

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LESIÓN A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN UNA SOCIEDAD SECULAR

Julio RIVERA H.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El discurso religioso como parte del discurso público.* III. *La “verdad religiosa” y el delito de blasfemia: ¿resulta constitucionalmente posible castigar la mera negación de dogmas o principios religiosos?* IV. *Libertad de expresión y discurso ofensivo: ¿resulta constitucionalmente posible castigar las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos con independencia de la forma en que son realizadas?* V. *La relevancia de la forma del discurso: ¿resulta constitucionalmente posible castigar el discurso que lesionan los sentimientos religiosos cuando es expresado en términos insultantes o gratuitamente ofensivos?* VI. *¿Las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos pueden causar un “efecto silenciador” que justifique el castigo de dichas expresiones a los fines de asegurar la participación en el debate público de las personas o grupos religiosos?* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa ha generado desde hace ya varios años un intenso debate a nivel global. Grupos religiosos se han sentido profundamente ofendidos con películas como “La última tentación de Cristo” de Martín Scorsese, libros como *Versos Satánicos* de Salman Rushdie u obras de arte como las de León Ferrari y solicitaron en su momento la censura de esta clase de expresiones, con sustento en la libertad religiosa. Más recientemente, en 2005, la publicación de ciertas caricaturas de Mahoma en el diario danés *Jyllands-Posten* generó actos de violencia en diversos países musulmanes. Y el atentado contra la revista satírica francesa

* Profesor de la Universidad de San Andrés.

Charlie Hebdo en el 2015 intensificó este debate en el que intervino hasta el Papa Francisco, quien señaló que no se debe usar la libertad de expresión para insultar o burlarse de la fe de los demás.¹

El propósito de este artículo es analizar cuáles son los límites de la libertad de expresión en materia de crítica a las creencias religiosas en un sistema constitucional como el argentino en el que existe una cierta —si bien no absoluta— separación entre Iglesia y Estado.² En especial, me propongo evaluar si en el derecho argentino —amén de las normas que castigan penalmente las expresiones de odio como el artículo 3o. de la Ley 23.592— existe también la posibilidad de castigar penalmente las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos, aun cuando dichas expresiones no encuadren en el tipo penal de la Ley 23.592.³ En otras palabras, si resulta posible otorgar una “especial protección al sentimiento religioso en su aspecto de valor”, tal como señala la Corte Suprema argentina en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁴ y en base a ello restringir las expresiones que afecten sustancialmente dichos sentimientos.

El artículo se enfoca de manera exclusiva en la difusión pública de ideas dirigida al público general y no en las expresiones dirigidas contra un individuo en particular en virtud de sus creencias religiosas. Como explica Schauer, “cuando pensamos en los factores que caracterizan el escenario arquetípico de la libertad de expresión, el intento de persuadir o de informar a una audiencia está en el primer plano de nuestra comprensión”, de modo que corresponde distinguir entre las expresiones dirigidas a un público numeroso y lo que se comunica persona a persona⁵. En este sentido, el Estado

¹ La Nación, 15 de enero de 2015, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1760255-el-papa-francisco-sobre-charlie-hebdo-no-se-puede-insultar-la-fe-de-los-demas>.

² Si bien el artículo 2o. de la Constitución Nacional establece una cierta vinculación entre la Iglesia católica y el Estado, es claro que la Constitución argentina no establece un régimen de religión oficial.

³ Por ejemplo, el artículo 525 del Código Penal de España establece que:

“1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

⁴ Corte Suprema de Argentina, 7 de julio de 1992, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, fallos 315:1492, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

⁵ Schauer, Frederick, “Mrs. Palsgraf and the First Amendment”, *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, núm. 161, 1990, p. 168.

cuenta con un margen mucho más amplio para regular las expresiones discriminatorias o insultantes dirigidas contra una persona determinada.

II. EL DISCURSO RELIGIOSO COMO PARTE DEL DISCURSO PÚBLICO

Un sistema político no deviene democrático simplemente porque el gobierno realice elecciones de forma periódica.⁶ La práctica del autogobierno exige que las personas tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas.⁷

La libertad de expresión se encuentra inextricablemente vinculada con esta noción de democracia como autogobierno colectivo. En efecto, como explica Post, la teoría de la libertad de expresión se basa en la idea de que, si los ciudadanos son libres de participar en la formación de la opinión pública y si las decisiones del Estado responden a la opinión pública, los ciudadanos podrán entonces percibir al gobierno como propio, aunque tengan opiniones diferentes y estén en desacuerdo entre sí.⁸

Este continuo proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada es lo que Post define como discurso público⁹ que incluye todas “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”.¹⁰ La libertad de expresión busca proteger este proceso comunicativo “de la interferencia de la mayoría de forma tal de asegurar a cada persona la posibilidad de participar libremente en la formación de la opinión pública”.¹¹

Desde esta perspectiva, la tutela de la libertad de expresión se vincula con el principio de igualdad. En la medida en que el Estado debe tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto, no puede negar a determinadas personas el derecho a participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de la sociedad, con el argumento

⁶ Post, Robert, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, núm. 24, 2006, p. 25.

⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰ Post, Robert, “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review*, vol. 97, núm. 3, 2011, p. 483.

¹¹ Post, Robert, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1991, p. 283.

de que sus ideas o convicciones los hacen indignos de participar en dicho proceso.¹² El valor principal que debe guiar la interpretación de los alcances de la libertad de expresión es la participación de los individuos en el auto-gobierno colectivo.

En consecuencia, la libertad de expresión otorga una fuerte protección al discurso ideológico, entendido como el discurso dirigido a producir cambios políticos y sociales. Toda norma que prohíba o castigue la difusión de una determinada idea u opinión política, filosófica o histórica tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.¹³

El discurso religioso —entendido como el discurso a través del cual se defienden y promueven públicamente creencias y dogmas religiosos— forma parte del discurso público. En efecto, como observa Barendt, “sería un error excluir del discurso público las perspectivas de los creyentes simplemente porque esas creencias no son generalmente compartidas o comprensibles para otros miembros de la comunidad política” ya que ello “implicaría excluirlos de la participación en el discurso público”.¹⁴ Por consiguiente, la libertad de expresión tutela el derecho a tratar de influir en la opinión pública en función de las creencias religiosas, tal como sucede en materia de política económica y derechos sociales y económicos, derechos reproductivos, matrimonio de personas del mismo sexo, pornografía, pena de muerte, conflictos armados, etcétera. Este tipo de discurso debe gozar de la misma protección constitucional que el discurso político-ideológico, ya sea que provenga de individuos creyentes o de instituciones religiosas.

Un típico ejemplo de la aplicación de los estándares más rigurosos de la libertad de expresión al discurso basado en creencias religiosas es la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Gündüz c/ Turquía” en el que la Corte sostuvo que constituía una restricción indebida a la libertad de expresión la sanción penal impuesta al líder de una secta fundamentalista islámica que había defendido la introducción de la ley islámica (“Sharia”) en Turquía, y sostenido que los hijos nacidos de un

¹² Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 200.

¹³ Respecto del estándar de constitucionalidad aplicable en materia de reglamentación del discurso ideológico-político, véase Rivera, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, en Rivera, H. Ellías, Grossman, Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T. II, 2014, p. 116.

¹⁴ Barendt, Eric, “Free Speech and Religion: Secular and Religious Perspectives on Truth”, en Sajó, András (ed), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007, p. 25.

matrimonio civil eran bastardos.¹⁵ La Corte destacó que el señor Gündüz había sido invitado para presentar su postura respecto a la incompatibilidad de su visión del islam con los valores democráticos y que ello constituyía una cuestión de interés general, campo en el cual las restricciones a la libertad de expresión exigen una interpretación restrictiva.¹⁶ Como puede observarse, el hecho de que el discurso estuviera sustentado en creencias religiosas no le privó de la tutela que goza el discurso ideológico-político en general.

Ahora bien, así como el discurso religioso forma parte del *discurso público* y goza de la misma tutela constitucional que el discurso político-ideológico, las expresiones que cuestionan o atacan las doctrinas, dogmas o enseñanzas religiosas —en virtud de las cuales los grupos religiosos tratan de influir en el debate público— forman también parte del *discurso público* y deben recibir la misma tutela constitucional.

Por lo tanto, el examen constitucional del discurso que lesioná los sentimientos religiosos debe ser realizado utilizando los mismos estándares constitucionales que existen en materia de discurso político-ideológico. A continuación, analizo los principales argumentos invocados para castigar el discurso que cuestiona o ataca las creencias, doctrinas, dogmas o enseñanzas religiosas de terceros y su compatibilidad con esos estándares constitucionales.

III. LA “VERDAD RELIGIOSA” Y EL DELITO DE BLASFEMIA: ¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR LA MERA NEGACIÓN DE DOGMAS O PRINCIPIOS RELIGIOSOS?

La primera pregunta que uno debe hacerse es si en un sistema constitucional en el que existe una cierta separación entre Iglesia y Estado resulta constitucionalmente posible imponer leyes de blasfemia que castiguen la negación de verdades de una determinada religión, independientemente de la forma en que dicha negación sea expresada.

La respuesta es obviamente negativa. El Estado no puede prohibir un discurso determinado porque niega o hace afirmaciones falsas respecto de una creencia religiosa.¹⁷ En un sistema democrático, ningún funcionario es-

¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, 14 de junio 2004, “Gündüz c/ Turquía”.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 43.

¹⁷ Barendt, “Free Speech and Religion...”, *cit.* p. 25.

tatal puede establecer qué será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras cuestiones de opinión.¹⁸ Por lo tanto, el Estado no puede prohibir una idea determinada simplemente porque la considera errónea y quiere evitar que el público sea persuadido por ella.¹⁹

En este sentido, se ha afirmado que la libertad de expresión consagra el principio de la “antiortodoxia” según el cual cada persona debe poder expresarse libremente, sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una *verdad oficial* establecida por el gobierno de turno.²⁰

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es manifiestamente antipaternalista, en la medida en que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la validez o invalidez de las ideas que circulan.²¹ Como señaló el juez Petracchi, “[s]ólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresa la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control”.²²

De esta manera, uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión es que el Estado no puede castigar la difusión de determinadas ideas con el argumento de que dichas ideas ponen en tela de juicio ciertas *verdades oficiales*.

Este principio se aplica también en materia de expresiones vinculadas a cuestiones religiosas. Como advierte Post, existiría una contradicción evidente entre “mantener el debate público abierto a todas las opiniones y excluir a quienes niegan lo sagrado”.²³ El principio de igualdad exige que todas las personas tengan la oportunidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven.²⁴ Y ese medio ambiente moral incluye obviamente las creencias religiosas de una sociedad determinada, las cuales muchas veces juegan un rol preponderante en la determinación de las políticas públicas y del orden político y social.

¹⁸ “West Virginia Board of Education v. Barnette”, 319 U.S. 624, p. 642 (1943).

¹⁹ Kagan, Elena, “Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago law Review*, vol. 63, núm. 2, primavera de 1996, p. 428.

²⁰ Rubenfeld, Jed, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, vol. 53, núm. 2, 2001, p. 821.

²¹ Stone, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, *William & Mary Law Review*, vol. 189, núm. 1, 1983, pp. 213 y 214.

²² Corte Suprema de Argentina, 22 de noviembre de 1991, “Comunidad Homosexual Argentina”, fallos 314:1531, considerando núm. 19 de la disidencia del juez Petracchi.

²³ Post, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad...”, *cit.*, p. 339.

²⁴ Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law... cit.*, p. 237.

IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO OFENSIVO: ¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR LAS EXPRESIONES QUE LESIONAN LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CON INDEPENDENCIA DE LA FORMA EN QUE SON REALIZADAS?

En el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte Suprema Argentina, al otorgar a Ekmekdjian el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta frente a ciertas opiniones agraviantes sobre la Virgen María y Jesucristo, emitidas en un programa de televisión por Dalmiro Sáenz, sostuvo que las expresiones que constituyen una ofensa sustancial a las creencias religiosas de otros individuos no se encuentran amparadas por la libertad de expresión.²⁵

Según la Corte, las expresiones realizadas por Dalmiro Sáenz acerca de la Virgen María habían interferido en el ámbito privado de Ekmekdjian, “conmoviendo sus convicciones más profundas” y “mortificando sus sentimientos”, lo que implicaba “un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador”.²⁶ Este derecho subjetivo se sustenta —según la Corte— en el artículo 1071 *bis* del Código Civil, que establece que una de las formas de lesión a la vida privada consiste en mortificar a otros en sus costumbres o sentimientos.

Esta interpretación, al menos a primera vista, resulta manifiestamente incompatible con uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión según el cual el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea u opinión simplemente porque resulta ofensiva. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, con cita de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que la libertad de expresión debe garantizarse también respecto de las ideas “que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”.²⁷ En este mismo orden de ideas, dos jueces de la Corte Suprema argentina expresaron, con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, que una de las principales funciones de la libertad de expresión es “inducir a la disputa” y que “[e]l mejor modo de alcanzar ese alto propósito se logra cuando aquélla provoca incertidumbre, cuando crea insatisfacción acerca

²⁵ “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.* Una interesante descripción de las expresiones concretas de Dalmiro Sáenz —que no aparecen detalladas en el fallo— se encuentra en el conocido blog de Gustavo Arballo, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2016/09/dalmiro-saenz-ekmekdjian-y-sofovich.html>.

²⁶ *Ibidem*, considerando núm. 25 del voto de la mayoría.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004, “Herrera Ulloa c/ Costa Rica”, párr. 113.

del estado de cosas o aun cuando suscita irritación en la gente. El discurso es muchas veces provocativo y desafiante”.²⁸

De esta forma, el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea a los fines de evitar justamente el malestar o la irritación que dicha expresión genera porque ello importaría una restricción intolerable de la discusión política. Si la difusión de ciertas ideas pudiera ser restringida con el argumento de que dicha difusión causa un daño emocional a una parte del público, ningún significativo intercambio de ideas quedaría a salvo del cuchillo del censor.²⁹ Como sostuvo el filósofo inglés John Stuart Mill, si el límite a la libertad de opinión radica “en la ofensa que sufren aquellos cuya opinión se ve atacada, la experiencia nos dice que dicho agravio se produce siempre que el ataque es eficaz y poderoso, y que a todo contrincante que no se deje amilanar, y con el que se vean en dificultades para responderle, lo tendrán, si pone un verdadero interés en el asunto, por un contradictor intemperante”.³⁰

Algunas personas pueden encontrar particularmente ofensiva o irritante la justificación de los crímenes de la última dictadura militar, el elogio de la homosexualidad, la quema de la bandera nacional, la defensa del aborto o la apología de los actos terroristas. Pero si una idea ofende, escandaliza o irrita, la solución no es silenciar al que predica dicha idea, sino tratar de persuadirlo de que está equivocado.³¹

No hay mejor ejemplo de los alcances de este principio fundamental de la libertad de expresión que la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso “Texas v. Johnson”,³² en el que la Corte sostuvo que la quema de una bandera estadounidense en un acto público constituía una actividad constitucionalmente protegida por la libertad de expresión. Al respecto, la Corte señaló, en primer lugar, que “[s]i hay un principio fundamental que subyace a la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la ex-

²⁸ Corte Suprema de Argentina, “Amarilla, Juan H”, 29 de septiembre de 1998, considerando núm. 12 de los jueces Petracchi y Bossert, *Fallos* 321:2558.

²⁹ Braun, Stefan, *Democracy Off Balance*, Toronto, University of Toronto Press 2004, p. 63.

³⁰ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1978, [1859], pp. 50 y 51.

³¹ En sentido similar, Magariños ha expresado que “a muchos pueden estorbarlos la ponderación de los elogios al general Videla; pero silenciar las expresiones de quienes participan de sus pensamientos totalitarios, es una respuesta igualmente totalitaria. De estos ataques abstractos, la sociedad debe defenderse por medio de la pública discusión de las ideas y del fortalecimiento, por medio de la discusión, de los valores que están detrás de una ‘sociedad abierta’...”, Magariños, Héctor Mario, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, núm. 43, 1988, pp. 461, 470.

³² 491 U. S. 397 (1989).

presión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra en sí ofensiva o desagradable”.³³ Por consiguiente, la libertad de expresión comprende “el derecho a diferir en cuanto a las cosas que tocan el corazón del orden existente” de forma tal que incluso aquellos conceptos sagrados para la Nación pueden ser cuestionados en el mercado de ideas.³⁴ Y eso incluye, según la Corte, las opiniones desafiantes o despectivas respecto de la bandera.³⁵

La Corte argentina trata de distinguir las expresiones ofensivas en materia religiosa de las expresiones ofensivas respecto de cuestiones de interés general. Según la Corte, es necesario distinguir los “juicios públicos sobre materias controvertibles” de “la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias”³⁶. Al respecto, la Corte observó que en distintos ordenamientos jurídicos “se ha otorgado especial protección al sentimiento religioso en su aspecto de valor, de un bien de tal importancia para ciertos sujetos que una lesión en el mismo puede comportar para el afectado una grave pérdida y aflicción”.³⁷ Como puede observarse, la Corte entiende que las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos causan un daño esencialmente distinto al que puede causar una opinión meramente ofensiva en materia de interés general. Y es este daño esencialmente distinto lo que justificaría —a diferencia de lo que sucede en materia de expresiones ofensivas sobre materias controvertibles— la restricción a la libertad de expresión.

Este énfasis en la gravedad del daño que causan este tipo de expresiones revela cierta influencia del comunitarismo, en tanto postula que la identidad individual está constituida por la pertenencia a ciertos grupos —entre ellos los religiosos— que definen lo que sus integrantes *son* como individuos.³⁸ De acuerdo con esta interpretación, una cosa serían las expresiones dirigidas a ciertos grupos en donde la asociación es voluntaria —tales como los partidos políticos— y otra muy distinta serían los ataques contra grupos religiosos cuyos objetivos y valores son un componente de la identidad individual de sus miembros. En este último caso, la expresión ofensiva afectaría ciertas relaciones que son centrales para la identidad de cada persona. En otras pa-

³³ *Ibidem*, p. 414.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Idem*.

³⁶ “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.*, considerando núm. 26 del voto de la mayoría.

³⁷ *Ibidem*, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

³⁸ Al respecto, véase Note [of the journal], “A Communitarian Defense of Group Libel Laws”, *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 3, enero de 1988, pp. 690-692.

labras, habría una diferencia relevante entre las expresiones ofensivas sobre cuestiones de naturaleza política —por ejemplo, expresiones que denigran una determinada ideología política, como el liberalismo, el peronismo o el marxismo— y expresiones que lesionan sustancialmente los sentimientos religiosos de terceros.

Sin embargo, esta distinción entre discurso político y expresiones que lesionan los sentimientos religiosos carece de todo sustento ya que presupone —erróneamente— que las creencias religiosas quedan confinadas al ámbito privado de cada individuo y que son más centrales para la identidad del individuo que otro tipo de filiaciones.

No obstante, como ya he señalado, los grupos religiosos participan activamente del debate público y tratan de influir en él en función de sus creencias y dogmas. La religión no es algo que las personas mantienen dentro de las cuatro paredes de su casa. Por consiguiente, las expresiones que cuestionan o atacan esas doctrinas, dogmas o enseñanzas también constituyen “discurso político” que debe gozar de la máxima tutela constitucional. Criticar o cuestionar una religión es lo mismo que criticar al liberalismo o al marxismo.

Además, desde el punto de vista del daño emocional que puede provocar la difusión de una determinada opinión o idea, no hay una diferencia esencial entre las expresiones que afectan los sentimientos religiosos y otras expresiones particularmente ofensivas acerca de cuestiones de interés general. Por ejemplo, una cita de la Biblia que define a las relaciones homosexuales como una “abominación” puede causar un daño emocional tanto o más severo que el que puede sentir un integrante de la religión católica frente a las expresiones de Dalmiro Sáenz.

Finalmente, no puede soslayarse que los grupos religiosos —en su participación en el debate público— muchas veces promueven ideas que son susceptibles de ofender de forma sustancial a ciertos grupos de personas (por ejemplo, en materia de igualdad de género y de orientación sexual). Si al promover estas doctrinas religiosas los grupos religiosos se amparan en la libertad de expresión —más allá de la ofensa sustancial que pueden provocar dichas creencias—, no pueden entonces pretender que sus creencias y dogmas no sean objeto de críticas por parte de quienes se sienten atacados y ofendidos. Como observó el *Justice Scalia* en el caso “RAV v. City of St. Paul”, la libertad de expresión impide que el gobierno autorice a quienes defienden un determinado punto de vista a luchar sin reglas y exija a quienes combaten dicho punto de vista que sigan las reglas del Marqués de Queensberry.³⁹

³⁹ “RAV v. City of St. Paul”, 505 U.S. 377, p. 391 (1992).

Es cierto que a los fines de solucionar el problema que destaca Scalia, se podría seguir el modelo de la legislación penal alemana que no solamente castiga las expresiones abusivas contra creencias religiosas sino también contra creencias filosóficas. En este sentido, los autores alemanes explican que la noción de abuso no exige necesariamente un insulto y dan como ejemplo de creencias filosóficas protegidas por esta norma el marxismo, el neoliberalismo, el darwinismo o el existencialismo.⁴⁰ Si bien es cierto que este enfoque resulta un poco más coherente,⁴¹ revela en todo caso una visión excesivamente restrictiva de la libertad de expresión, que queda sacrificada en el altar de lo políticamente correcto. Los participantes en el debate público no pueden pretender no ser ofendidos o provocados durante dicho debate, especialmente en el marco de sociedades cada vez más diversas en las que los individuos profesan creencias e ideologías radicalmente diferentes. Como observa András Sajó, la libertad de expresión se extingue si tiene que ser ejercida en la forma menos ofensiva posible.⁴²

En síntesis, el mero hecho de que una expresión cause una ofensa o lesione los sentimientos religiosos de un grupo de personas no resulta un argumento válido para restringir dicha clase de expresiones. De lo contrario, como observó el juez Corti en el caso “Asociación Cristo Sacerdote”, “el derecho a la intimidad podría convertirse en un peligroso instrumento para censurar críticas u opiniones ajenas que no se comparten”.⁴³

V. LA RELEVANCIA DE LA FORMA DEL DISCURSO: ¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR EL DISCURSO QUE LESIONA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CUANDO ES EXPRESADO EN TÉRMINOS INSULTANTES O GRATUITAMENTE OFENSIVOS?

En “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte hace referencia a una sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido que considera relevante —a los fines de determinar el límite entre la libertad de expresión y la libertad religiosa—

⁴⁰ Mahlmann, Matthias, “Free Speech and the Rights of Religion”, en Sajó, András (ed.), *Censorial Sensitivities...*, cit., p. 45.

⁴¹ Aunque es probable que la coherencia tenga un límite. Imagino muy poco probable que alguien sea condenado en Alemania por expresiones abusivas contra el Nazismo.

⁴² Sajó, András, “Countervailing Duties as Applied to Danish Cheese and Danish Cartoons”, en Sajó (ed.), *Censorial Sensitivities...*, cit.

⁴³ Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, 27 de diciembre de 2004, punto X, voto del juez Corti.

la forma en que la crítica a las creencias y dogmas religiosos es realizada.⁴⁴ De acuerdo con esta doctrina de la Cámara de los Lores, sólo podría castigarse una expresión que lesiona los sentimientos religiosos de una persona cuando contiene expresiones vulgares, ultrajantes o groseras.

Una idea similar ha sido desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). El tribunal europeo analizó por primera vez esta cuestión en el caso “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”,⁴⁵ que se originó en una orden de secuestro y confiscación de una película, emitida por un tribunal austriaco, con sustento en lo dispuesto en el artículo 188 del Código Penal de ese país, que castiga a todo aquél que denigra o insulta a una persona o a un objeto que es venerado en una Iglesia o en una comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma, una costumbre lícita o una institución lícita de esa Iglesia o de esa comunidad.⁴⁶ Del fallo de la CEDH surgen dos puntos fundamentales:

(i) la restricción a la libertad de expresión tiene una finalidad legítima, que es la de proteger los derechos de terceros (en especial, el derecho al respeto por los sentimientos religiosos de cada persona) y la de prevenir el desorden.⁴⁷ Con lo cual la Corte reconoce la finalidad lícita de la regulación penal que tutela los sentimientos religiosos;

(ii) quienes profesan una determinada religión, deben “tolerar y aceptar el rechazo o la oposición a sus creencias e incluso la difusión de doctrinas hostiles a su fe” pero ciertos métodos de oposición o rechazo pueden gene-

⁴⁴ “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.*, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

⁴⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de agosto de 1994, “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”.

⁴⁶ La película estaba basada en una obra dramática, escrita por Oskar Panizza en 1895, que atacaba los dogmas de la religión católica. La obra de Panizza retrata a Dios Padre como viejo y enfermo, a Jesús como un “niño de mamá” y a la Virgen María como una prostituta sin principios. Los tres se reúnen para castigar a la humanidad por su inmoralidad y para ello le solicitan ayuda al diablo. El diablo les sugiere la idea de una enfermedad sexual, cuyos síntomas son los de la sífilis. El diablo engendra una hija que diseminará la enfermedad entre los hombres. Como contraprestación, el Diablo reclama “libertad de pensamiento” y María responde que lo pensará. Panizza fue condenado por “crímenes contra la religión” y su obra fue prohibida en Alemania. La película, dirigida por Werner Schroeter y estrenada en 1981, comienza y termina con escenas del juicio a Panizza. En el medio, la película muestra una puesta en escena de la obra de Panizza en un teatro en Roma. Dios Padre aparece como un viejo senil que se postra ante el Diablo, con quien intercambia un profundo beso. Jesucristo es retratado como mentalmente retrasado y en una escena aparece intentando lascivamente besar el seno de su madre. Además, la película muestra un cierto grado de tensión erótica entre la Virgen y el Diablo.

⁴⁷ “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, *op. cit.*, párr. 47.

rar un efecto inhibitorio respecto de quienes profesan dichas creencias⁴⁸. La libertad de expresión engendra deberes y responsabilidades, entre las cuales se encuentra la obligación de evitar el uso de expresiones que son “gratuitamente ofensivas” para otras personas y que “no contribuyen a ninguna forma de debate público”.⁴⁹

Como puede observarse, la CEDH considera que ciertas expresiones que afectan los sentimientos religiosos pueden ser castigadas si son realizadas de una determinada *forma*. El estándar del tribunal europeo exige distinguir entre “expresiones gratuitamente ofensivas que no contribuyen a ninguna forma de debate público” y expresiones ofensivas justificadas. Al respecto, Martínez-Torreón observa que si bien la CEDH no ha explicado qué entiende por expresiones “gratuitamente ofensivas”, parece indicar una expresión que “no es necesaria o que no tiene causa o justificación”.⁵⁰ Para entender mejor cómo opera este estándar resulta conveniente analizar algunos casos posteriores resueltos por la CEDH.

En “Wingrove c/ Reino Unido”,⁵¹ la CEDH revisó la decisión del *British Board of Film Classification* de rechazar —con sustento en carácter blasfemo de una obra— el pedido de un “certificado de clasificación” de un video clip, que resultaba necesario para poder venderlo o alquilarlo, o difundirlo de cualquier forma al público.⁵² La CEDH concluyó que la decisión del *Board* no era incompatible con la libertad de expresión. Al respecto, la CEDH destacó especialmente que el delito penal de blasfemia, tal como estaba en esa época regulado en el derecho inglés, no impedía la difusión de ideas hostiles a la religión cristiana. Era la forma en la que la idea era

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 49.

⁵⁰ Martínez-Torreón, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the ECHR”, en *Censorial Sensitivities...*, cit., p. 266.

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de octubre de 1996, “Wingrove c/ Reino Unido”.

⁵² La obra cinematográfica respecto de la cual se solicitaba el “certificado de clasificación” era un video clip basado en la vida de la monja carmelita Santa Teresa de Ávila, que había experimentado visiones de Jesucristo. El video clip mostraba a Santa Teresa de Ávila teniendo fantasías eróticas con una figura crucificada de Jesucristo y fantasías lésbicas con su propia psique. El *British Board of Film Classification* denegó el “certificado de clasificación” con el argumento de que el video clip incurría en el delito penal de blasfemia, entonces vigente en el Reino Unido. De acuerdo al derecho inglés, es blasfema toda publicación que es despectiva, grosera, ultrajante respecto de Dios, Jesucristo, la Biblia o los dogmas de la Iglesia de Inglaterra. A los fines de determinar el carácter blasfemo de una publicación, los tribunales ingleses evalúan la *forma* en que una doctrina es expresada y no la *sustancia* de la misma.

expresada, y no la idea en sí misma, lo que el derecho buscaba controlar.⁵³ Asimismo, la CEDH tuvo en cuenta que —de acuerdo con el derecho inglés— el insulto a los sentimientos religiosos debe ser significativo, tal como surgía de los adjetivos empleados por los tribunales ingleses para definir las expresiones blasfemias: “despectivo”, “ultrajante”, “grosero” y “ridículo”.⁵⁴

En cambio, en “Aydin Tatlav c/ Turquía”,⁵⁵ la CEDH consideró que la decisión de un tribunal penal turco de imponer una multa al autor de un libro particularmente crítico sobre el islam importó una violación a su libertad de expresión.⁵⁶ La CEDH subrayó que no observaba en la obra “un tono insultante dirigido directamente contra los creyentes ni un ataque injurioso contra los símbolos sagrados de los musulmanes...”⁵⁷

Como puede observarse, la CEDH admite la imposición de restricciones a la libertad de expresión dirigidas a mantener un nivel mínimo de civильidad y respeto mutuo entre las personas en el ámbito del discurso público. De ahí que los Estados europeos puedan castigar las expresiones “gratuitamente ofensivas que no contribuyen al debate público”. James Whitman ha explicado las raíces históricas de Europa continental en materia de imposición de normas de civильidad y respeto mutuo en el discurso público, destacando que se extiende mucho más allá de la prohibición de las expresiones de odio.⁵⁸ En Europa continental —observa Whitman— todo el mundo tiene “derecho al respeto”.⁵⁹

El enfoque de la Corte Suprema de Estados Unidos es marcadamente diferente. En “Cohen v. California”,⁶⁰ la Corte estadounidense revocó una sentencia de un tribunal de California que había condenado a una persona por alterar la paz pública al caminar por los corredores de los tribunales de Los Ángeles con una campera que decía *fuck the draft*,⁶¹ como una forma

⁵³ “Wingrove c/ Reino Unido”, *cit.*, párr. 60.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, 2/5/2006, “Aydin Tatlav c/ Turquía”.

⁵⁶ Al fundamentar la condena penal, el tribunal turco hizo especial referencia a que el libro sosténía que Alá no existía, que fue creado para engañar a la gente analfabeta, que el islam es una religión primitiva, que engaña a la población con historias de paraísos y de infiernos y que sacrifica los vínculos de explotación, entre ellos la esclavitud.

⁵⁷ “Aydin Tatlav c/ Turquía”, *cit.*, párr. 28.

⁵⁸ Whitman, James, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, núm. 2, enero de 2000, pp. 1279-1398.

⁵⁹ Whitman, James “‘Human Dignity’ in Europe and in the United States: the Social Foundations”, en Nolte, Georg, *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 123.

⁶⁰ 403 U.S. 15 (1971).

⁶¹ Una traducción aproximada al español sería “a la mierda con el reclutamiento”.

de protesta contra la guerra en Vietnam. La Corte sostuvo que el Estado no podía prohibir una determinada expresión con el fin de proteger la sensibilidad de los oyentes que involuntariamente quedan expuestos a un mensaje que perciben como ofensivo.⁶² Según la Corte, el Estado carece del poder para “depurar el debate público con el fin de hacerlo gramaticalmente aceptable para los más susceptibles”.⁶³ En este punto, el fallo revela una postura radicalmente diferente a la de la CEDH, ya que el máximo tribunal estadounidense considera que la tutela de las sensibilidades de los oyentes no constituye un fin regulatorio lícito del ámbito del discurso público. La elección del vocabulario que se utiliza en el discurso público recae exclusivamente en cada individuo, ya que “la vulgaridad de uno es poesía lírica para el otro”.⁶⁴

Asimismo, la Corte estadounidense —a diferencia de la CEDH— expresó su preocupación por el impacto que puede tener esta clase de normas en el debate público. En este sentido, la Corte observó que no se puede suponer que “se pueden prohibir determinadas palabras sin también correr un riesgo sustancial de suprimir ideas en el proceso, ya que el Estado puede tomar la censura de ciertas palabras como un pretexto para prohibir opiniones impopulares”.⁶⁵ Asimismo, la Corte subrayó que las palabras son elegidas tanto por su fuerza cognoscitiva como por su fuerza emotiva y ambos aspectos se encuentran protegidos por la libertad de expresión.⁶⁶ Este derecho no sólo protege la crítica responsable e informada sino también “la libertad de hablar de forma insensata y sin moderación”.⁶⁷

Ahora bien, ¿cómo debe analizarse esta cuestión desde la perspectiva del derecho argentino? La práctica jurisprudencial argentina nos muestra algunos de los problemas de la imposición de normas de civilidad y respeto mutuo en el discurso público.

En primer lugar, el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” nos muestra cómo la aplicación de normas de civilidad en el discurso público es en general utilizada para proteger los intereses de la mayoría. Esta consecuencia ya había sido advertida por Mill, al señalar que la prohibición de expresiones intemperantes o insultantes sólo sería aplicada cuando estas expresiones fueran dirigidas contra las ideas dominantes, mientras que, si fueran dirigidas con-

⁶² “Cohen v. California”, *cit.*, pp. 21 y 22.

⁶³ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*.

tra las ideas minoritarias, su autor sería reconocido por su honrado celo y justa indignación.⁶⁸

La decisión de la Corte Suprema en el caso “Canicoba Corral c/ Acevedo”⁶⁹ —si bien no se refiere específicamente a expresiones que lesionan los sentimientos religiosos— muestra también como la imposición de estándares de civильidad y respeto mutuo en el discurso público ha sido utilizada en Argentina para proteger a funcionarios públicos (jueces federales, en el caso concreto) y cercenar de forma grave e irrazonable el derecho de crítica. En efecto, la Corte sostuvo en dicho caso que decirle “detestable” a un juez constituía un insulto, una vejación gratuita e injustificada. Este fallo —que revela una visión paupérrima de la libertad de expresión por parte de los cuatro jueces que integran la mayoría— muestra a las claras los riesgos del uso de estándares de civильidad y respeto mutuo por parte de nuestros tribunales.

Más recientemente, la *Revista Barcelona* fue condenada a indemnizar a Cecilia Pando por una parodia publicada en la contratapa de dicha publicación en la que aparecía en una foto trucada completamente desnuda y maniatada, con frases tales como: “Para matarla”, “Soltá al genocida que llevás adentro”, “Apropiate de esta bebota”, “Las chicas quieren guerra antisubversiva”, “Las defensoras de presos políticos más *hot* de plaza San Martín te piden por favor que lo sueltes”, “Cadenas, humillación y golpes (de estado)”, “Cecilia Pando se encadena para vos”. Si bien los fundamentos de la decisión son muy poco claros, la conducta antijurídica de la revista parece estar fundada, según el tribunal, en que las fotos y las frases mencionadas “exceden un tono sarcástico y burlón y hacen una exposición exagerada de la accionante”.⁷⁰ O sea, el problema es la *forma* de la crítica, que el tribunal percibe como “exagerada”. Si usara el lenguaje de la CEDH, el tribunal civil podría haber afirmado que se trataba de una expresión “gratuitamente ofensiva”. Al igual que en el caso “Canicoba Corral c/ Acevedo”, la decisión del tribunal de primera instancia revela cómo los estándares de civильidad y respeto mutuo en el marco del debate público son usados para limitar el derecho de crítica.

Por último, tiene razón la Corte Suprema de Estados Unidos cuando subraya la importancia del valor emocional de las palabras. Algunas de las ideas políticas más importantes de la historia “han sido comunicadas en tér-

⁶⁸ Mill, John Stuart, *On Liberty*, cit., pp. 50 y 51.

⁶⁹ Corte Suprema de Argentina, 14 de agosto de 2013, “Canicoba Corral, Rodolfo Arístides c/ Acevedo, Sergio Edgardo s/ daños y perjuicios”.

⁷⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 108, 29 de abril de 2016, “Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S. R. L.”, Punto IX.

minos intemperantes a través de emociones tan variadas como odio, enojo, risa, lágrimas o temor”.⁷¹ El uso de palabras vulgares o insultantes constituye una consecuencia natural de las emociones que genera un determinado tema de interés público respecto de ciertas personas.⁷² Por ejemplo, no puede esperarse el mismo lenguaje de parte de una historiadora que analiza el rol de la Iglesia católica durante la década del setenta desde su escritorio universitario, que de parte del hijo de una persona desaparecida que —frente al hecho de la complicidad de algunos sacerdotes en las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el gobierno militar— formula insultantes y vulgares expresiones contra los “curas torturadores y asesinos”. Esa persona está expresando un sentimiento de ira, angustia, dolor que difícilmente podría transmitir con un lenguaje mesurado y académico.

VI. ¿LAS EXPRESIONES QUE LESIONAN LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS PUEDEN CAUSAR UN “EFECTO SILENCIADOR” QUE JUSTIFIQUE EL CASTIGO DE DICHAS EXPRESIONES A LOS FINES DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN EN EL DEBATE PÚBLICO DE LAS PERSONAS O GRUPOS RELIGIOSOS?

La Corte Suprema argentina afirmó también en “Ekmekdjian c/ Sofovich” que “ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo...”.⁷³ Una idea similar fue expresada por la CEDH al observar en “Otto-Preminger-Institut c/ Austria” que “ciertos métodos de oposición o rechazo pueden generar un efecto inhibitorio respecto de quienes profesan dichas creencias”.⁷⁴

Este argumento presenta ciertas similitudes con la noción de “efecto silenciador” desarrollada por algunos académicos estadounidenses —en especial por Owen Fiss—, según la cual cierta clase de discursos de odio afectan el sentimiento de dignidad de las personas impidiéndoles participar en el debate público.⁷⁵

⁷¹ Braun, Stefan, *Democracy Off Balance*, cit., p. 206.

⁷² Gard, Stephen, “Fighting Words as Free Speech”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 58, núm. 3, 1980, pp. 531, 578.

⁷³ “Ekmekdjian c/ Sofovich”, cit., considerando núm. 27.

⁷⁴ “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, cit, párr. 47.

⁷⁵ Cfr. Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996, p. 16.

Esta noción de efecto silenciador o inhibitorio como estándar regulatorio de la libertad de expresión presenta algunos problemas.

En primer lugar, no se ha producido evidencia empírica alguna de que el discurso público se haya visto privado de cierta idea a causa del efecto silenciador de ciertas expresiones de odio.⁷⁶ Una cosa es que un grupo se encuentre subordinado en la sociedad y otra muy distinta es que esté totalmente silenciado por los prejuicios vigentes en dicha sociedad. Por ejemplo, si uno tiene en cuenta la experiencia estadounidense del movimiento por los derechos civiles, es válido concluir que los afroamericanos —a pesar de la intolerable situación de subordinación en la que se encontraban en los Estados del sur— pudieron, sin embargo, hacer oír su voz, de forma exitosa, en el *discurso público*. De la misma manera, en Argentina, grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar —con relativo éxito— la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucionales.⁷⁷ Esto de ninguna manera significa que las condiciones en que estos grupos participan del debate público sean las ideales. Mi punto —más limitado— es que no están completamente silenciados y que, en algunos casos, sus planteos han sido escuchados por el gobierno.

El escrutinio estricto aplicable en materia de normas que restringen la difusión pública de una idea determinada exige analizar seriamente la efectiva existencia del daño invocado por el legislador.⁷⁸ Por lo tanto, cualquier reglamentación de la difusión pública de ideas basada en la existencia de un presunto “efecto silenciador” exige demostrar de forma clara y convincente la

⁷⁶ En Estados Unidos, diversos autores han cuestionado la existencia del efecto silenciador. Véase, por ejemplo, Weinstein, James, *Hate Speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press/Boulder, 1999, p. 134; Post, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, núm. 1, 1997, p. 1533.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, la Ley 26.618 que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo o el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional —incorporado por la reforma de 1994— que establece que es competencia del Congreso de la Nación: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

⁷⁸ Rivera, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, *op. cit.*

existencia de dicho efecto. De lo contrario, no deja de ser un intento —sofistificado— de censurar aquellas expresiones que nos ofenden o molestan.

A diferencia de la Corte Suprema, los tribunales inferiores argentinos se han mostrado mucho más escépticos respecto de la existencia de este presunto efecto silenciador o inhibidor en materia de expresiones que lesionan los sentimientos religiosos. En el caso “Asociación Cristo Sacerdote” —en el que la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires rechazó un pedido de clausura de la muestra del artista León Ferrari— el juez Corti acertadamente observó que la exposición organizada por la Ciudad podía “disgustar, irritar o incluso contrariar la sensibilidad o las creencias religiosas de quienes profesan la fe católica, pero en ningún modo les impide llevar adelante su plan vital con arreglo a los dictados de ese culto”.⁷⁹ Por el contrario —destaca Corti— “la circunstancia de que parte de la comunidad católica se haya manifestado pública y libremente en contra del contenido de la exposición... es la mejor prueba de que la libertad de conciencia no se ha visto afectada ni restringida por la muestra en cuestión”.⁸⁰

En este mismo sentido, en el caso “Bacre c/ Estado Nacional”,⁸¹ el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal núm. 1 rechazó una acción de amparo tendiente a que se prohíba el ingreso y circulación del libro “Los versos satánicos” en el territorio argentino. El tribunal afirmó —con relación al libro— que “cause o no una lesión a sus sentimientos religiosos, no le impide la exteriorización de los mismos”.⁸²

En segundo lugar, es interesante observar que la preocupación esencial de los académicos estadounidenses que desarrollaron esta noción de “efecto silenciador” se centra en las expresiones que silencian a los grupos vulnerables o históricamente oprimidos en la sociedad. Sin embargo, tanto en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” —presuelto por la Corte Suprema argentina— como en los casos “Otto-Preminger Institut c/ Austria”, “Wingrove c/ Reino Unido” y “Aydin Tatlav c/ Turquía”, se trata de tutelar los sentimientos religiosos de la mayoría, con lo cual se desvirtúa por completo esta noción de “efecto silenciador”, que termina siendo usada como un mecanismo de censura contra quienes se atreven a cuestionar las creencias mayoritarias.

Sin embargo, se podría argumentar que lo que corresponde hacer es limitar las normas que castigan la lesión a los sentimientos religiosos a aque-

⁷⁹ “Asociación Cristo Sacerdote”, *cit.*, punto X.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, núm. 1, 8 de noviembre de 1989, “Bacre, Aldo c/ Estado Nacional”, ED 139-439.

⁸² *Ibidem*, p. 442.

llos casos en que efectivamente se genere un efecto inhibitorio. Pero este sería un estándar manifiestamente indeterminado como regulador de la libertad de expresión.⁸³ ¿Cómo puede un tribunal judicial evaluar si una determinada expresión causa o no un “efecto silenciador”? Este estándar resulta incompatible con el principio de legalidad en materia penal que exige en la elaboración de los tipos penales la utilización de “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles” ya que la ambigüedad “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”.⁸⁴ Esta indeterminación del estándar aplicable es particularmente peligrosa en un área sensible de la libertad de expresión.

En realidad, si la preocupación es asegurar la efectiva participación de los grupos religiosos en el debate público, ello se logra con una mayor libertad de expresión y no con restricciones arbitrarias e irrazonables a este derecho. En lugar de censurar las expresiones que afectan los sentimientos religiosos de los creyentes, el Estado no debe confinar las creencias religiosas personales a los espacios privados y debe asegurar que las personas y grupos religiosos puedan participar del debate público con su perspectiva religiosa. Ello implica, entre otras cosas, garantizar la posibilidad de exteriorizar sus creencias religiosas libremente en el espacio público. Como se expresa en el Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA del 2009 —preparado por Catalina Botero— el discurso religioso goza de una especial tutela en la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto expresa “un elemento integral de la identidad y dignidad personales”.⁸⁵ Curiosamente, los mismos estados europeos que se esfuerzan en tutelar los sentimientos religiosos imponen restricciones arbitrarias en materia de vestimenta en el espacio público que afectan de forma sustancial a grupos religiosos minoritarios. Desde una perspectiva puramente política, estas restricciones además son contraproducentes porque —como ha observado la historietista iraní Marjane Satrapi— transforman un símbolo de represión en uno de rebeldía.⁸⁶ Son muchas las batallas que podrían dar las personas y grupos religiosos invocando la libertad de expresión a los fines de asegurar su efectiva participación en el discurso público, que no implican la censura de puntos de vista contrarios a sus creencias.

⁸³ Moon, Richard, “The State of Free Speech”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 48, núm. 1, 1998, pp. 125, 132.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008, “Kimel c/ Argentina”, párr. 63.

⁸⁵ Informe Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA (2009), capítulo III, párr. 57.

⁸⁶ Entrevista a Marjane Satrapi por Emma Watson, disponible en: <http://www.vogue.com/13462655/emma-watson-interviews-marjane-satrapi/>.

VII. CONCLUSIÓN

En síntesis, considero que la libertad de expresión veda toda posibilidad de otorgar una tutela adicional de los sentimientos religiosos. En el discurso público, no existe un derecho a no ser ofendido y no existe un derecho al respeto de mis creencias políticas, filosóficas o religiosas. El debate público, como han sostenido la Corte Suprema estadounidense y la Corte Suprema argentina, debe ser robusto, amplio y desinhibido.⁸⁷

Los grupos religiosos deben gozar de la misma protección que gozan los restantes grupos en materia de castigo penal de expresiones de odio, sin perjuicio de que en esta área también la libertad de expresión impone límites significativos a su castigo.⁸⁸ Y, como contrapartida, deben gozar de los mismos derechos para participar efectivamente en el debate público.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARENDT, Eric, “Free Speech and Religion: Secular and Religious Perspectives on Truth”, en SAJÓ, András (ed.), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007.
- BRAUN, Stefan, *Democracy Off Balance*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996.
- GARD, Stephen, “Fighting Words as Free Speech”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 58, núm. 3, 1980.
- KAGAN, Elena, “Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago law Review*, vol. 63, núm. 2, primavera de 1996.
- MAGARIÑOS, Héctor Mario, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, núm. 43, 1988.

⁸⁷ “New York Times Co. v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964), p. 270; Corte Suprema de Argentina, 24 de junio de 2008, “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, considerando núm. 9 del voto de la mayoría.

⁸⁸ Rivera, H. Julio César, *Libertad de expresión y expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

- MAHLMANN, Matthias, “Free Speech and the Rights of Religion”, en SAJÓ, András (ed), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007.
- MARTÍNEZ-TORREÓN, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the ECHR”, en SAJÓ, András (ed.), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist world*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007.
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1978, [1859].
- MOON, Richard, “The State of Free Speech”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 48, núm.1, 1998.
- NOTE [of the journal], “A Communitarian Defense of Group Libel Laws”, *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 3, enero de 1988.
- OEA, *Informe Relatoria para la Libertad de Expresión de la OEA*, 2009.
- PIQUÉ, Elisabetta, *La Nación*, 15 de enero de 2015, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1760255-el-papa-francisco-sobre-charlie-hebdo-no-se-puede-insultar-la-fe-de-los-demas>.
- POST, Robert, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1991.
- POST, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, núm. 1, 1997.
- POST, Robert, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, núm. 24, 2006.
- POST, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad”, en SAJÓ, András (ed), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007.
- POST, Robert, “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review*, vol. 97, núm. 3, 2011.
- RIVERA, H. Julio César, *Libertad de expresión y expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- RIVERA, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, en RIVERA, H. ELÍAS *et al.* (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, t. II.
- RUBENFELD, Jed, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, vol. 53, núm. 2, 2001.
- SAJÓ, András, “Countervailing Duties as Applied to Danish Cheese and Danish Cartoons”, en SAJÓ, András (ed.), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007.

- SCHAUER, Frederick, “Mrs. Palsgraf and the First Amendment”, *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, núm. 161, 1990.
- STONE, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, *William & Mary Law Review*, vol. 25, núm. 2, 1983.
- WEINSTEIN, James, *Hate speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press, Boulder, 1999.
- WHITMAN, James, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, núm. 2, enero de 2000.
- WHITMAN, James, “«Human Dignity» in Europe and in the United States: the Social Foundations”, en NOLTE, Georg, *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- WATSON, Emma, *Entrevista a Marjane Satrapi*, disponible en: <http://www.vogue.com/13462655/emma-watson-interviews-marjane-satrapi/>.