE POWER* (EL LIBERALISMO DIVIDIDO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS VARIOS USOS DEL PODER DEL ESTADO 37-38 (1996).

²⁶ Jean-Jacques Rousseau, *EL CONTRATO SOCIAL* (Maurice Cranston trad, 1968). pp. 58-62. Ironicamente, Rousseau parece haber considerado la posibilidad de que la voluntad general fuera formada a través de un proceso de alienación como el que he esbozado. “De las deliberaciones de un pueblo correctamente informado, y dado que sus miembros no tengan comunicación alguna entre sí, el gran número de pequeñas diferencias siempre producirá una voluntad general, y la decisión siempre será buena. Id. En 73. Esto sugiere que Rosseau puede haber tenido una comprensión más fina de los prerequisites analíticos de la democracia que de la dinámica sociológica necesaria para su logro.

²⁷ Para una explicación completa de este argumento, vea Robert Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse* (*El Error de Meiklejohn: Autonomía Individual y la Reforma del Discurso Público*), 64 U. COLO. L. REV. 1109 (1993).

ciudadano²⁸. Si la democracia requiere que los ciudadanos perciban a su gobierno como propio, como representándolos, deben percibir que el estado de alguna manera responde a sus propios valores e ideas. ¿Cómo es esto posible en las condiciones modernas de diversidad, cuando los ciudadanos de un estado son heterogéneos y disienten entre sí? El foco de análisis debe correrse de las decisiones específicas del estado al proceso por el cual se autorizan estas decisiones. Los ciudadanos deben percibir que el proceso responde a sus propios valores e ideas.

Las democracias modernas conciben este proceso en términos de comunicaciones. Buscan hacer que las decisiones del estado respondan a la opinión pública, y proteger la libertad de expresión para que los ciudadanos puedan participar en la formación de la opinión pública. Esperan que la oportunidad de participar libremente en la formación de la opinión pública será suficiente para permitir a los ciudadanos percibir a su gobierno como propio, aun si deben vivir en común con otros ciudadanos que tienen diferentes opiniones y, en general, disienten. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos decimos que la Primera Enmienda, que es anti-mayoritaria, es, de todas formas “la guardiana de nuestra democracia”²⁹. Hans Kelsen, hablando de la democracia, lo expresó así:

Un sujeto es políticamente libre en tanto su voluntad individual está en armonía con la voluntad “colectiva” (o “general”) expresada en el orden social. Tal armonía de la voluntad colectiva y la individual es garantizada sólo si el orden social es creado por los individuos cuyo comportamiento regula. El orden social implica determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, esto es, la

²⁸ He argumentado en otra parte que “[l]a problemática esencial de la democracia está en la reconciliación de la autonomía individual y la colectiva” ROBERT POST, ÁMBITOS CONSTITUCIONALES: DEMOCRACIA, COMUNIDAD, ADMINISTRACIÓN 7 (1995). Para una discusión completa, vea Robert Post, *Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social Form (Entre la Democracia y la Comunidad: La Constitución Legal de la Forma Social)*, en DEMOCRATIC COMMUNITY: NOMOS XXXV (COMUNIDAD DEMOCRÁTICA: NOMOS XXXV) 163, 178-79 (John W. Chapman & Ian Shapiro eds., 1993).

²⁹ *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45, 60 (1982).

libertad dentro del orden social, es autodeterminación del individuo cuando éste participa en la creación del orden social.....

La voluntad de la comunidad, en una democracia, siempre se crea através de una constante discusión entre mayoría y minoría, a través de la libre consideración de argumentos a favor y en contra de cierta regulación de un tema. Esta discusión se da no sólo en los parlamentos, sino también, y sobre todo, en reuniones políticas, en diarios, libros y otros vehículos de opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción de términos.³⁰

Una democracia debe proteger los procesos de comunicación por medio de los cuales los ciudadanos buscan un “acuerdo” que es “no cohesionado, y alcanzado por los ciudadanos de manera consistente con que se vean como personas libres e iguales”³¹. Por supuesto, en las condiciones modernas de heterogeneidad, un acuerdo real es imposible, de modo que la noción de acuerdo funciona meramente como una “idea reguladora”³² para la formación de la opinión pública. Si usamos el término “discurso público” para referirnos a los procesos de comunicación por los cuales se forma la opinión pública, podemos decir que el discurso público se esfuerza, continua pero infructuosamente, por mediar entre la autodeterminación colectiva y la individual para producir “una voluntad común, formada a través de la comunicación y clarificada discursivamente en la esfera pública política”³³.

En una democracia moderna, por lo tanto, los ciudadanos son libres de involucrarse en el discurso público para hacer que el estado responda a sus ideas y valores, con la esperanza de que, aun si éste actúa de manera inconsistente con esas ideas y valores, los ciudadanos pueden, de todas formas, seguirse identificando con él. La libertad de expresión es, por lo tanto, una condición necesaria para la legitimidad democrática, pero no una condición suficiente. Si el estado evita que los ciudadanos

³⁰ KELSEN, *op. cit.* (note 22), pp. 285-88.

³¹ John Rawls, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 229-30 (1985).

³² J.N. FINDLAY, KANT AND THE TRANSCENDENTAL OBJECT: A HERMENEUTIC STUDY 241 (1981).

³³ JÜRGEN HABERMAS, THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION 81 (Thomas McCarthy trans., 1987).

participen en el discurso público cuando ellos lo harían si así no fuera, el estado pierde legitimidad democrática con respecto a esos ciudadanos, porque les impide intentar que la opinión pública responda a sus opiniones.

Las caricaturas danesas de Mahoma que estamos considerando evidentemente son parte del discurso público³⁴. Se refieren a asuntos de controversia pública intensa. Cuando el autor danés Kåre Bluitgen se quejó de que no podía encontrar un artista lo suficientemente valiente como para ilustrar su próximo libro para niños sobre la vida de Mahoma³⁵, el editor de cultura del *Jyllands-Posten* decidió probar el “miedo a la violencia de radicales islámicos” invitando a miembros de la Sociedad Danesa de Dibujantes de Caricaturas para que retrataran sus interpretaciones del Profeta³⁶. Como explicó Kurt Westergaard –autor del “incendiario pero dignificado” de Mahoma con un turbante en forma de bomba que “se ha convertido en la metonimia de toda la controversia”³⁷– explicó subsiguientemente en una entrevista: “La caricatura no está dirigida contra el Islam en conjunto, sino contra la parte de él que, obviamente, puede inspirar violencia, terrorismo, muerte y destrucción”³⁸. El miedo a estos aspectos del

³⁴ Exactly how to draw the boundaries of public discourse is complex and complicated matter. For a discussion, see Robert Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 HARV. L. REV. 601, 667-84 (1990).

³⁵ http://www.zombietime.com/mohammed_image_archive/jyllands-posten_cartoons/.

³⁶ Craig Smith, *Adding Newsprint to the Fire (Echándole Papel de Edición al Fuego)*, N.Y. TIMES, Feb. 5, 2006, § 4, p. 5. Un columnista del *New York Times* ha caracterizado a las “débiles e insensibles caricaturas” publicadas por el *Jyllands-Posten* como “elaboradas como una provocación de un diario conservador, aprovechando la prohibición musulmana general de las imágenes del profeta Mahoma para asestar un par de golpes bajos sobre la libertad de expresión”. Michael Kimmelman, *A Startling New Lesson in the Power of Imagery (Una Sorprendente Nueva Lección sobre el Poder de las Imágenes)*, N.Y. TIMES, Feb. 8, 2006, en E1. Spiegelman nota que *The [New York] Times* eligió ilustrar el artículo de Kimmelman con una imagen del ¡*Sagrada Virgen María!* de Chris Ofili —la pintura moteada de excremento de elefante que puso al Alcalde de Nueva York, Giuliani, tan furioso a causa de sus votantes católicos, que demandó al Museo de Brooklyn sin siquiera ver la obra de Ofili. Uno sólo puede asumir que la pintura fue elegida sobre cualquier a de las, más recientes, caricaturas germánicas, porque es más probable que los flacos cristianos vuelen clínicas donde se hacen abortos que oficinas de diarios”. Spiegelman, *supra* nota 14, en 47.

³⁷ Spiegelman, *supra* nota 14, at 48.

³⁸ Citado en Spiegelman, *supra* nota 14, en 48. Spiegelman observa con perspicacia de estas caricaturas que “el airado artista se libró con éxito del deber de ponerle un alto a los asuntos que tiene el que hace caricaturas políticas. Si el dibujo simplemente no hubiera aparecido bajo la rúbrica de “la cara de

Islam es relevante para cuestiones importantes de política pública, como la inmigración. Si la política pública debe estar dirigida por una opinión pública inteligentemente informada, y si los ciudadanos deben sentir que la política pública responde a sus opiniones, deben ser libres de expresar y discutir sus puntos de vista sobre los temas satirizados en las caricaturas del *Jyllands-Posten*.

II. LA SUPRESIÓN DE LA BLASFEMIA

Se sigue que si la libertad de expresión debe ser funcional al valor de la legitimidad democrática, las caricaturas danesas deberían ser inmunes a la censura legal. Esta conclusión, sin embargo, es solamente el principio del análisis. Debemos preguntarnos si hay intereses estatales que podrían justificar suprimir las caricaturas de todas maneras. En el contexto de las caricaturas, hay tres de esos intereses que se han invocado: la supresión de la blasfemia, la protección de grupos religiosos y la prevención de la discriminación. Discutiré cada uno de ellos sucesivamente.

El estado tiene un interés en suprimir la blasfemia en la medida en que tiene un interés en proteger el respeto que se le debe a Dios³⁹. Samuel Johnson definió “blasfemia” como “una ofrenda de indignidad hacia Dios mismo”⁴⁰. La ley criminalizó la

Mahoma”, habría sido más inmediatamente visto como representando específicamente el aspecto homicida del fundamentalismo que uno que... hacía de este dibujo una profecía autocumplida”. *Id. en* 48-49.

³⁹ Para una discusión, vea Robert Post, *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment (Heterogeneidad Cultural y Derecho: Pornografía, Blasfemia y la Primera Enmienda)*, 76 CAL. L. REV. 297 (1988). En Inglaterra, la blasfemia era un delito del derecho común; una de las cuatro ramas de la injuria criminal, siendo las otras tres: obscenidad, sedición y difamación. Vea J.R. Spencer, *Criminal Libel--A Skeleton in the Cupboard (Injuria como crimen: un esqueleto en el armario)* (1) CRIM. L. REV..383 (1977). El conjunto de las cuatro ramas de injuria criminal buscaba asegurar que la expresión no violara normas de respeto y corrección establecidas. El principal objetivo de la blasfemia era evitar las faltas de respeto a Dios, que, de acuerdo a Blackstone podía manifestarse “negando su existencia o providencia; o por reproches insolentes a Cristo, nuestro Salvador”. WILLIAM BLACKSTONE, 4 COMMENTARIES (COMENTARIOS) *59.

⁴⁰ SAMUEL JOHNSON, A DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE (UN DICCIONARIO DEL IDIOMA INGLÉS) n.p. (1756). Benjamin Norton Defoe definió la blasfemia como “lenguaje vil u oprobioso, tendiente al

blasfemia sobre la base de “el patente principio de que la importancia pública de la religión cristiana es tan grande que nadie está autorizado a negar su verdad”⁴¹. En 1841 la Comisión Inglesa en Derecho Penal informó que “el derecho común inglés castiga como delito cualquier negación general de la verdad de la Cristiandad, sin importar el lenguaje o el temperamento con el que se hace esa negación”⁴².

Alrededor de mediados del siglo XIX, la ley británica sobre la blasfemia comenzó a evolucionar. En lugar de proteger el respeto debido a Dios, buscaba proteger los sentimientos y la sensibilidad de los grupos religiosos. En 1883, por ejemplo, Lord Coleridge explicó que, independientemente de lo que los “viejos casos” puedan haber dicho, “la mera negación de la verdad de la Cristiandad no es suficiente para configurar el delito de blasfemia”⁴³. En su lugar, definió el delito de injuria blasfema como la publicación de comunicaciones “calculadas y dirigidas a insultar los sentimientos y las más profundas convicciones religiosas de la gran mayoría de las personas entre las cuales vivimos”⁴⁴. El objetivo de la blasfemia cambió para prevenir “ultrajes al sentimiento general de corrección entre las personas en las que vivimos”⁴⁵. Si se respetan las convenciones para la controversia, incluso lo fundamental de la religión puede ser atacado sin que el escritor sea culpable de blasfemia”⁴⁶.

Deshonor de Dios”. BENJAMIN DEFOE, A COMPLETE ENGLISH DICTIONARY (UN DICCIONARIO COMPLETO DE INGLÉS) n.p. (1735).

⁴¹ 2 JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND (UNA HISTORIA DEL DERECHO PENAL DE INGLATERRA) 475 (1883). La ley inglesa de blasfemia fue usada con éxito para perseguir penalmente a individuos por publicar trabajos como *La Edad de la Razón* de Thomas Paine, *id.* at 471-73, *Rex v. Williams*, 26 Howell's St. Tr. 653 (K.B. 1797); *Rex v. Carlile* (Richard), 1 St. Tr. N.S. 1387 (1819), el poema de Shelley *Reina Mab*, *Regina v. Moxon*, 4 St. Tr. N.S. 693 (1841), y los populares Discursos de un temprano Deist –un pastor y Miembro de la Universidad de Sydney Sussex, en Cambridge– que urgía a interpretar alegóricamente, más que literalmente, los milagros descritos en el Nuevo Testamento. *Vea Rex v. Woolston*, 94 Eng. Rep. 112, 1 Barn. K.B. 162 (1729).

⁴² Sexto Informe de la Comisión de Derecho Penal 83 (1841).

⁴³ *Regina v. Ramsay and Foote*, 15 Cox C.C. 231, 236 (1883).

⁴⁴ *Regina v. Bradlaugh*, 15 Cox C.C. 217, 230 (1883).

⁴⁵ *Id.* en 231.

⁴⁶ *Ramsay and Foote*, 15 Cox C.C. at 238.

Este es esencialmente la situación del delito de injuria blasfema en Gran Bretaña hoy⁴⁷. Se prohíbe “cualquier tema despectivo, vilipendioso, difamatorio o ridículo relacionado con Dios, Jesucristo o la Biblia”, pero provee que opiniones hostiles a la Cristiandad pueden ser expresadas en forma “decente y moderada”⁴⁸. Recuento este desarrollo para enfatizar la distinción entre el interés de un estado en proteger el respeto debido a Dios, y el interés de un estado en proteger los sentimientos y convicciones religiosas de grupos religiosos. Trataré el primero en esta sección de mis comentarios, y el último en la sección subsiguiente.

Las leyes de blasfemia que protegen lo sagrado y el respeto debido a Dios son comunes. Pakistán, por ejemplo prevé la pena de muerte para cualquiera que “a través de una imputación o insinuación directa o indirecta profane el sagrado nombre del Santo Profeta”⁴⁹. Un profesor en una facultad de medicina fue sentenciado a muerte por especular que los padres de Mahoma podrían no haber sido musulmanes, y que antes de recibir las revelaciones de Dios a la edad de 40 años. Mahoma podría no haberse afeitado el vello público”⁵⁰. Los cristianos musulmanes son particularmente vulnerables a la persecución penal⁵¹.

⁴⁷ Regina v. Lemon, 1979 App. Cas. 617.

⁴⁸ Wingrove v. United Kingdom, 24 Eur. H.R. Rep. 1, 7 (1996).

⁴⁹ For a discussion, see Donna E. Arzt, *Heroes or Heretics: Religious Dissidents Under Islamic Law*, 14 WIS. INT’L L. J. 349 (1996).

⁵⁰ Nicholas D. Kristof, *Watch What You Say (Cuidado con lo que Dices)*, N.Y. TIMES, 21 DE Junio, 2002, en A 21. Arzt describe un incidente en el cual “una muchedumbre frenética, inspirada por un religioso paquistaní, irrumpió en una cárcel y le prendió fuego a un hombre que esperaba para ser juzgado por quemar una página del *Corán*. Había resbalado accidentalmente y caído en una estufa mientras sostenía el Libro Sagrado”. Arzt, *supra* nota 49, at 399 (citando John W. Anderson, *Islamic Vigilante Justice: Critics Say Pakistani Blasphemy Laws Fuel a Rise in Religious Fanaticism (La Justicia Por Mano Propia Islámica: Críticos Dicen que las Leyes de Blasfemia Paquistaníes Alimentan una Suba en el Fanatismo Religioso)*, INT’L HERALD TRIB. , 18 y 19 de Junio, 1994, en 1).

⁵¹ Salman Masood, *Blasphemy Laws and Church Attacks Fuel Strife in Pakistani Town, Christians Say (Cristianos afirman que las Leyes de Blasfemia y los Ataques a las Iglesias Alimentan los Conflictos en Pueblo Paquistaní)*, N.Y. TIMES, 11 de Diciembre, 2005, § 1, p. 18; Jeanne Moore, *World Debriefing*, N.Y. TIMES, 12 DE Agosto, 1999, en A 4; *Pakistani Catholic Cleric Buried; Muslims Burn Christian Homes (Clérigo Católico Paquistaní Enterrado; Musulmanes Queman Hogares Cristianos)*, N.Y. TIMES, 11 DE

Algunos de los que sostienen que las caricaturas danesas deberían ser prohibidas por ley argumentan que ellas son blasfemas porque le faltan el respeto a Dios o Mahoma, su Profeta. El Rey Abdullah de Jordán, por ejemplo, anunció que “Con todo respeto a las libertades de prensa, obviamente es necesario condenar cualquier cosa que vilipendie al Profeta Mahoma, la paz sea con él”⁵². Un comunicado de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), un grupo formado por las 57 naciones musulmanas del mundo, condenó la “profanación de la imagen del Santo Profeta Mahoma en los medios”⁵³. Un legislador de Hamas proclamó que “Estamos enojados; muy, muy, muy enojados... Nadie puede decir una mala palabra sobre nuestro Profeta”⁵⁴.

La cuestión es cómo se puede reconciliar un interés del estado en salvaguardar el respeto debido a Dios y sus profetas con la libertad de expresión necesaria para la legitimidad democrática. Hay una obvia e inmediata contradicción entre mantener el discurso público abierto a todas las opiniones y excluir del discurso público a aquellos que niegan lo sagrado. Con respecto a los que no comparten las creencias religiosas protegidas por las leyes de blasfemia y que son expulsados por eso del discurso público, el estado se vuelve heterónimo. Pierde legitimidad democrática con respecto a aquellos que no creen en las verdades protegidas por una ley de blasfemia.

La pérdida en legitimidad democrática puede ser aceptable si un estado no aspira a gobernar democráticamente a aquellos con creencias religiosas diferentes. Pero estados más modernos definen su jurisdicción en términos de un territorio geográfico que incluye

Mayo, 1998, AT A8; *When Politics Hides Behind Islam (Cuando la Política se Esconde tras el Islam)*, N.Y. TIMES, 7 DE Agosto, 1994, § 4, p. 16.

⁵² David E. Sanger, *Bush Urges Nations to End Violence; Rice Accuses Syria and Iran (Bush Urge a las Naciones a Terminar con la Violencia; Rice acusa a Siria y a Irán)*, N.Y. TIMES, 9 de Febrero, 2006, en A14.

⁵³ Hassan M. Fattah, *At Mecca Meeting, Cartoon Outrage Crystallized (Se Cristaliza el Escándalo de las Caricaturas en una Reunión en la Meca)*, N.Y. TIMES, Feb. 9, 2006, en A 1.

⁵⁴ Craig S. Smith e Ian Fisher, *Temperatures Rise Over Cartoons Mocking Muhammad (Sube la Temperatura por las Caricaturas burlándose de Mahoma)*, N.Y. TIMES, 3 DE Febrero, 2006, en A3.

a personas de muchas creencias diferentes. En cuanto es importante la legitimidad democrática con respecto a las personas que no comparten las creencias custodiadas en una ley de blasfemia estatal, esa pérdida de legitimidad democrática debería ser inaceptable.

III. LA PROTECCIÓN DE GRUPOS RELIGIOSOS

No hay duda de que por alguna razón como esta la ley británica de blasfemia evolucionó a mediados del S. XIX, pasando de ser una ley designada para proteger lo sagrado, a ser una designada a proteger a grupos religiosos. La ley británica era (y es) anómala, porque protege los sentimientos religiosos de un solo grupo religioso –los anglicanos⁵⁵– mientras que, si este argumento para suprimir la expresión se llevara a sus máximas consecuencias, justificaría una prohibición discriminatoria de toda expresión que ofenda los sentimientos religiosos de cualquier grupo religioso. En la actualidad, muchos estados tienen leyes de este tipo. Oriana Fallaci, por ejemplo, está siendo juzgada por el crimen de blasfemia en Italia porque sus ataques al Islam “ofenden una religión reconocida por el Estado difamando a aquellos que la profesan”⁵⁶.

Esta clase de ley de blasfemia fue analizada en 1993 por la Corte Europea de Derechos Humano en el caso *Otto Preminger Institute v. Austria*. La ley austriaca

⁵⁵ R. v. Chief Metropolitan stipendiary Magistrate ex parte Choudhury, 3 W.L.R. 986 (1990); Anthony Chase, *Legal Guardians: Islamic Law, International Law, Human Rights Law, and the Salman Rushdie Affair (Guardianes de la Ley: Derecho Islámico, Derecho Internacional, Leyes de Derechos Humanos y el Asunto de Salman Rushdie)*, 11 AM. U.J. INT’L L. & POL’Y 419-20 (1996). El 16 de Febrero de 2006, Gran Bretaña promulgó el Acta de Odio Racial y Religioso de 2006, que prescribe que “Una persona que use palabras o comportamientos amenazantes o despliegue cualquier material escrito amenazante es culpable de un delito si intenta, por ese medio, azuzar el odio religioso”. § 29B. El Acta define “odio religioso” como “odio contra un grupo de personas definidas en referencia a su creencia religiosa o su carencia de creencia religiosa.” § 29A. El acta prohíbe así las amenazas que azucen odio religioso contra cualquier grupo religioso, no solamente los anglicanos.

⁵⁶ Margaret Talbot, *The Agitator: Oriana Fallaci Directs Her Fury Against Islam (La Agitadora: Oriana Fallaci Dirige su Furia Contra el Islam)*, THE NEW YORKER, 5 DE Junio, 2006, 59-67, en 61.

imponía penas a cualquiera que, a través de comportamiento “que probablemente genere indignación justificada, desprecie o insulte una persona u objeto que sean venerados por una iglesia o comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma, una costumbre legal, o una institución legal de tal iglesia o comunidad religiosa”⁵⁷. Las autoridades austriacas habían invocado el estatuto para justificar la censura de una película, *Liebeskonzil*, que ofensivamente satirizaba las creencias cristianas mostrando a “Dios, el Padre... tanto en imagen como en texto, como un idiota senil e impotente, a Cristo como un cretino y a María Madre de Dios como una mujer licenciosa”⁵⁸.

Confirmando la censura, la Corte Europea de Derechos Humanos invocó “el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de opiniones de otras personas”⁵⁹. Razonó que “en casos extremos, el efecto de métodos particulares de oponerse a, o negar, creencias religiosas puede ser tal que inhiba a aquellos que las tienen de ejercer su libertad de tenerlas y expresarlas”⁶⁰. De la misma manera sostuvo que “las representaciones provocativas de objetos de veneración religiosa... pueden ser consideradas como una violación maliciosa del espíritu de tolerancia, que también debe ser un rasgo de la sociedad democrática”⁶¹.

⁵⁷ *Otto Preminger Institut v. Austria*, 19 Eur. H.R. Rep. 34, ¶ 25 (1994) (citando § 188 del Código Penal de Austria).

⁵⁸ *Id.* En ¶ 16 (Citando la sentencia de la Corte Regional de Austria).

⁵⁹ *Id.* En ¶ 48.

⁶⁰ *Id.* En ¶ 47.

⁶¹ *Id.* En una decisión subsecuente, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó una la censura, opor parte de Gran Bretaña, de una película que mostraba a un santo católico en un estado éxtasis sexual. *Wingrove v. United Kingdom*, 24 Eur. H.R. Rep. 1, 7 (1996). El razonamiento de la Corte, sin embargo, fue mucho menos sustantivo, y basó su decisión en la conclusión de que “los Estados Contratantes tienen un margen más amplio de apreciación para regular la libertad de expresión con relación a asuntos que pueden ofender convicciones personales íntimas en la esfera de la moral o, especialmente, de la religión”. *Id.* at ¶ 58.

“Más aun, como en el campo de la moral, y quizás incluso en un grado mayor, no hay una concepción europea uniforme de los requerimientos para “la protección de los derechos de otros” ante ataques a sus convicciones religiosas. Lo que puede ofender a personas de una creencia religiosa particular variará significativamente con el tiempo y los lugares, en especial en una época caracterizada por un creciente conjunto de fés y denominaciones. Por su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están, en principio, en una

La lógica de la Corte era esencialmente que las personas tienen un derecho a no ser insultadas en sus creencias religiosas porque las ofensas de esta clase inhiben el derecho esencial de practicar una religión. Algo como esta finalidad era evidente en la controversia sobre las caricaturas danesas. La OCI denunció a las caricaturas como ofensivas “a cientos de millones de musulmanes en todo el mundo” y como “orientadas a perturbar y enfurecer a los musulmanes”⁶². La OCI argumentó que, por esta razón, las caricaturas “no podrían ser consideradas como un comportamiento inocente dentro del alcance de la libertad de expresión en la que todos creen”⁶³. Ayatollah Ali Khamenei condenó a las caricaturas por “insultar las creencias de 1.5 billones de musulmanes”⁶⁴. Doudou Diene, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas similares de intolerancia urgió a las Naciones Unidas a “tratar casos como la situación de las caricaturas danesas... como un debate sobre el balanceo de dos derechos: libertad de

mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estos requerimientos con respecto a los derechos de otros, así como sobre la “necesidad” de una “restricción” orientada a proteger de ese material a aquellos cuyos más profundos sentimientos y convicciones serían gravemente ofendidos.

Id. Pero vea *Affaire Giniwski c. France*, Sentencia del 31 de Enero de 2006.

⁶² Patrick Goodenough, *Growing Anger over Mohammed Cartoons (Creciente Enojo por las Caricaturas de Mahoma)*, 3 de Enero, 2006, CNS NEWS, disponible en <http://www.cnsnews.com/ForeignBureaus/Archive/200601/FOR20060103b.html>.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Citado en Nazila Fathi, *Contest for Cartoons Mocking the Holocaust Announced in Tehran (Anuncian en Teheran Concurso de Caricaturas que se Burlan de Holocausto)*, N.Y. TIMES, 8 DE Febrero, 2006, en A10. Dr. Abdulaziz Othman Altwaijri (Director General de la Organización Educativa, Científica y Cultural Islámica) llamó a “promulgar una ley internacional que incrimine las ofensas a las religiones y los profetas”, por la necesidad “de reforzar la tolerancia entre los seguidores de las divinas religiones, siendo el objetivo erradicar las causas que llevan al odio y a la discriminación, y contribuyen a azuzar los conflictos entre las civilizaciones y las culturas”.

At the Congress of Imams and Rabbis in Seville, ISESCO Director General calls for: Abidance by a pact of honour among the followers of the divine religions (En el Congreso de Imams y Rabinos en Sevilla, Director General de ISESCO pide ligazón por un pacto de honor entre los seguidores de las divinas religiones), 20 de Febrero, 2006, disponible en <http://www.isesco.org.ma/English/press/viewpage.asp?Lien=999699998>.

Dos meses antes, Altwaijri había llamado al Centro Danés de Cultura y Desarrollo “a protestar de la manera que [ustedes] consideren apropiada contra este diario, así como contra todos los otros medios de información en su país que dañen la imagen del Islam y los musulmanes, siguiéndose esto de la política de tolerancia que rechaza el desprecio a las religiones y la profanación de las santidades religiosas en las que

expresión y libertad religiosa”⁶⁵. Se informa que el relator afirmó que “las caricaturas son absolutamente insultantes” y que “las creencias no deberían ser humilladas bajo el velo de la libertad de expresión”⁶⁶.

Si suprimir la expresión para proteger lo sagrado es claramente inconsistente con la libertad de expresión, en cuanto excluye del discurso público a aquellos que disputarían la concepción que el estado tiene de lo sagrado, entonces, suprimirla para proteger la sensibilidad de grupos religiosos también es inconsistente con la libertad de expresión, porque excluye del discurso público a aquellos cuyas convicciones son ofensivas para grupos religiosos. La Corte Europea de Derechos Humanos expuso varios argumentos para tratar de salvar esta contradicción.

El primero fue que un “espíritu de tolerancia... debe... ser un rasgo de la sociedad democrática”⁶⁷. Este argumento me parece inadecuado. La tolerancia que requiere una

cree un billón y un tercio de la población de esta Tierra”.
<http://www.isesco.org.ma/English/press/viewpage.asp?Lien=9996992>.

⁶⁵ Comunicado de Prensa, *Special Rapporteur on racism tells Committee that Racism and Racial Discrimination Are on the Upswing (Relator Especial en Racismo le dice al Comité que el Racismo y la Discriminación Racial Están En Alza)*, 7 de Marzo, 2006, disponible en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/5F30A01100D70D67C125712A006FBE18?opendocument>.

⁶⁶ Citado en Hasan Cucuk, *UN: Denmark Acted Irresponsibly in Cartoon Crisis (ONU: Dinamarca actuó irresponsablemente en Crisis de las Caricaturas)*, ZAMAN ONLINE, 19 DE Marzo, 2006, <http://www.zaman.com/?bl=international&alt=&trh=20060319&hn=31079>. Este trabajo turco cita a Diene en el sentido que “defender la idea de que la libertad de expresión no tiene límites contradice las normas internacionales. Hay una importante necesidad de establecer un balance entre la libertad de expresión y la libertad de culto. Esta publicación muestra explícitamente una falta de entendimiento y de sentimientos por los creyentes. El diario también contribuyó a asociar al Islam y al terror”. *Vea también The Volokh Conspiracy (La Conspiración Volokh), Another U.N. Official Demanding Speech restrictions, and faulting Denmark for Protecting Speech Too Much (Otro Funcionario de la ONU Demanda Restricciones a la Expresión y culpa a Dinamarca de Protegerla Demasiado)*, disponible en <http://volokh.com/posts/1142989233.shtml>.

⁶⁷ *Otto Preminger Institut*, ¶ 47. Recientemente, la Corte intentó explicar este principio de tolerancia en el sentido de que requiere que, en casos de blasfemia, la Corte sopesa “los intereses en conflicto en el ejercicio de dos libertades fundamentales; a saber, por un lado, el derecho del demandado a impartir al público sus opiniones acerca de una doctrina religiosa, y, por el otro, el derecho de los demás a que se respete su libertad de pensamiento, conciencia y religión”. (Vea *Otto-Preminger-Institut*, citado arriba. P. 20 § 55), Caso de *İ.A v. Turquía*, 13 de Septiembre de 2005, ¶ 27. En *İ.A.* la Corte confirmó la convicción por blasfemia de un novelista por publicar una novela que contenía este párrafo:

Mira el triángulo de miedo, desigualdad e inconsistencia en el Corán; me recuerda a una lombriz. Dios dice que todas las palabras son las de su mensajero. Algunas de estas palabras, por otra parte, fueron inspiradas en una oleada de exultación, en los brazos de Aisha... El mensajero de Dios

democracia se refiere a la acción. La democracia requiere que nos abstengamos de actuar entre nosotros de maneras inconsistentes con el orden social. No debemos pelearnos ni asesinar en defensa de nuestras creencias. Debemos dejar que los demás practiquen pacíficamente las suyas. Pero la democracia no requiere tolerancia en el sentido de que las personas deben abandonar sus creencias acerca del valor de las creencias e ideas de otros. Las democracias deben comprender grupos que se desagradan y aun se detestan entre sí, aun en el contexto de la religión⁶⁸. En la medida en que la democracia suprime mis expresiones de desaprobación o condena por las acciones de un grupo que me desagrada, me excluye de la formación de la opinión pública.

Un segundo argumento que empleó la Corte Europea de Derechos Humanos para minimizar las consecuencias “anti-democráticas” de suprimir la expresión religiosamente ofensiva es que la expresión crítica de creencias religiosas puede ser suprimida sólo si es “gratuitamente ofensiva para otros” y, por lo tanto, “no contribuye a forma alguna de debate público capaz de fomentar el progreso de los asuntos humanos”⁶⁹. Este

rompió su ayuno con acceso carnal, después de la cena y antes de la oración. Mahoma no prohibía las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo.

Id. En ¶ 13.

⁶⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos implícitamente reconoció este principio en *Kokkinakis v. Grecia* (Sentencia del 19 de April de 1993), que rechazó una ley griega que prohibía el proselitismo por el cual se “hiciera cualquier intento directo o indirecto de interferir con las creencias religiosas de una persona que tuviera unas diferentes (eterodoxos), con el objetivo de socavar esas creencias, ya sea por cualquier clase de incentivo o promesa de un incentivo o apoyo moral o ayuda material, o por medios fraudulentos, o sacando ventaja de su inexperiencia, confianza, necesidad, capacidades intelectuales reducidas o ingenuidad”. *Id. en* ¶ 16. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “debe hacerse una distinción entre argumentación a favor del cristianismo y proselitismo impropio. Lo primero corresponde al verdadero evangelismo, que un informe realizado en 1956 bajo el auspicio del Consejo Mundial de Iglesias describe como una misión esencial y una responsabilidad de todo cristiano y toda Iglesia. Lo último representa una corrupción o deformación de eso. Puede –de acuerdo con el mismo informe– presentarse en actividades que ofrecen ventajas materiales o sociales con el objetivo de conseguir miembros para una Iglesia, o en el ejercicio de presión inapropiada sobre personas afligidas o necesitadas; puede incluso implicar el uso de violencia o lavado de cerebro; en la generalidad de los casos, no es compatible con el respeto por la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los demás”. *Id. at* ¶ 48.

⁶⁹ *Otto-Preminger Institut*, ¶ 49. En el caso *Í.A v. Turquía*, *supra* nota 67, la Corte explicó que la libertad de expresión “conlleva derechos y responsabilidades. Entre ellos, en el contexto de las creencias religiosas, puede incluirse legítimamente un deber de evitar expresiones que son gratuitamente ofensivas para otros y profanas (vea, por ejemplo, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Sentencia del 20 de Septiembre de 1994, Serie A no. 295-A, pp. 18-19, § 49, y *Murphy v. Irlanda*, no. 44179/98, § 67, ECHR 2003-IX). Siendo esto

argumento, sin embargo, depende de la distinción entre ofensas “gratuitas” y otras clases de ofensas. ¿Cuándo es una ofensa meramente “gratuita” y, por lo tanto, innecesaria para el debate público?

Considere el ejemplo del Dr. Wafa Sultan, una psiquiatra siria-estadounidense que, pese a haber sido criada como musulmana, denunció fuertemente la violencia asociada con el fundamentalismo musulmán. Ha caracterizado a las controversias recientes como “un choque entre barbarie y racionalidad”⁷⁰. Desde entonces, Sultan ha sido denunciada por clérigos musulmanes como “una infiel” que ha “hecho al Islam más daño que las caricaturas danesas burlándose del Profeta Mahoma”⁷¹. Un profesor egipcio de Estudios Religiosos atacó: “ella ha blasfemado contra el Islam, el Profeta Mahoma y el *Coran*”⁷². Sultan “ha recibido numerosas amenazas de muerte”⁷³.

Los comentarios de Sultan son claramente ofensivos. ¿Pero son gratuitamente ofensivos? Se refieren a los mismos temas de violencia y sectarismo a los que se refieren las caricaturas danesas, De la misma manera estereotipan las actitudes y acciones de Mahoma. Las denuncias de Sultan son probablemente más ofensivas que las caricaturas, ya que están más razonadas, y son más comprensivas e impactantes. ¿Pero deberían ser consideradas “gratuitas” por la ley? Por supuesto que hacerlo haría de la ley un instrumento para extirpar cualquier opinión que un grupo religioso pudiera considerar

así, como una cuestión de principios, puede considerarse necesario castigar ataques impropios a objetos de veneración religiosa (ibid.)” *Id.* en ¶ 24. *Vea también* Caso de Murphy v. Irlanda, 12 de Marzo de 2003, ¶ 65.

⁷⁰ “No hemos visto a un solo judío volarse en un restaurant alemán. No hemos visto a un solo judío destruir una iglesia. No hemos visto a un solo judío protestar matando gente. . . . Sólo los musulmanes defienden sus creencias quemando iglesias, matando gente y destruyendo embajadas. Por este camino no llegaremos a ningún lado.” Citado en John M. Broder, *For Muslim Who Says Violence Destroys Islam, Violent Threats (Para Musulmana que Dice que la Violencia Destruye el Islam, Amenazas Violentas)*, N.Y. TIMES, 11 DE Marzo, 2006, en A1. Sultan continúa, “El choque que estamos presenciando en todo el mundo no es un choque de religiones, un choque de civilizaciones... Es un choque entre una mentalidad que pertenece a la Edad Media y otra mentalidad que pertenece al S. XXI. Es un choque entre civilización y atraso, entre lo civilizado y lo primitivo, entre barbarie y racionalidad”. *Id.*

⁷¹ *Id.*

ofensiva. Por las razones que ya he expuesto, esto no es compatible con el uso de la libertad de expresión para establecer legitimación democrática.

Hay un indicio en la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos de que el concepto de una ofensa “gratuita” se refiere más al estilo del discurso más que a su substancia. Expresiones como la de Sultan pueden ofender a grupos religiosos y, sin embargo, recibir protección en tanto contribuyen al debate público si son sobrias y racionales. Pero la expresión en forma ofensiva, como *Liebeskonzil* (o quizás las caricaturas danesas) no está orientada a contribuir al debate público. Esta es esencialmente la posición de la ley de blasfemia británica, que permite que se diga cualquier cosa mientras que “se respeten las convenciones para la controversia”⁷⁴.

Si esta es la posición de la Corte Europea de Derechos Humanos, necesariamente se sigue que ella se equivocó al invocar “el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus creencias religiosas por la expresión pública de las opiniones de otras personas”. Los ciudadanos deben tolerar insultos de la expresión que es sobria y racional, como la de Sultan. Pero los ciudadanos no tienen que tolerar insultos que surgen de un cierto estilo o

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ La distinción británica entre estilo y sustancia busca mantener la apertura del debate público. *Vea, por ej., Jones, Blasphemy, Offensiveness and Law (Blasfemia, Ofensas y Derecho)*, 10 BRIT. J. P. SCI. 129, 142-43 (1980):

La intención detrás de la distinción está clara. Asumiendo que es posible distinguir forma de materia, una ley que restrinja sólo formas de expresión, no necesita evitar que se afirme punto de vista sustantivo alguno. Se evita en gran medida el conflicto habitual entre libertad de opinión y prevención. . . .

La falla de la distinción entre forma y materia está en que supone que las afirmaciones pueden ser formuladas más o menos ofensivas, pero, por lo demás, iguales en significado. Se concibe la forma de una afirmación más como si fuera un envoltorio verbal cuyos rasgos no afectan el contenido del paquete. En algunos casos, esta presunción puede estar justificada. . . Sin embargo, más a menudo, forma y materia están tan íntimamente relacionadas que es imposible distinguir la forma ofensiva y la materia ofensiva de una afirmación.

Incluso la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la principal dificultad en cualquier esfuerzo de implementar una distinción definida entre el estilo y la sustancia de la expresión. *Vea, por ejemplo, Jersild v. Dinamarca*, 19 Eur. H.R. Rep. 1, ¶ 31 (1994) (“La corte recuerda que el Art. 10 protege no sólo la sustancia de las ideas y la información expresada sino también la forma en la que se transmite.”).

una cierta clase de expresión a la que se condena como intrínsecamente ofensiva⁷⁵. La cuestión es cómo debe distinguir la ley entre estilos de expresión que son intrínsecamente ofensivos y estilos de expresión que son inherentemente protegidos⁷⁶. Si la libertad de expresión debe ser funcional a la legitimación democrática, cualquier distinción como esa debe ser hecha de manera tal que inflija sólo un daño mínimo en la calidad del debate público en curso.

Esto sugiere que la distinción no puede ser hecha solamente sobre la base de las creencias de diferentes grupos religiosos. Lo que es ofensivo para un determinado grupo religioso es una cuestión de historia contingente. Antes de las Guerras Europeas de Religión del S. XVII, los católicos consideraban profundamente ofensiva la sola existencia de protestantes en su comunidad, y viceversa. Pareciera que el derecho no puede tan sólo aplicar las creencias de los grupos religiosos, sin enredarse en contradicciones insolubles e interminables. Más importantes que las creencias de cada grupo religioso sean más o menos compatibles con el mantenimiento de la clase de esfera pública que la legitimidad democrática requiere. Un grupo religioso podría percibir como

⁷⁵ En el caso *İ.A v. Turquía*, *supra* nota 67, la Corte confirmó una persecución penal por blasfemia porque “el presente caso concierne no sólo comentarios que ofenden o *shockean*, o una opinión provocativa, sino también un ataque abusivo al Profeta del Islam. No obstante el hecho de que, por el principio de secularidad, hay cierta tolerancia a la crítica de la doctrina religiosa en la sociedad turca, los creyentes pueden legítimamente sentirse objeto de ataques indeseados a través de los siguientes pasajes: “Algunas de estas palabras, por otra parte, fueron inspiradas en una oleada de exultación, en los brazos de Aisha... El mensajero de Dios rompió su ayuno con acceso carnal, después de la cena y antes de la oración. Mahoma no prohibía las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo” *Id.* en ¶ 29.

⁷⁶ En Inglaterra, en el S. XIX, Lord Denman buscó hacer esta distinción de la siguiente manera:

[S]obre la cuestión de si es blasfemo o no, hago esta observación general... es decir, que la cuestión no es del todo un asunto de opinión, sino que debe ser, en gran medida, una cuestión del tono, el estilo y el espíritu con el que se hacen esas preguntas. Porque una diferencia de opinión puede subsistir no sólo entre diferentes grupos de cristianos, sino con respecto a las principales doctrinas de la misma Cristiandad; y... las discusiones sobre ese tema de alguna manera pueden ser objeto de persecución penal si se llevan a cabo en un estilo sobrio, medido y decente; incluso esas discusiones pueden ser toleradas, y llevarse a cabo sin que se les adjudique criminalidad. Pero, si el tono y el espíritu son de ofensa, e insulto y ridículo, lo que no deja que actúe libremente el juicio y, por lo tanto no pueda considerarse como apelando a él, sino a los sentimientos salvajes e impropios de la mente humana –más particularmente en la parte más joven de la sociedad– en ese caso, el jurado difícilmente sentirá que es posible decir que tales opiniones, así expresadas no

ofensiva cualquier referencia negativa a su Profeta fundador; otro podría encontrar ultrajante y blasfema cualquier cuestionamiento del carácter de su religión o de sus seguidores. Mientras que los grupos religiosos consideran si los temas son admisibles o inadmisibles para la discusión pública, la esfera pública bien puede encogerse de manera incompatible con la democracia.⁷⁷

Por lo tanto, la distinción entre expresión inconsistente “con las convenciones para la controversia” y la expresión que es inaceptablemente ofensiva debe determinarse en razón de las normas sociales de diálogo a las que adhiere un estado democrático; en parte, porque son compatibles con la función de legitimación democrática. Se sigue que si el interés del estado es una protección de los grupos religiosos que sea compatible con la libertad de expresión el estado debe, como mínimo distinguir entre ofensas “gratuitas” y “no gratuitas” sobre la base de principios generales seculares que protejan a todos los miembros de la sociedad y reflejen estándares de civilidad universalmente aplicables. La expresión no puede ser suprimida por ser inconsistente con los principios religiosos de grupos particulares.

No se sigue que un estado democrático no pueda disciplinar el discurso público implementando normas básicas de civilidad. Es típico de los estados europeos el poseer leyes que prohíben formas de expresión ultrajantes, indecentes u ofensivas, que violan

merecen que se las califique [de blasfemia] en el sentido de esta norma. Regina v. Hetherington , 4 St. Tr. N.S. 563, 590-91 (1841).

⁷⁷ Como una cuestión histórica, la tolerancia en el occidente cristiano sólo comenzó cuando “los representantes de ortodoxias religiosas diferentes fracasaron en un la imposición de sus doctrinas y estándares a la mayoría de la población”, de modo que “comenzaron a aceptar, con reticencia al principio, una ideología que legitimara la realidad creada por sus propios fracasos”. STEVE BRUCE, A HOUSE DIVIDED: PROTESTANTISM, SCHISM, AND SECULARIZATION (UNA CASA DIVIDIDA: PROTESTANITISMO, CISMA Y SECULARIZACIÓN) 99-100 (1990). Consecuentemente, se ha dicho que “La religión, cualquier religión, es enemiga de la democracia liberal en tanto no sea debilitada y privatizada. Es bastante explícito que la religión, cualquier religión, implica elección y exclusión”. Benjamin Beit-Hallahmi, *The Return of Martyrdom: Honour, Death and Immortality (El Retorno del Martirio: Honor, Muerte e Inmortalidad)*, en RELIGIOUS FUNDAMENTALISM AND POLITICAL EXTREMISM (FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO Y EXTREMISMO POLÍTICO) (Leonard Weinberg and Ami Pedahzur eds., 2004), at 32.

normas sociales insultando o infringiendo el honor o la dignidad. Está claro, sin embargo, que aunque tales leyes están *orientadas* a implementar normas universalmente compartidas, *de hecho* expresan las tradiciones de los grupos dominantes. Durante los debates en el Parlamento británico sobre la revisión de la ley de blasfemia, hace 76 años, se reconoció que “lo que realmente significa es que, cuando las opiniones son vehementemente defendidas por un hombre educado, estarán expresadas de una manera que la ley no puede tocar, mientras que aquellas expresadas por un hombre sin educación, recibirán las penas del sistema jurídico”⁷⁸ .

La ley estadounidense es diferente en este sentido. En Estados Unidos, la Primera Enmienda se interpreta como creando un “mercado de comunidades”, así como un mercado de ideas.⁷⁹ El respeto por la igualdad de diversas comunidades subyace, en los Estados Unidos, la conclusión constitucional de que las normas de civilidad, que siempre reflejan la visión de una comunidad particular, no pueden ser usadas para regular la expresión en el discurso público⁸⁰ . La Primera Enmienda requiere que, desde el punto de vista del derecho, “la vulgaridad de uno es poesía lírica para otro”⁸¹ .

Los estados europeos, en contraste, son más normativamente hegemónicos que Estados Unidos y, por lo tanto, les resulta más sencillo implementar normas de civilidad

⁷⁸ 234 PARL. DEB., H.C. (5th Ser.) 535 (1930) (comentarios del Sr. Kingsley Griffith); vea también *id.* En 499:

Todos los días tenemos escritores que pueden cometer el delito de blasfemia con impunidad, si la blasfemia supone un ataque a la religión cristiana. Estos son hombres como Sir Arthur Keith, el Sr. H.G Wells, el Sr. Bertrand Rusell, el Sr. Aldous Huxley y otros que son capaces de atacar a la religión cristiana sin peligro de ser perseguidos penalmente, mientras que hombres pobres, expresando el mismo punto de vista de manera más cruda y brusca, se exponen a multas y prisión. Ese es un estado de derecho completamente insatisfactorio. Después de todo, si uno concede el derecho a atacar la religión . . . también tiene que conceder a las personas a las que les interesa hacerlo el derecho a elegir su estilo para ello. Se necesitan estilos diferentes para circunstancias y audiencias diferentes. No creo que la clase de estilo que funcionaría en un círculo selecto en el Extremo Oeste (West End) sería efectivo en la democracia del Extremo Este (East End).

(comentarios del Sr. Thurtle); *vea también id.* en 558 (comentarios del Sr. Lansbury).

⁷⁹ Post, *supra* nota 34, en 634-35.

⁸⁰ *Vea* Robert Post, *Community and the First Amendment (Comunidad y la Primera Enmienda)*, 29 ARIZ. ST. L. J. 473 (1997).

que distingan la expresión permitida de la no permitida. Las expresiones de odio son comúnmente reguladas en Europa. La supresión de las expresiones que son profundamente ofensivas para grupos religiosos es sociológica y teóricamente análoga a la supresión de las expresiones que son profundamente ofensivas para grupos raciales. Pero, mientras que en el último contexto está claro que el derecho debe definir, en última instancia, las fronteras de la expresión permitida sobre la base de normas de civilidad a las que un estado secular está dispuesto a adherir, en el contexto de la blasfemia, existe la sugerencia de que estas normas se establezcan simplemente por valores religiosos. Esto es indefendible por las razones que he sugerido, y, consecuentemente, la Corte Europea de Derechos Humanos se equivocó al confirmar la censura de *Liebeskonzil* determinando que la “naturaleza injustificada y ofensiva de la película debía determinarse meramente con referencia a las “creencias religiosas” de la “abrumadora mayoría de tiroles que eran Católicos Apostólicos Romanos”⁸².

Por supuesto que esta conclusión se basa en que es prioritario usar la libertad de expresión para mantener la legitimidad democrática. Esta conclusión no se sigue si un estado no valora especialmente tal legitimidad, o si cree que la necesidad de “asegurar la paz religiosa” triunfa sobre la necesidad de legitimación democrática, o si la abrumadora mayoría de la población del estado comparte las normas religiosas, de manera tal que –a él– le es indiferente perder legitimidad democrática entre las minorías religiosas.

⁸¹ Cohen v. California, 403 U.S. 15, 25 (1971).

⁸² *Otto-Preminger Institut*, ¶ 56. *vea también id.* en ¶ 52. Esta conclusión debe haber formado la premisa básica del propio razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia de *Kokkinakis v. Grecia*, *supra* nota 68, asumiendo –no de manera implausible– que la Iglesia Ortodoxa Greiga, “la religión dominante en Grecia”, *Kokkinakis*, ¶ 13 (citando la Constitución Griega de 1975), consideró el proeslitismo protegido por la Corte “moralmente reprochable.” *Kokkinakis*, ¶ 17 (citando la sentencia de la Suprema Corte Administrativa de Grecia en *Symvoulio tis Epikratias*).

IV. LA PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Un tercer tema que emerge de la controversia por de las caricaturas danesas no se refiere a la protección de la religión o de las sensibilidades religiosas, sino que se centra en la prevención de la discriminación. Este tema está explícito en cómo Dodou Diene respondió a las caricaturas. El Relator Especial de la ONU relacionó la publicación de las caricaturas al “desarrollo de la Islamofobia” y a la discriminación racial⁸³. Afirmó que las caricaturas “ilustraban el creciente surgimiento de las corrientes racistas y xenofobias en la vida cotidiana”⁸⁴. Aquellos que condenaron las caricaturas argumentaron que eran “una nueva señal la creciente Islamofobia en Europa” porque reafirmaban “una peligrosa confusión entre el Islam y terrorismo islámico”⁸⁵. Abogados de los derechos civiles en Dinamarca argumentaron que debe haber “un balance en este caso entre libertad de expresión y el derecho a no ser sujeto a discriminación racial”.⁸⁶

Los estados tienen un interés significativo en prohibir y prevenir la discriminación contra los musulmanes. Este objetivo es diferente del interés en prohibir y prevenir la expresión que los musulmanes encuentren ofensiva. Prevenir la discriminación significa, en primera instancia, prohibir conductas que discriminen. Sin embargo, la prevención de la discriminación también puede implicar alterar las condiciones sociales que causan

⁸³ *Supra* nota 65

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Smith and Fisher, *supra* nota 6. Se citó a un profesor danés de Estudios Religiosos diciendo que “con inmigrantes de Turquía, Paquistán, el Mundo Árabe, Afghanistan, Iran y, más recientemente, Somalia, ha habido una muy marcada xenofobia e Islamofobia”. Cowell, *supra* nota 15. *Vea* Laurie Goodstein, *U.S. Muslims Try to Ease Europe’s Discord (Musulmanes Estadounidenses Tratan de Calmar la Discordia de Europa)*, N.Y. TIMES, 13 DE Feb., 2006, en A6 (Los musulmanes estadounidenses “describen las caricaturas como parte de una ola de Islamofobia global, y han alentado a los grupos musulmanes europeos a usar el mismo término”).

⁸⁶ Alan Cowell, *More European Papers Print Cartoons of Muhammad, Fueling Dispute with Muslims (Más Diarios Europeos Publican Caricaturas de Mahoma, Alimentando la Disputa con los Musulmanes)*, N.Y. TIMES, 2 DE Feb., 2006, en A12. El gobierno danés se ha negado a juzgar al *Jyllands-Posten* por el delito de discurso racista. *World Briefing: Europe: Denmark: Paper Faces No Charges over Muhammad Cartoons (Informativo para el Mundo: Dinamarca: Diario No enfrenta Cargos por las Caricaturas de Mahoma)*, N.Y. TIMES, 16 DE Mar., 2006, en A16.

discriminación. Entre estas condiciones están el miedo y el rechazo a los musulmanes, plasmados ahora en el término “Islamofobia”. No es implausible concluir que la expresión que promueve la Islamofobia está causalmente conectado a la discriminación. La naturaleza y la fuerza de esta conexión causal es una cuestión de hechos contingentes e históricos.

En Estados Unidos, la Primera Enmienda evita que el estado prohíba expresiones por esta razón. No se puede imponer restricciones a la expresión basadas en contenido con el justificativo de que esa expresión puede causar un daño futuro a menos que ella “esté dirigida a incitar o producir acciones ilegales y es probable que incite o cause estas acciones”⁸⁷. Esta severa restricción se hace necesaria porque una conexión causal más laxa induciría al gobierno a usar el pretexto de una conexión causal para prohibir la expresión. Ejemplos históricos clásicos de este abuso fueron los estatutos que prohibían la defensa de la doctrina comunista sobre la base de que tal expresión podría causar una revolución en el futuro.

Los estados europeos en general han permitido que se prohíban las expresiones sobre la base de conexiones causales mucho menos fuertes entre la expresión y potenciales daños futuros. Esto puede ser porque la legitimidad en la generalidad de los estados europeos está mucho más asegurada que en Estados Unidos, que está batallando continuamente con una profunda vena libertaria en su carácter. En Estados Unidos se dice uniformemente que “el pueblo” es soberano; en Europa es más común decir que “la nación” o “la república” son soberanas. La consecuencia es que en los Estados Unidos, a diferencia de Europa, constantemente se critica al gobierno por constreñir al pueblo. Consecuentemente, la demanda de legitimidad democrática es allí más persistente e

⁸⁷ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969) (per curiam).

insistente que en Europa, y, por lo tanto, las restricciones al discurso público son también más criticadas.

De todas formas, aun en Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión impone algunas restricciones en la capacidad que los estados miembros tienen para prohibir comentarios racistas ofensivos⁸⁸, aun si existe una conexión entre estos comentarios y una subsecuente discriminación racial. Las cortes nacionales europeas típicamente imponen un requisito de proporcionalidad para tal regulación, la cual implica que los estados deben mostrar que el daño de la discriminación no puede ser disminuido por otros medios que no sean la supresión de la expresión protegida. Tales medios alternativos podrían incluir iniciativas para educar sobre la naturaleza del Islam, esfuerzos afirmativos para asegurar que los musulmanes tengan un acceso adecuado a empleos, vivienda, cuidados médicos y comida, la regulación de las expresiones ofensivas que *no sean* discurso público (como expresiones en el lugar de trabajo o en escuelas) y afines.

Asumiendo que se satisfacen estas condiciones, aun subsiste la cuestión de qué clase de expresión es correcto que un estado prohíba con el interés de prevenir la discriminación racial, y si las caricaturas danesas calificarían para ser prohibidas. Algunas de estas caricaturas invocan críticas estereotipadas al Islam. Se refieren a la represión islámica de las mujeres⁸⁹, al uso de las doctrinas fundamentalistas islámicas para incentivar la violencia⁹⁰, al miedo a represalias violentas por publicar críticas al Islam⁹¹.

⁸⁸ Jersild v. Denmark, 19 Eur. H.R. Rep. 1 (1994).

⁸⁹ Una caricatura muestra a Mahoma con una hendidura que sólo deja ver sus ojos frente a dos mujeres que están totalmente cubiertas excepto por una hendidura sobre sus ojos.

⁹⁰ Una caricatura muestra a Mahoma con un turbante en forma de bomba.

⁹¹ Una caricatura muestra al dibujante asustado ante la idea de dibujar un retrato de Mahoma.

Estas son ideas que han sido y serán usadas por aquellos que discriminan a los musulmanes. Pero también son ideas sobre problemas públicos reales y urgentes. La relación entre el Islam y el género es una cuestión interesante y controvertida. La violencia del fundamentalismo islámico es una preocupación pública en toda Europa. El miedo a las represalias por transgredir los tabúes islámicos es omnipresente; es la razón por la que hoy, por ejemplo, estoy discutiendo las caricaturas danesas sin reproducirlas. Suprimir toda discusión pública de cuestiones públicas reales y acuciantes sería impensable. Y si tales cuestiones deben discutirse, la expresión de todas las visiones relevantes debe ser protegida.

Por lo tanto, cómo trazar la línea entre expresión protegida y expresión que puede ser suprimida porque probablemente genere discriminación es una cuestión difícil y compleja. La manera más obvia de hacer esta distinción sería confiar en la diferencia tradicional entre expresiones de odio y expresiones comunes, una diferencia que está incorporada al derecho positivo de muchos países, como Francia y Alemania⁹². Por ejemplo, recientemente se acusó al autor francés Michel Houellebecq, por violar la Ley Pleven francesa, que prohíbe palabras que “provoquen discriminación, odio o violencia contra una persona o grupo de personas” por razones de etnia, nacionalidad, raza o religión⁹³. Houellebecq había dicho que el *Corán* era mediocre y había afirmado que

⁹² Para una discusión, *vea* Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis (Las Expresiones de Odio en la Jurisprudencia Constitucional: Un Análisis Comparativo)*, 24 *CARDOZO L. REV.* 1523 (2003).

⁹³ *Vea* Susannah C. Vance, *The Permissibility of Incitement to Religious Hatred Offenses Under European Convention Principles (La Permisibilidad de la Incitación al Odio Religioso Bajo los Principios de la Convención Europea)*, 14 *TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.* 201, 221-26 (2004).

“Después de todo, la religión más tonta es el Islam”⁹⁴. Fue absuelto porque sus comentarios “constituían una mera crítica a la doctrina islámica”⁹⁵.

Medidas con este estándar, las caricaturas danesas me parecen bastante alejadas de las expresiones de odio legalmente prohibidas. Toman posición en asuntos de obvia actualidad pública, pero no defienden la discriminación ni la opresión, ni la violencia; no amenazan, no utilizan epítetos ni denominaciones racistas, no atacan a individuos, no perpetúan una mentira obvia, no muestran a los musulmanes como carentes de dignidad humana. Pueden exacerbar estereotipos y exageraciones, pero eso no es lo mismo que un discurso de odio. Es, simplemente, la naturaleza de la mayoría de las ideas.

⁹⁴ Citado en Sara Rimensnyder, *Sins of the Author: Hate and Free Speech (Pecados del Autor: El Odio y la Libre Expresión)*, REASONONLINE, Dec. 2002, disponible en <http://reason.com/0212/ci.sr.sins.shtml>.

⁹⁵ Vance, *supra* nota 93, at 202-03. *Vea* Salman Rushdie, *Gagged in Paris (Amordazado en Paris)*, WASH. POST, Oc. 2, 2002, at A17 (“En juicio, Houellebecq hizo la simple pero esencial observación de que atacar las ideologías o los sistemas de creencias de las personas no es atacar a las personas en sí mismas. Este es seguramente uno de los principios fundacionales de una sociedad abierta. Los ciudadanos tienen derecho a quejarse por ser discriminados, pero no por el disenso, incluso el disenso con palabras fuertes y poco educado, con sus pensamientos. No se puede cercar a las ideas, las filosofías, las actitudes o las creencias”).