

El principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal¹ The principle of speciality as a limit in the criminal law

Por: **González Herrera, Alberto H.**

Universidad de Panamá

Centro Regional de San Miguelito

Correo: alberto.gonzalezh@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5141-8528>

Entregado: 12 de abril del 2024

Aprobado: 24 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6395>

Resumen

La ley penal en un Estado democrático y de derecho busca salvaguardar los bienes y valores fundamentales de la sociedad. Ello lo establece el Código Penal (2007) en su artículo 2. Debe crearse la misma como lo establece la Constitución, en la Asamblea Nacional de Diputados luego de tres (3) debates en días distintos y sancionada por el presidente de la república. Una vez entra en vigencia, la norma penal se aplica siguiendo los postulados y garantías contemplados en el Código Penal (2007) en los artículos 1 a 16, la Constitución (2004) y los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos.

Los fiscales y los jueces son los primeros llamados a fortalecer el Estado democrático de derecho, respetando el principio de legalidad y llevando a los procesos solo a quienes incurran en la comisión de delitos.

Palabras clave. Ley penal, principio de legalidad, tipo penal, principio de especialidad.

Abstract:

The criminal law in democratic State of law protect legal assets. In Panama the law is the product of the National congress. Prosecutors and judges guarantee the rule of law.

¹ Texto ampliado de la exposición presentada el día 1 de junio de 2018 en la VI Jornada internacional de Derecho Penal y Derecho Procesal: “Justicia Penal y Política Criminal; Claves para la efectividad de su aplicación en un mundo globalizado” organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos INEJ y el Instituto Superior de la Judicatura César Quintero Correa, Hotel El Panamá, Salón Bolívar, Panamá, por invitación del Dr. Sergio Cuarezma Terán.

Key words: criminal law, principle of legality, penal type, specialty principle.

1. Introducción

La ley penal en un Estado democrático busca salvaguardar los bienes y valores fundamentales de la sociedad; debe producirse como lo establece la Constitución política de Panamá en tres debates en días distintos, previa propuesta de quienes están facultados para sugerir la creación y la reforma de las leyes orgánicas, como los Códigos nacionales dispone el artículo 165.1 de la Constitución Política (2004).

Una vez entra en vigencia un nuevo tipo penal, la norma que describe el delito se aplica siguiendo los postulados y garantías contemplados en el Código penal (2007), a saber: el respeto a la dignidad humana, artículo 1; la protección del bien jurídico, artículo 2; la mínima intervención, artículo 3; el derecho penal de acto, artículo 4; los derechos fundamentales, artículo 5; los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, artículo 6; los fines de la pena, artículo 7; los fines de las medidas de seguridad, artículo 8; el principio de legalidad, artículo 9; el derecho a juez o tribunal predeterminado por la ley, y el debido proceso, artículo 10; la nulidad por inobservancia de las garantías de legalidad o debido proceso, artículo 11; la *lex stricta*, artículo 12; el principio de tipicidad, artículo 13; el *favor rei*, artículo 14; la prohibición de doble juzgamiento y el principio de especialidad, artículo 15; la prohibición de analogía salvo que beneficie al imputado, artículo 16. De la Constitución Política (2004) resultan directamente aplicables en toda causa penal: los derechos fundamentales mínimos, artículo 17; la igualdad de armas, artículo 20; el derecho a la libertad personal, artículo 21; la presunción de inocencia y el derecho de defensa, artículo 22; el hábeas corpus, artículo 23; la garantía de no autoincriminación, el derecho a guardar silencio y no declarar contra familiares, artículo 25; la inviolabilidad del domicilio, artículo 26; la seguridad, rehabilitación y defensa social en el sistema penitenciario, artículo 28; la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, artículo 29; la prohibición de penas inhumanas y degradantes, artículo 30; el mandato de determinación de la ley penal, artículo 31; el proceso debido y legal, artículo 32; el derecho a la acción de amparo o de tutela de garantías fundamentales, artículo 54. De los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos no pueden soslayarse, el Pacto internacional de

Derechos civiles y políticos (1966) que proclama: la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, artículo 7; el derecho a la libertad y la seguridad personal, artículo 9; el respeto a la dignidad del privado de libertad y finalidad del régimen penitenciario, artículo 10; la igualdad ante los tribunales, el derecho a ser oído y proceso debido, artículo 14; el principio de legalidad ultranacional, artículo 15; la prohibición de injerencias arbitrarias, artículo 17; la no discriminación, artículo 20. De la Convención Americana sobre Derechos humanos (1969) tenemos: la prohibición de la pena de muerte, artículo 4; el respeto a la dignidad humana e integridad personal, artículo 5; la libertad personal y examen judicial de privación de la misma, artículo 7; las garantías judiciales, artículo 8; los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal, artículo 9; el derecho a indemnización por error judicial, artículo 10; la igualdad ante la ley, artículo 24.

En el presente trabajo de investigación planteamos la necesidad atender al principio de especialidad al momento de llevarse un proceso penal, el mismo de carácter documental y descriptivo se emplean los métodos intrasistemático y deductivo, consultando textos legales nacionales y recursos bibliográficos nacionales e internacionales.

Tratamos tres aspectos denominados: momentos de verificación del tipo penal, algunas situaciones y el principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal.

Los textos punitivos o códigos penales en su libro de los delitos, al igual que en el texto panameño, en el Libro Segundo ordenan por Título los comportamientos que se prevén como lesivos a la sociedad.

2. Momentos de verificación del tipo penal

Al darse un supuesto delito debe realizarse el ejercicio de verificación si el o los hechos coinciden con algún tipo penal de los previstos en el Código Penal (2007). Esta tarea supone la realización de una interpretación adelantada y provisional del tipo penal.

La norma jurídico-penal destaca Muñoz Conde (2001) constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida, y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista (p. 43). Sin embargo, si las

disposiciones penales no motivan al ciudadano o al mismo no le interesa observarla podía estar transitando a la esfera penal si amenaza gravemente o afecta algún bien o valor fundamental.

Luego de ocurrido un hecho que parece delito se dan las pesquisas iniciales por la policía, la Dirección de investigación judicial o la Fiscalía de Atención primaria producto de la recepción de una denuncia, una querrela o de averiguación de oficio.

Una vez que resulta una persona vinculada a algún delito, en la fase inicial de investigación contando con elementos de convicción que acrediten la existencia del mismo, puede la Fiscalía solicitar la fecha de audiencia a la oficina judicial, a fin que ante el juez de garantías se cumpla con el control de aprehensión (si fue aprehendido el sospechoso), la imputación de cargos y la solicitud de medida cautelar al indiciado o presunto sujeto activo conforme a los artículos 278 y 280 del Código Procesal Penal (2008).

El primer momento de verificación del tipo penal de manera rápida, particular, subjetiva y empírica lo realiza la policía; si se aprehende a alguien en flagrancia o al acudir al llamado de auxilio antes de perpetrado el delito o con posterioridad a su ejecución. También, se tiene que examinar el precepto penal una vez es presentada la denuncia o la querrela y por la gravedad de la misma, los investigadores proceden con el visto bueno de su superior a efectuar las primeras averiguaciones. En este momento inicial debería haber una colaboración estrecha entre la policía y el fiscal adjunto o de turno, puesto que es éste quien debe autorizar cualquier actividad investigadora dado que ostenta la idoneidad para hacer una interpretación inicial del hecho lesivo o delictivo frente a la norma penal.

El segundo momento de verificación del tipo penal se constata al presentarse la Fiscalía a la audiencia ante el Juez de garantías a formular la imputación, indicando los hechos, los elementos de convicción con que cuenta que dan fe de los mismos y señalando el tipo penal concreto o aproximado en el cual encajan los mismos. Aquí entra en juego la consideración no solo de las normas del Código Procesal Penal (2008), el denominado principio de separación de funciones, artículo 5 y la imparcialidad del juzgador sino que es indispensable no obviar del Código penal (2007) los postulados básicos contenidos en los artículos 1 a 8 y las garantías penales enunciadas en los artículos 9 a 16.

El tercer momento de verificación del precepto penal frente al caso se efectúa en la denominada audiencia de acusación o audiencia intermedia que establece el artículo 345 del Código Procesal Penal (2008) y debe concluir con la emisión del auto de apertura a juicio según el artículo 349 *in fine*. En esta se debe dar la sustentación de la acusación por la Fiscalía, aduciendo el delito o los delitos por los cuales solicita el llamamiento a juicio, si se cuentan con todos los elementos que acreditan los mismos y exige cada tipo penal. No es válido ni correcto aceptar al fiscal o al querellante la frase “lo probaremos en juicio”, si el delito es condición para ir a juicio no puede decirse que se probará el mismo, lo que debe prometer probar en juicio es que el o los acusados son responsables.

La orfandad de los tipos penales al acusar no admite considerar que hay tipicidad parcial o que se cuenta con algunos elementos del delito, o se tienen todos los elementos o debe admitirse que la conducta resulta atípica aunque se molesten los agentes investigadores o la policía.

El último momento de verificación del precepto penal ocurre en el juicio oral, donde al concluir la audiencia el tribunal al deliberar, de los hechos probados debe constatar si el sujeto es responsable o no. Aquí la certeza debe gobernar cada decisión, no basta la creencia ni la aproximación indiciaria a que hubo delito y por estar vinculado al proceso el juzgado debe sancionarse.

De haber acusado por dos o más delitos el estándar de exigencia que reclama el Tribunal de juicio ha de elevarse más pues el principio de objetividad genera el compromiso de investigar, acusar y petitionar sanción si realmente existen méritos para ello. En ocasiones se acusa por varios delitos incurriendo en inflación penal por el temor a las críticas al Ministerio Público.

Algunos ejemplos sugieren imputar y acusar de manera simultánea por delitos plurisubjetivos contra la seguridad colectiva; delitos sexuales, delitos contra la Administración pública, delitos contra la vida y la integridad personal, entre otros. Aquí no podemos perder de vista el principio de especialidad, el que nos obliga a confrontar cada vez que se estime existen varios delitos, cuál es el tipo penal que más abarca la manera como actuó o actuaron los sujetos investigados.

3. Algunas situaciones

No es correcto sostener en esa primera audiencia de imputación que existen unos hechos que se adecuan al tipo penal o que existe un concurso de delitos desconociendo la tipicidad, la especificidad o inequívoca cualidad de la conducta. No puede autorizarse la investigación de los hechos solo porque parece delito. En los tipos penales conflictivos como: violencia doméstica, previsto en el artículo 200 del Código Penal (2007) modificado por la Ley N°82, 2013; asociación ilícita para cometer delitos relacionados con drogas, artículo 312 del Código Penal (2007) y tráfico de drogas artículo 313 del Código Penal (2007); posesión simple y posesión agravada de drogas, artículos 320 y 321 del Código Penal (2007); asociación ilícita y pandillerismo, artículos 329 y 330 del Código Penal (2007); posesión ilícita de armas, artículo 333 del Código Penal (2007) entre otros, no resulta fácil la determinación de su ocurrencia por sus elementos particulares, dado que existe una línea muy delgada. El delito existe o no existe al momento de imputarlo, incluso en grado de tentativa, no resulta válido argumentar que la acción es típica y que en el término de investigación se completarán los elementos del tipo. Ello muestra una adecuación típica provisional incompleta porque no se reúnen los elementos del tipo, resultando la subsunción carente de legalidad. La conducta entonces resulta atípica y por muy grave que parezca la misma no es atendible. Toda conducta humana que no reúne todos los elementos que exige el tipo penal no puede imputarse como delito por falta de tipicidad y el juez de garantías no debe pasar ello por alto.

Presupuesto de la imputación en acto de audiencia es que existe un delito, no un hecho semejante o parecido al mismo. De igual manera, lo plasmado en el artículo 2 del Código Penal (2007) constituye un gran avance en nuestro medio, puesto que más que que orientar al legislador, guía al intérprete de la norma penal (fiscal o juez) instándole a tener como prioridad, antes de emplear el *jus puniendi*, el tipo penal, debiendo constatar si hubo lesión, afectación o amenaza grave a algún bien jurídico o valor significativo de la sociedad conforme a la Política criminal del Estado. Morrillas Cueva (2002) plantea que la función primordial del Derecho Penal es la de amparar los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad (p. 13).

Con la adhesión a la teoría del bien jurídico nuestro sistema penal podría ser objeto de crítica, al requerir ofensividad o lesividad, pero ello es mejor a no contar con restricciones al incriminar o autorizar la tipificación de conductas. Resulta válida la observación de Roxin (2013) quien afirma que un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en cuanto intervención inadecuada, excesiva y, con ello, desproporcionada en la libertad del ciudadano (p. 24).

Jakobs (1995) no es partidario que el Derecho penal procure la protección de bienes jurídicos, es del criterio que las disposiciones penales buscan el mantenimiento de la vigencia de la norma (p. 5; 2001, pp. 25-31).

También, Hirsch (2007) afirma la necesidad de corroborar la afectación del principio de exclusiva protección del bien jurídico, el principio de ofensividad conocido como “offense principle” para que exista delito (pp. 48-51).

Reiteramos, el artículo 2 del Código Penal (2007) dispone lo siguiente: “En este Código sólo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado”.

Lo cierto es que con el reconocimiento del principio de exclusiva protección del bien jurídico se marca el hito en nuestro medio, que debe llevar a la aplicación racional del Derecho penal por los operadores judiciales; además de exigir que exista mínima intervención conforme al artículo 3 del Código Penal (2007), instar a que se agote toda gestión procesal en la resolución del conflicto como insta el artículo 26 del Código Procesal Penal (2008), y, únicamente si existe una afectación o amenaza grave al bien jurídico autorizar la investigación, la acusación y el juzgamiento. Ello conduce a que sean desatinadas las políticas de ley u orden, investigando, imputando y juzgando a personas de ciertos sectores de la sociedad con incriminaciones producto de operativos de profilaxis social. Los delitos como los anteriormente anotados constituyen instrumentos jurídico-penales tendientes a frenar la ola delincencial y, a la vez son una muestra del empleo de la técnica de la anticipación de la tutela penal con los llamados “delitos obstáculo” que según la doctrina, castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico

protegido, incluso antes de que exista un peligro concreto para dicho bien (Cuesta Pastor, 2002, p. 39).

Ya hemos anotado que estos delitos de mera actividad pugnan con el principio de lesividad u ofensividad puesto que además de prescindir de la antijuridicidad formal no lesionan efectivamente al bien protegido (González Herrera, 2017, p. 49).

4. El principio de especialidad como límite en la aplicación de la ley penal

La interpretación de la norma penal atendiendo a los postulados y garantías contenidos en el Código Penal (2007) y el Código Procesal Penal (2008) conllevan el mantenimiento del Estado democrático y social de derecho.

Lo más exacto posible debe ser la coincidencia de la acción u omisión que se estima delito al confrontarla con el tipo penal respectivo. Esto lo impone el artículo 12 del Código Penal (2007) que señala: “La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Cuando un hecho punible requiere que una norma, de igual o inferior jerarquía lo, lo complemente, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria”.

No es posible sostener que se parece o se aproxima al delito, el comportamiento cuya imputación, acusación o solicitud de condena se plantea. El artículo 16 del Código Penal (2007) señala: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando beneficien al imputado”.

Tradicionalmente, la interpretación de la norma penal se hace basada en el texto del Código Penal (2007), pero con la adopción de la teoría del bien jurídico por el artículo 2 y el postulado de mínima intervención descrito por el artículo 3 habrá que hacer la comprobación de la existencia de lesividad o grave amenaza, al bien o valor fundamental tutelado. No basta la antijuridicidad formal, cualquier delito requiere la antijuridicidad material o disvalor de la conducta si se tiene presente el mandato del artículo 2 del Código Penal (2007).

La justicia penal patria no puede operar anclada en la mera legalidad, en el reproche por la infracción de la norma o la mera antijuricidad formal porque se produciría el colapso de la misma.

Urge atender al principio de especialidad que respalda lo anotado. El mismo es reconocido por el segundo párrafo del art. 15 del Código Penal (2007) que dispone lo siguiente: “Cuando varias leyes penales o disposiciones de este Código sancionen el mismo hecho, la disposición especial prevalecerá sobre la general”.

Cuello Contreras (2002) alude a la regla de especialidad que conlleva aplicar el tipo especial siempre que abarque al segundo generando su exclusión (p. 217).

Zaffaroni (2002) llama la atención sobre su consideración afirmando: Cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generalis*) si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que tona en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad (p.868).

Del artículo 12 del Código Penal (2007) emana el mandato del legislador surge la obligación de quien acusa, así como de quien juzga, de enmarcar el comportamiento humano que se estima delito a la norma o tipo penal que mejor recoja o asuma el mismo si existen otros preceptos considerados.

García Caveró (2012) comenta que el principio de especialidad nos lleva a elegir el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido (p. 767).

No puede prescindirse del principio de especialidad porque daría lugar a su violación. Un ejemplo de esto puede ser, el hecho de privar de la vida a una mujer, no es posible encajar el comportamiento del agresor en homicidio agravado o simple, sino que debe encajarse en el artículo 132-A del Código Penal en alguno de sus numerales que prevén el femicidio o feminicidio.

Como subrayan Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen (2013) el juez debe aplicar la ley especial que prevalece sobre la general (p. 31). Asimismo, lo sugiere Muñoz Pope (2003) pues la norma especial cuenta con todos los elementos de la norma general y otros adicionales (p. 172).

Parece ayer, que la jurisprudencia de los años 90 del siglo pasado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda De lo Penal, al abordar el tema de homicidio con otros delitos, recalca que el delito de homicidio agravado era la norma especial y que en virtud de ello no cabía llamar a juicio por robo y homicidio. Indicaba la Corte Suprema de Justicia entonces: “Es decir que no es factible aplicar el delito de homicidio y el de robo a la vez, porque el legislador al tipificar el homicidio agravado por razón de la comisión de delitos conexos art. 132 ord. 5°-subsume ese otro delito para que no se sancione dos veces el mismo hecho.

De manera clara el legislador brinda solución al problema, al disponer que ante varias disposiciones que sancionan un mismo hecho punible, la disposición especial debe prevalecer sobre la general, con lo cual adopta el principio de especialidad que rige el concurso aparente de tipos penales (art. 4 del Código Penal)” (Rodríguez Muñoz/González Montenegro, 1999, pp. 129-130).

Lo que hoy contempla el artículo 15 Código Penal lo tenía previsto el Código Penal derogado de 1982 en el artículo 4 en similares términos con respaldo de una postura jurisprudencial uniforme.

El artículo 16 del Código Penal (2007) creemos que no consiente que el juez de garantías si le solicitan que estime como delito un acto humano, similar o parecido al descrito por el tipo penal, avale la imputación. El artículo 16 dispone: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. Comentan Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen (2013) que esta prohibición obedece a que la única fuente de delitos es la ley conforme al principio de legalidad y solo se autoriza el empleo de la analogía en caso de circunstancias atenuantes (p. 84). De la misma manera, Muñoz Pope (2003) apunta que la analogía faculta para motivar causas que extinguen la responsabilidad penal o la disminuyan notablemente (p. 168).

Conclusiones

El principio de especialidad como regla de interpretación de la norma penal debe ser considerado en toda audiencia de imputación, además de los postulados de protección del

bien jurídico y de mínima intervención si los hechos llevados a la esfera judicial dan la apariencia de uno o varios delitos.

No resulta atinado permitir investigaciones, admitiendo imputaciones sobre supuestos o posibilidades cuyos elementos de convicción recabados por la Fiscalía al momento de la audiencia, no coinciden con un tipo penal claramente, ni encajan como pieza de rompecabezas o como tuerca a tornillo, dado que se desnaturaliza el correcto ejercicio del *jus puniendi* soslayando el respeto a la garantía de legalidad.

Referencias bibliográficas

- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Dykinson.
- Cuesta Pastor, P. (2002). *Delitos obstáculo: Tensión entre Política criminal y teoría del bien jurídico*. Comares.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal, parte general*. Jurista editores.
- González Herrera, A. (2017). El principio de lesividad como límite al *jus puniendi*. *Sapientia, Año 8 N°1*, pp. 40-54.
- Guerra de Villalaz, A. E./ Villalaz de Allen, G. (2013). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Cultural Portobelo.
- Hirsch, A. von. (2007). El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”, Hefendehl, R. (editor), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, pp. 37-52.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general*. Reppertor.
- Morrillas Cueva, A. (2002). Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro, *Criminet N°04-06*, Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/_04-06.pdf

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho penal*. B de F.

Muñoz Pope, C. E. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. Panamá Viejo.

Rodríguez Muñoz, O. /González Montenegro, R. (1999). *Jurisprudencia penal, doctrina y disposiciones legales, 1990-1998*. Mizrachi &Pujol.

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, *Criminet N°04-06*, <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Zaffaroni, E. R./Alagia, A./Slokar, A. (2002). *Derecho penal, parte general*. Ediar.