

Bernate Ochoa, Francisco,
Libertad de expresión y democracia
en el derecho penal colombiano.
Editorial Jurídica Ibáñez. 2018.
48 páginas

LINDA ALEXANDRA RUIZ URREA¹

El Profesor de la Universidad del Rosario, Francisco Bernate Ochoa, ha publicado recientemente el texto “Libertad de expresión y democracia en el Derecho penal colombiano”, bajo el sello de la editorial jurídica Ibáñez, obra que está dedicada al pensamiento del gran jurista colombiano Carlos Lozano y Lozano. Este último aspecto, de por sí, ya es un *plus* del texto en cuestión, en razón a que se viene sosteniendo desde hace algún tiempo, salvo unas muy contadas excepciones, que se está en mora en el estudio y análisis profundo del pensamiento de los distintos autores nacionales.

En este orden de ideas, el profesor Bernate se ocupa en su libro de los problemas que se presentan en la libertad de expresión y que fueron objeto de estudio por el maestro Carlos Lozano y Lozano. Así, en primer lugar, en el capítulo I, analiza la *Evolución del pensamiento jurídico* de Carlos Lozano y Lozano, influenciado por un positivismo a ultranza, tomado de su maestro Enrico Ferri, al punto que en su obra “Elementos de Derecho Penal”, Lozano y Lozano inicia por el estudio del delincuente para estudiar posteriormente al delito, definiendo este último como *toda violación a la ley penal por la cual se incurre en una pena*”.

En este orden de ideas, Lozano y Lozano, según enseña el profesor Bernate, centra su atención cuando estudia el delito en el análisis de la personalidad del delincuente, la cual determina el monto de la sanción aplicable. Además, fundamentaba la pena en la necesidad de conservar el agregado social. Así, los elementos del delito, según

1 Estudiante Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás – Medellín.
Contacto: linda.ruiz@ustamed.edu.co

Lozano y Lozano, son “*el objeto jurídico y material, los sujetos activo y pasivo, el daño público o mediato, el daño privado o inmediato y la acción física y psíquica*”. De tal forma, decía, que en cuanto a la lesividad del acto no importaba la gravedad objetiva del mismo, sino la persona misma del delincuente.

En este primer capítulo Bernate denota que Lozano y Lozano no era partidario de las penas fijas, sino que consideraba que estas debían variar atendiendo a la readaptación del condenado y era el Juez quien en cada caso determinaba la duración de las mismas.

Seguidamente, el autor del libro se encarga de examinar la *actualidad del pensamiento de Carlos Lozano y Lozano*, destacando que éste planteó diversas soluciones a problemas que en la actualidad aquejan a la sociedad, por ejemplo, cómo afrontar el hacinamiento en las prisiones. Así las cosas, Lozano y Lozano proponía contar con un amplio número de sanciones aplicables siempre que fueran útiles para la sociedad, más allá de solo tener la pena de prisión o la multa; así como la imposición de penas pecuniarias, lo cual es diferente a la responsabilidad civil que se deriva del delito y opuesta además a la multa que también se le impondría al sujeto.

Bernate Ochoa considera como un componente necesario del pensamiento de Lozano y Lozano la necesidad de conectar la realidad con la legislación, postura que, a juicio de éste, incidió en que el Código Penal de 1936 -del cual formó parte en su redacción- fuera el estatuto que rigió por más tiempo y el que mejor acogida tuvo entre los ciudadanos y la judicatura en general.

Ahora bien, otro de los aspectos que Lozano y Lozano concebía, era la necesidad de custodiar la libertad de expresión como un elemento trascendental dentro de una sociedad democrática, tema de bastante actualidad si se tiene de presente que hoy se discute la obligación de determinar con precisión los límites a la libertad de expresión, dado que se ha ampliado la posibilidad de afectación al orden público y a la honra de los demás, a causa de que los ciudadanos cuentan con más herramientas para la expresión de su pensamiento.

En razón al aspecto de la libertad de expresión, trata justamente el segundo capítulo del libro objeto de recensión, en el cual se significa que Lozano y Lozano creía en la importancia de la deliberación pública y en la libertad de expresión como elemento fundante de la legitimidad del Estado. De acuerdo con lo anterior, se planteó dicho autor la discusión sobre los límites de este derecho frente al ejercicio de la oposición política, en vista de que en la Constitución de 1886 se indicaba que el orden social o la tranquilidad pública constituían limitantes a la libertad de expresión.

En razón a los límites a la libertad de expresión es poco lo que se encuentra en su obra *Elementos del Derecho Penal*, hallándose fundamentos del mismo en su faceta como abogado en ejercicio, al asumir una defensa en la que se acusaba a unos ciudadanos de colaborar en el funcionamiento de una emisora que no tenía licencia para funcionar, daba publicidad a documentos polémicos y asimismo censuraba las actuaciones del gobierno. En dicha defensa, Lozano y Lozano expresó la importancia que en la historia de Colombia tenía la deliberación política, la cual era un valor fundante de la democracia colombiana, además de que la uniformidad en las ideas políticas la consideraba antagónica con cualquier régimen constitucional.

De igual modo, según se señala en el libro, Lozano y Lozano también manifestaba que uno de los valores históricos de Colombia es el respeto por la palabra libre. En su criterio, la libertad de expresión en la deliberación política abarcaba *la exposición genérica de los males sociales, la crítica al Jefe de Estado y al Gobierno existente, la excitación a la desobediencia de las leyes, así como la expresión genérica de sentimientos de aversión a la política dominante.*

De otro lado, los límites a este derecho se encontraron demarcados en el Código Penal de 1936 con los delitos de instigación a la revuelta y la apología, los cuales se tipificaron para proteger el bien jurídico de la *seguridad ciudadana*. Expresaba Lozano y Lozano que no serían admisibles las manifestaciones de los ciudadanos que traspasaran un *mínimum ético, indispensable a la conveniencia social*. Adicionalmente señalaba que lo atentatorio de la ley penal no estaba en el tono de las afirmaciones, sino en su contenido, porque no todas las expresiones descompuestas ni las palabras ofensivas contra las autoridades o que pudieran desprestigiarlas, constituían delito.

De acuerdo con Lozano y Lozano, los requisitos de la apología del delito eran: 1) una manifestación directa, concreta e inequívoca acerca de un delito determinado o de un grupo de delitos; 2) dicha manifestación debía de revelar la voluntad de llevar a la conciencia de los oyentes o lectores, la idea de que un delito es cosa plausible, honrosa, digna de elogio; 3) y que las palabras empleadas debían de tener la idoneidad objetiva y la eficacia específica para motivar a las personas a cometer el determinado delito de que se tratara.

Por su parte, la instigación al delito venía dada por la incitación a la revuelta, penalizada en el artículo 149 del Código Penal de 1936. Los elementos de este delito, según Lozano y Lozano, eran: 1) que fuese una manifestación directa, encaminada a hacer – cometer un delito determinado; 2) la invitación debía de ser explícita, directa en sí misma; 3) la invitación debía de referirse al acto material constitutivo

del delito. Igualmente, debía de existir un vínculo de probabilidad y eficacia entre el hecho constitutivo de la excitación y el objeto de la excitación.

El capítulo tercero del libro del profesor Bernate se encarga del estudio de los delitos contra el honor como límites a la libertad de expresión. En este otro apartado del libro señala que Lozano y Lozano expresaba que en los delitos contra el honor se exhibía un daño moral que se materializaba en el sufrimiento que atravesaba la víctima y el descrédito público. Reflexionaba este autor que para estimar la lesividad de la integridad moral no era necesario que el afectado sufriera un efectivo perjuicio en su integridad, sino que era suficiente si se determinaba que la *expresión ultrajante era eficaz en sí misma para lanzar el deshonor sobre un ciudadano*. Asimismo, estimaba que el sentimiento de la propia dignidad era el núcleo patrimonial de la idea del honor; por ello, cuando quien realizaba la afirmación deshonrosa lo hacía directamente frente al agraviado, igual incurría en el delito, porque en el afectado se producía una disminución del patrimonio moral consistente en el dolor, en la vergüenza, en la mortificación injusta que procedía de experimentar que injustamente se le tenía por menos de lo que era.

De igual manera, el autor nos dice que para la época se discutió ampliamente el tema de la *legítima defensa del honor*, sobre el cual Lozano y Lozano juzgaba que al igual que un ciudadano era objeto de una agresión contra su vida, la persona cuya honra fuese atacada tenía el derecho de defenderse. Pero esta defensa debía de respetar los principios de injusticia, gravedad, inevitabilidad del mal y proporción entre acción y reacción. Además, Lozano y Lozano, concebía que la legítima defensa del honor procedía en casos muy excepcionales, tales como: 1) cuando por maldad y con el fin de atraer sobre una persona el deshonor o para arrancarle dinero, se le anunciaba la divulgación de un secreto; 2) cuando se era víctima de manera sucesiva y constante de los insultos de determinada persona, evento en el que la legítima defensa del honor se tornaba en un derecho de la víctima, quien se encontraba ante un mal grave e inminente, y podía presumir un nuevo peligro.

Lozano y Lozano, tal y como se dice en el texto, consideró la posibilidad de que las personas jurídicas también podían ser víctimas de los delitos contra el honor, porque ellas también eran titulares de un patrimonio moral. Además, reconoció que no solamente con palabras se podía afectar el honor de terceras personas, sino también con alegorías, representaciones plásticas, procedimientos indirectos de manifestar ideas, lo que hoy es conocido como injurias o calumnias indirectas.

Finalmente, Bernate Ochoa lleva a cabo el estudio de los delitos en particular de calumnia e injuria. La calumnia estaba tipificada en el artículo 333 del Código

Penal de 1936, con este delito se sancionaba a quien "*por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento hiciera a otro la imputación falsa de un hecho personal concreto, que la ley hubiese erigido en delito o que, por su carácter deshonroso o inmoral, fuera susceptible de exponerlo a la animadversión o al desprecio público*". Este delito se agravaba si se empleaba la prensa o manuscritos que podían ser repartidos profusamente, o se realizaba ante una asamblea pública o por medio cinematográfico o de radiodifusora. No procedía la sanción cuando se probaba la veracidad de las afirmaciones realizadas. Lozano y Lozano definía este delito como la imputación de un hecho falso, la cual se podía hacer en público como en exclusiva presencia del ofendido. Así mismo, consideraba que el acto en el que se incriminaba a alguien, debía ser efectivamente un delito que tuviera la capacidad de someter a la víctima (ofendido) al desprecio o vilipendio de la sociedad.

La injuria, por su parte, aparecía tipificada en los artículos 337 a 341 del Código Penal de 1936, donde se determinaba que cometía el delito de injuria quien "*por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, atacara el honor, la reputación o la dignidad de una persona, o diera a conocer sus faltas o vicios puramente privados o domésticos*". La pena se agravaba si la injuria se cometía públicamente en presencia del ofendido, si se empleaba la prensa o manuscritos que podían ser repartidos profusamente, o ante una asamblea pública, o por medio cinematográfico o de radiodifusora. Además, no constituía delito de injuria los escritos históricos ni lo expresado por los litigantes en los informes o escritos producidos antes los Tribunales, siempre que no fueran publicitados por sus autores. Para que este delito se presentara, era necesario que el autor obrara con *animus injuriandi*, es decir, la intención de afectar la honra de otra persona. Lozano y Lozano apreciaba que este delito debía de agravarse cuando las afirmaciones deshonrosas se realizaban en presencia del ofendido, expresando además que la injuria también abarcaba todas aquellas agresiones al honor que no encuadraban dentro del delito de calumnia.

Muy oportuna por tanto la obra del profesor Bernate Ochoa, la cual se suma a la de otros autores que han venido estudiando el pensamiento penal colombiano. Desde luego, la labor apenas está comenzando, requiriéndose más estudios de esta naturaleza para la comprensión y difusión de las ideas de nuestros grandes maestros, y que ojalá otros autores sigan este mismo camino.