



IN S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Penal



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galain Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela

Yu Wang

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ficha Técnica

Autora: Yu Wang

Adscripción institucional: Profesora adjunta de la Universidad Zhejiang, Facultad de Derecho Guanghua, Hangzhou, República Popular de China

Abstract: All countries, which have different cultural and social structures, acknowledged that the costly state-apparatus to establish and enforce law cannot be used for petty crime. However, the responses to this challenge are shaped by the regional legal culture and historical tradition. Compared to most western countries, whose legal systems adopt the procedural solution to treat petty crimes, China emphasizes the substantive criminal law solution. To be accurate, in China the legislative proviso and the quantitative factors constitute the legal instrument, by which petty crime can be excluded from the criminal prosecution or even from the substantive criminal law.

Key Words: Petty Crime. China. Substantive criminal law.

Resumen: Todos los países, aunque tengan diferentes culturas y estructuras sociales, reconocen el costo y el enorme esfuerzo que supone para el Estado la lucha contra la criminalidad de escasa relevancia. Sin embargo, las respuestas a este problema divergen de un país a otro, dependiendo de su cultura y tradición jurídica. En la mayoría de los países occidentales se utiliza el modelo procesal para resolver este problema. En China, en cambio, se recurre a la cláusula contenida en el Código penal por la que de acuerdo con criterios cuantitativos, la criminalidad de poca importancia cuantitativa se excluye del proceso penal e incluso del Derecho penal

Palabras clave: Delitos de bagatela. China. Derecho penal sustantivo.

Observaciones: Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde. El presente artículo constituye un resumen de la tesis doctoral presentada y defendida por su autora en diciembre del 2013, en la Universidad de Múnich, bajo la dirección del Prof. Dr. Bernd Schünemann, con el título “Qualitative und Quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis. Ein deutscher und chinesischer Rechtsvergleich” [“Instrumentos cualitativos y cuantitativos para limitar la persecución penal en caso de ausencia de la necesidad de pena. Una comparación jurídica entre Alemania y China”], Múnich, 2013 (en prensa, LTV, Berlín, 2014). En la presente versión al español se han suprimido, con autorización de la autora, las referencias bibliográficas en caracteres chinos, manteniendo la traducción de las mismas que hace la autora al alemán.

Rec. 12-02-2014 **Fav.** 27-02-2014

I. Introducción

Desde tiempos antiguos se conoce la idea de que el aparato estatal de creación y aplicación del Derecho no debe utilizarse para resolver asuntos de escasa importancia, los cuales en cierto modo pueden bloquearlo e impedir su empleo en casos verdaderamente importantes. Así, por ejemplo, ya en el Derecho romano existía el principio *minima non curat praetor*.

Pero con ello se plantea lógicamente la difícil cuestión de cuál es la mejor manera de eliminar del sistema penal los casos de bagatela. En la técnica usual de tipificación “cualitativa” que describe los bienes jurídicos y las acciones que los lesionan, se incluyen también conjuntos de casos que no causan daños importantes y que, por lo tanto, no deben ser objeto de una sanción penal. Un ejemplo de estos casos, extraído de los delitos contra las personas, puede ser el golpe que nos da alguien con el codo en una aglomeración, que ciertamente produce un dolor momentáneo sin mayores consecuencias.

En Alemania, los delitos de bagatela que se producen de forma masiva se solucionan principalmente con el sobreseimiento del proceso penal a petición del Ministerio fiscal; en cambio, en China, se emplea el criterio jurídico-material de la gravedad relativa del hecho ilícito cometido.

El modelo procesal alemán se basa en el § 153 de la Ordenanza procesal penal (StPO), el cual permite el sobreseimiento del proceso penal a petición del Ministerio fiscal imponiendo en su lugar determinadas cargas u obligaciones. Esta posibilidad de sobreseimiento prevista en los §§ 153 y 153a StPO no es, sin embargo, la mejor solución, ya que ha provocado que se haya ido más allá de los delitos de bagatela, extendiendo su utilización a los delitos de mediana gravedad. El principio de oportunidad empleado en estos casos de forma tan amplia por el Ministerio fiscal es sumamente incontrolable y sólo en algunos casos ofrece garantías, lo cual es obviamente incompatible con el estado de Derecho.

En la República Popular China, la solución jurídico-material se ha ido imponiendo en los últimos tiempos, entre otras cosas porque se adapta mejor a su estructura social y a su sistema jurídico, aunque la fórmula legal empleada para ello tenga su origen inmediato en el tratamiento que se daba a la delincuencia de menor gravedad en el Derecho de la antigua Unión Soviética. Como seguidamente veremos, el modelo jurídico chino se basa en una cláusula de reserva legal y en varios elementos de carácter cuantitativo, con los cual es posible excluir los delitos de bagatela de la persecución penal e incluso del propio Código penal. En lo que sigue expondré con mayor detenimiento en qué consiste dicho modelo.

II. La cláusula de reserva

El § 13, 2 del Código penal chino (CPCh)¹ añade el siguiente párrafo a la definición legal de delito: “El hecho no se considerara delito cuando por las circunstancias sea claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave”. Esta regla, llamada por los penalistas chinos “cláusula de reserva”, expresa el requisito del elemento cuantitativo.

La cláusula de reserva se considera como una excepción, un límite o un presupuesto complementario de la definición del delito contenida en el § 13 del CPCh, representando, por lo tanto, una parte necesaria de la definición legal del delito que contiene el Código penal². Lo que afirma es que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los sistemas penales occidentales, en los que rige un modelo legal cualitativo y otro modelo judicial cuantitativo, la definición del delito que se da en el CPCh contiene un modelo, sólo legal, tanto cuantitativo como cualitativo³. De acuerdo con este modelo unitario de definición del delito, el legislador chino no solo determina las clases de ilícito penal (elementos cualitativos) y con ello los límites de la intervención penal, sino también la magnitud de la gravedad del ilícito (elementos cuantitativos), controlando así la intensidad de la intervención penal⁴. En

1 El § 13 CPCh dice: “Son delitos todas las acciones que ponen en peligro la soberanía, la integridad territorial y la seguridad del Estado, dividen el Estado, pretenden la subversión del poder político de la dictadura democrática del pueblo y la destrucción del sistema socialista, la destrucción del orden social y económico, perjudican la propiedad del Estado, la propiedad colectiva de las masas trabajadoras, o la privada de los ciudadanos, los derechos personales, y demás derechos de los ciudadanos, así como cualquier otra acción peligrosa para la sociedad, siempre que sean castigadas legalmente con una pena. *El hecho no se considerara delito cuando por las circunstancias sea claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave*”.

2 V. Zhou, Wangsheng, Zur Vorbehaltsklausel, China Legal Science, 1991(4).

3 Chu Huai Zhi: Der Begriff der Straftat in Bezug auf die quantitativen Faktoren, Cass Journal of Law, 1988 (2).

4 Lang, Genlin, Strafrechtliches Netz: Ausdehnen und Einschränken, Law Press China 2005, p. 29.

el momento de la aplicación del correspondiente tipo penal, el Juez no solo tiene que comprobar, de acuerdo con el vigente Código, si una conducta se corresponde con la descripción de la conducta típica, sino también determinadas circunstancias como los estados legales (delitos de estado), los efectos (delitos de resultado) o determinadas magnitudes o cantidades que pueden producir algunos delitos (delitos cuantificados). En principio la regla es la siguiente: siempre que la conducta esté en consonancia con las particularidades determinadas legalmente para el correspondiente delito y éste cumpla con los criterios exigidos legalmente, el Juez debe juzgar y condenar. En este sentido, igual que ocurre con el sistema de definición dualista utilizado en los países occidentales, el Juez no tiene mucho espacio para decidir⁵.

En China ha sido Chu Huaizhi el primer autor que se ha ocupado de explicar la función de la cláusula de reserva y la “definición legal cualitativa y cuantitativa” contenida en el CPCh, indicando que la integración de esta cláusula en la definición del delito tiene mucha importancia desde el punto de vista político-criminal. En este sentido dice Chu lo siguiente:

“La diferenciación entre el delito y las otras conductas antisociales no es solo un problema técnico, sino un principio de gran relevancia. En primer lugar, porque con él se puede conseguir reducir el número de los delitos y con ello la cuota de criminalidad. No se trata en modo alguno de emplear la política de la avestruz, sino de mejorar la imagen del país y ejercer un efecto positivo en la mentalidad social. Un sistema jurídico que no tenga una estricta diferenciación entre el delito y las conductas antisociales generales lleva a cabo una ‘política suicida’. En segundo lugar, una gran parte de los ciudadanos dejarán de ser estigmatizados como criminales; esto no solo fortalecerá la evolución de su personalidad, sino también reducirá su oposición al Estado, estableciendo así una base amplia para el fortalecimiento de la colaboración del ciudadano con el Estado. En tercer lugar, la Administración de Justicia penal puede dedicar sus esfuerzos a luchar contra las actividades verdaderamente criminales, que ponen en peligro la estabilidad del país, el desarrollo social, la vida y la propiedad de los ciudadanos, así como su seguridad, utilizando de un modo lógico la fuerza del Derecho penal, haciendo que éste sea más eficaz⁶”.

Chu Huaizhi ha mantenido en otro artículo directamente relacionado con el tema que la cláusula de reserva tiene una función de referencia y otra de descriminalización. La función de referencia significa que la norma general contenida en dicha cláusula también se refleja en los tipos de la Parte especial. Por su parte, la función de descriminalización significa que una conducta con consecuencias de escasa importancia no debe ser considerada como delito⁷.

En mi opinión, la cláusula de reserva desempeña un papel tanto en la legislación como en la interpretación dogmática del CPCh.

Al amparo de la cláusula de reserva los legisladores han precisado importantes elementos en la mayoría de los tipos delictivos, tales como la cantidad de notoria importancia, la gravedad de las circunstancias o del resultado, teniendo en cuenta las diferentes clases de tipos y sobre todo la diversa naturaleza de los bienes jurídicos, la diferente gravedad de las conductas que han causado la lesión del bien jurídico, así como la actitud subjetiva del autor. Por tanto, cuando una conducta antijurídica no alcanza el nivel de gravedad descrito en el tipo tanto en lo que se refiere a la cantidad, como en lo que se refiere a las circunstancias o a las consecuencias, deja de ser típica y no se considera como un hecho delictivo.

La cláusula de reserva no solo representa una directriz para el legislador, sino también para la interpretación dogmática en la aplicación judicial de los tipos delictivos de la Parte especial. Esto no solo se refleja en la praxis judicial a la hora de aplicar e interpretar un tipo delictivo concreto cuando se trata de constatar si la conducta en cuestión coincide con los elementos cuantitativos y cualitativos de ese tipo delictivo (lo que Chu Huaizhi llama función de referencia), sino también en la aplicación de los tipos en los que se dan los elementos cualitativos descritos en el tipo, pero no se describen los cuantitativos. Es en este segundo caso cuando Chu Huaizhi habla de función de descriminalización. Pero antes de seguir analizando más detenidamente la eficacia de la cláusula de reserva, deben distinguirse los diferentes elementos cuantitativos.

5 No puedo ocuparme aquí con más detenimiento de las ventajas e inconvenientes, ni de las dificultades que surgen al comparar el sistema unitario con el dualista. Para más detalles, con referencias a la bibliografía china, me remito a mi tesis doctoral “Qualitative und Quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis, Ein deutscher und chinesischer Rechtsvergleich”, Múnich 2013 (en prensa, LTV, Berlín 2014).

6 Huaizhi, Der Begriff der Straftat in Bezug auf die quantitativen Faktoren, Cass Journal of Law, 1988 (2).

7 Chu Huaizhi/Wang Yong Le, Zu quantitativen Faktoren im Begriff der Straftat, Cass Journal of Law, 2000 (2).

III. Los elementos cuantitativos

Dentro de los elementos cuantitativos deben distinguirse los que son expresamente mencionados en los tipos de la Parte especial del CPCh de los que no lo son.

1. Elementos cuantitativos expresos

Son aquellos previstos legalmente y expresamente mencionados en los tipos de la Parte especial del CPCh. Más de dos tercios de los artículos del CPCh determinan que las condiciones de la punibilidad dependen de la clase, circunstancia y modo de las diferentes lesiones jurídicas, exigiéndose en unos casos que el daño sea una cantidad de notoria importancia, o de gran magnitud, que se dé una circunstancia grave y seria, que tenga graves consecuencias, etc.

Entre los elementos cuantitativos mencionados expresamente en los tipos delictivos de la Parte especial están las cantidades que se refieren a la magnitud del daño y a las ganancias o ingresos obtenidos ilegalmente. También se mencionan en los casos de criminalidad económica y financiera.

También se mencionan expresamente en las definiciones típicas de la Parte especial elementos cuantitativos que se refieren a las circunstancias del hecho, cuando son graves o se producen en situaciones graves. Son los llamados delitos circunstanciados y entre ellos cabe mencionar la “reiteración” en los hurtos y estafas, o la “negativa a declarar sobre el origen o procedencia de determinados objetos” (así, por ejemplo el § 282, 2 CPCh.: posesión ilegal de secretos de Estado, o de documentos, materiales u objetos clasificados); o “negarse a devolver una cosa o negar haberla recibido” (como por ejemplo, el § 270: apropiación indebida), o “negarse a pagar las cantidades exigidas legalmente por un funcionario” (§ 276 B), o el salario laboral. Se trata de delitos circunstanciados impropios.

Los elementos relacionados con el resultado son, por lo general, los mencionados en la definición de los delitos de resultado. En la Parte especial del Código penal se mencionan expresamente relacionados con el daño producido o el peligro concreto a bienes jurídicos. Así, por ejemplo, se mencionan en el CPCh los graves daños a la vida o a la propiedad de los ciudadanos, o a los intereses del Estado, o el peligro concreto que puede llegar a provocar la lesión de un bien jurídico.

En la Parte especial del CPCh existen además de los ya mencionados elementos referidos a cantidades, elementos referidos a las circunstancias y al resultado, combinados de diferentes formas. La mayoría de los tipos

delictivos solo requieren la presencia de alguno de estos elementos. Así, por ejemplo, el § 246 considera como autor de injuria o calumnia a “quien con violencia o con otros medios humille de forma abierta y desconsiderada a otro, o lo calumnie con hechos falsos”. Pero algunas veces se requiere la presencia de dos o más elementos cuantitativos. Así, por ejemplo, el § 250 solo castiga la publicación cuyos contenidos discriminen o menosprecien las minorías nacionales, cuando existan circunstancias reprobables y produzca consecuencias serias y graves. En algunos artículos se exige como criterio de selección las tres clases de elementos cuantitativos, bastando con la presencia de uno para que el hecho se califique como delito. Así, por ejemplo, el delito previsto en el § 158: “Quien en el registro de una sociedad utilice certificados y documentos falsos o engañosos, o emplee otros métodos fraudulentos dando datos falsos o engañosos sobre el capital social, consiguiendo así que el funcionario conceda la inscripción, solo es castigado, si el capital registrado es de notoria importancia, o si las consecuencias y circunstancias son serias y graves”.

2. Elementos cuantitativos no mencionados expresamente

Las situaciones en las que los elementos cuantitativos no son mencionados expresamente en la Parte especial del Derecho penal se pueden clasificar en los siguientes tres grupos:

a) Cuando se trata de bienes jurídicos de especial importancia, el legislador concede una protección absoluta, empleando en la redacción del tipo correspondiente elementos cualitativos, con exclusión de los cuantitativos. Un ejemplo de este tipo es el homicidio, el más representativo de todos, ya que la vida es el bien jurídico personal más importante y es al mismo tiempo el fin tanto de la existencia nacional como el fundamento de la sociedad, la ley le concede una protección absoluta. Por esta razón el legislador no solo ha determinado cualitativamente el tipo del homicidio doloso, sino que lo ha hecho además de una forma fácil y omnicompresiva, para conseguir un mayor efecto preventivo intensivo y extensivo.

Con ello, el hecho, una vez que se comprueba la existencia de los elementos cualitativos del tipo y no existe ninguna causa de justificación o exculpación, se castiga como homicidio doloso. Por tanto, en la comprobación de la tipicidad del homicidio doloso no hay ningún espacio para la cláusula de reserva. En consecuencia, una vez que se ha comprobado formalmente la realización del tipo del homicidio doloso, no se puede decir que en base a la cláusula de reserva el hecho no es antijurídico.

b) Cuando los bienes jurídicos son importantes y la gravedad de su lesión también lo es, el legislador solo describe el tipo de forma cualitativa, sin mencionar expresamente elementos cuantitativos. En este caso, si la acción realiza el tipo descrito cualitativamente y no existen causas de justificación o exculpación, el hecho se considera en principio como delito; pero no pueden excluirse algunas excepciones, como sucede, por ejemplo, cuando el hecho formalmente reúne las condiciones cualitativas requeridas en el tipo, pero vista la escasa gravedad de las circunstancias concomitantes y del resultado, puede dejarse impune. El delito de robo con violencia tipificado en el § 263 del CPCh es un buen ejemplo de esto. Ante la gravedad de este delito, que por un lado constituye un ataque a la propiedad privada y, por otro, a la integridad física, con empleo de violencia, intimidación u otros medios, el contenido de su ilicitud es mayor que el de otros delitos contra la propiedad. Por tanto, el § 263 tipifica este hecho de forma solo cualitativa, sin exigir ningún elemento cuantitativo ni en relación con la cantidad sustraída o la gravedad de las circunstancias concomitantes. El principio reza, pues, así: cuando una acción realiza el tipo del delito de robo con violencia y no hay ninguna causa de justificación o de exculpación, el hecho es punible. Pero hay algunas excepciones a esta regla. Así, por ejemplo, cuando un joven estudiante roba a sus compañeros utilizando medios no muy graves y la cantidad que consigue no es elevada, el hecho ciertamente se puede calificar como robo, pero no parece que deba considerarse merecedor de pena, y más bien habría que considerar que ni siquiera puede considerarse como un verdadero robo desde el punto de vista normativo.

Por tanto, se puede decir que la conducta que realiza un tipo delictivo en cuya redacción la ley no ha incluido elementos cuantitativos, sino solo cualitativos, constituye un delito, en la medida en que no concurren alguna causa de justificación o exculpación. Únicamente en casos excepcionales se puede recurrir a la cláusula de reserva y excluir la tipicidad del hecho ante la escasa gravedad de las circunstancias concurrentes; quedando, por supuesto, la posibilidad de que sí se puedan aplicar otro tipo de sanciones de carácter administrativo o civil.

c) También hay casos en los que el legislador ciertamente no ha incluido en el tipo delictivo ningún elemento cuantitativo, pero éste se deriva de algún precepto que con idéntico tenor literal regula el mismo hecho en el Derecho administrativo. En este caso el mismo supuesto de hecho tiene una doble regulación, penal y administrativa. A primera vista, esto origina sin duda un conflicto con el principio de que es el tipo delictivo,

es decir, el Derecho penal, el que determina la ilicitud. Pero en estos casos se aplica la regla del concurso de leyes, la cual garantiza la unidad del sistema jurídico y el carácter subsidiario del Derecho penal. Si el precepto administrativo prevalece como aplicable, el precepto penal deja de aplicarse. Pero cuando en atención a las graves circunstancias la ilicitud es claramente más grave, el precepto penal es de preferente aplicación respecto al administrativo. Y precisamente para resolver este problema de cuándo es preferente la aplicación del tipo penal o el administrativo, se recurre a la cláusula de reserva; es decir, habrá que comprobar si “las circunstancias son claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave”. La conducta que realiza ambas clases de ilícito, pero que se realiza en circunstancias menos graves y produciendo escaso daño, se considerará, por lo tanto, como una infracción administrativa. Solo cuando las circunstancias son graves y las consecuencias también lo son se castigará el hecho como delito, dada la mayor necesidad de pena.

Como ejemplo de este grupo se puede citar el § 67 de la Ley para el mantenimiento de la seguridad pública y el § 359 CPCh, que se refieren al mismo supuesto de hecho: explotación e inducción a la prostitución. Ambos preceptos tienen el mismo tenor literal. Si no existiera la cláusula de reserva, sería imposible distinguir un precepto de otro y distinguir entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Parece evidente que los supuestos de explotación e inducción a la prostitución que por las circunstancias concurrentes no tienen demasiada gravedad, deben sancionarse en el ámbito administrativo, mientras que cuando por esas mismas circunstancias el hecho pueda considerarse como un hecho grave debe aplicarse el correspondiente precepto del Código penal, es decir, el delito de inducción y explotación de la prostitución del § 359 CPCh.

Los elementos cuantitativos de la tipicidad que no son mencionados expresamente por la ley pueden también ser utilizados en la interpretación del correspondiente tipo penal, utilizando para ello la cláusula de reserva contenida en la definición del delito que da el CPCh., el cual cumple también una función orientadora de la interpretación. Precisamente es este el caso en el que, como ya hemos visto, en el tipo penal no se recogen elementos cuantitativos, pero estos pueden ser utilizados para delimitar el ámbito de dicho tipo penal.

IV. Efectos de la cláusula de reserva

Por lo general, cuando los elementos cuantitativos están expresamente recogidos en la redacción legal del

correspondiente tipo penal, no hay ningún problema y la tarea del Juez solo debe limitarse a comprobar su existencia y subsumir la conducta realizada en el tipo penal que corresponda. Sin embargo, esos problemas aparecen, tanto a la hora de interpretar como de aplicar el tipo, cuando esos elementos cuantitativos no son mencionados expresamente en la ley. En este caso, la tarea del Juez consiste en encontrar esos elementos cuantitativos antes de proceder a subsumir la conducta identificada en el correspondiente tipo penal. Es entonces cuando la función de referencia y la de descriminalización de la cláusula de reserva encuentran problemas. Para resolver el problema existen en la doctrina y la praxis dos criterios diferentes:

El primer criterio mantiene que lo primero que hay que hacer es subsumir formalmente la acción en el tipo. Una vez realizada esta operación, debe posteriormente comprobarse si de acuerdo con la cláusula de reserva puede excluirse la antijuridicidad de la conducta. Para esta opinión, la cláusula de reserva no es un elemento de la tipicidad, sino una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. Un segundo criterio considera que la cláusula de reserva debe considerarse como un elemento de la tipicidad, entendiendo, por lo tanto, que la tipicidad no es una categoría puramente formal, sino que también tiene un contenido material.

Seguidamente analizaremos con mas detalles ambos criterios.

1. Primer criterio

En relación con el concepto de “circunstancia”, Chu Huaizhi y Zhang Yonghong mantienen que además del tipo se debe comprobar tanto el grado de peligrosidad del hecho para la sociedad como la propia peligrosidad del autor, y su influencia en la penalidad⁸. De acuerdo con estos autores,

“el delito se identifica en dos niveles; el primero es la comprobación formal; el segundo, la material. Lo primero es comprobar si la conducta puede subsumirse en el tipo. Si la acción no pasa este primer nivel, es decir, si no realiza los elementos del tipo, se excluye ya su relevancia

penal. El segundo paso es la comprobación material. Si la conducta realiza los elementos del tipo, deben comprobarse entonces las circunstancias concurrentes, es decir, si estas son importantes o no. Si no lo son el hecho deja de ser un hecho punible; pero si lo son, entonces el hecho debe ser punible”⁹.

Esta tesis ha ejercido una fuerte influencia en la la praxis judicial china, como se puede ver en el caso fallado por un Tribunal de Hangzhong, Shanxi, que ha sido el primer caso relacionado con la eutanasia fallado por un tribunal chino. En este caso, el Tribunal partió en su decisión de que los acusados habían matado conscientemente a una persona, Xia Suwen, lesionando con ello su derecho a la vida, pero al mismo tiempo constató que la causa directa de la muerte de esa persona fue un fallo agudo hepático y renal. Entre otros factores causantes de la muerte no se pudo excluir tampoco que el decúbito en el que yacía el paciente le hubiera provocado una infección. Ciertamente, su muerte se aceleró con la inyección de clorpromazina que le puso uno de los acusados, pero habiendo sido ésta en una dosis normal, no causó directamente la muerte. A la vista de todas estas circunstancias, el Tribunal absolvió a los dos acusados, teniendo en cuenta “la menor gravedad de las circunstancias y el menor daño causado”¹⁰.

Otro caso de este tipo, lo ofrece el criterio mantenido por el Tribunal Supremo chino en relación con el estado de necesidad en un caso de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, interpretando la octava reforma del CPCh, que entró en vigor el 1 de mayo de 2011, del siguiente modo:

“Ciertamente, el § 133a CPCh determina que debe ser castigado penalmente el conductor que conduce un vehículo de motor por vía pública estando bajo la influencia de bebidas alcohólicas; y también es verdad que el precepto legal no exige que para ello deban darse circunstancias graves o reprobables, pero de acuerdo con lo previsto en el § 13 del mismo cuerpo legal, cuando un hecho no se realice en circunstancias graves o no produzca graves circunstancias, no debe considerarse como un hecho punible”.

8 Chu Huai Zhi und Zhang Yonghong, Der Begriff der Sozialschädlichkeit- ausgehend von § 13, Cass Journal of Law, 2002 (3), p. 87.

9 Chu Huai Zhi und Zhang Yonghong, Der Begriff der Sozialschädlichkeit- ausgehend von § 13, Cass Journal of Law, 2002 (3), p. 88.

10 El supuesto de hecho sobre el que se basa este caso es el siguiente: El 23 de junio 1986 el Jefe del Departamento de Enfermos Hepáticos del Hospital de Enfermedades Infecciosas de Hangzhong, el Director Piu Liansheng, era el médico encargado del paciente, Wen Siasu, aquejado de hepatitis. El 27 de junio el estado del paciente se agravó. Aquejado de graves dolores solicitó que se que se los aliviaran de algún modo. Su grave estado fue comunicado por el hospital a sus parientes. El hijo de la paciente, Wang Liansheng, no podía soportar ver los dolores que estaba sufriendo su madre, y solicitó al médico que la dejara morir lo más rápidamente posible. Tras haber asumido Wang la responsabilidad, el médico Pu Liansheng ordenó a una enfermera que inyectara a la paciente 87,5 mg de Wintermn, lo que produjo en la mañana del 29 de junio la muerte de la paciente (véase: Gesetz Anwendungsinstitut des Obersten Volksgerichts: Auswahl der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts (Strafrecht, 1992-1996), Volksgericht Verlag, Auflage 1997, p. 289-296.).

Como se ve, en este caso, el Tribunal Supremo ha seguido claramente el criterio de que para considerar que se ha cometido un ilícito penal, primero hay que comprobar la tipicidad de la acción desde el punto de vista formal y luego, si esa acción materialmente representa un peligro para la sociedad, como consecuencia, debe ser castigada penalmente.

2. Segundo criterio

Respecto a la cuestión de cuándo la circunstancia se refiere a la situación que surge con el hecho e influye en la gravedad de la lesión del bien jurídico, en su forma y consecuencias, otro autor, Zhang Mingkai dice lo siguiente¹¹:

“La definición del delito no es un criterio concreto que sirva para determinar la punibilidad de un hecho. Tampoco la cláusula de reserva contenida en el § 13 CPCh puede utilizarse como estándar para absolver al acusado. El Juez solo puede decidir en función de los presupuestos de la penalidad fijados por la legalidad penal que determinan la calificación del hecho como hecho punible, sin tener en cuenta si la dañosidad social es mayor o menor. Cuando una acción realiza las condiciones de la penalidad, se convierte automáticamente en un hecho punible. Pero si una acción realiza todas las condiciones de la penalidad, pero ésta queda excluida por aplicación de la cláusula contenida en el § 13, esas condiciones quedan privadas de su significado originario, infringiendo así el principio de legalidad que se recoge en el § 3 CPCh. [...] Cuando las circunstancias de menor gravedad no son mencionadas en los preceptos de la Parte especial el hecho debe calificarse como un hecho punible una vez que se compruebe la existencia de todos los elementos contenidos en el respectivo tipo de delito. En esta situación el autor no debe ser absuelto sobre la base de la cláusula de reserva. [...] La interpretación y la aplicación de las condiciones de penalidad deben por tanto fundamentarse materialmente. Solo debe comprobarse materialmente si la conducta es una conducta necesitada de pena y culpable, y entonces debe considerarse como un hecho punible [...]. La absolución no debe producirse sobre la base de la cláusula de reserva contenida en el § 13, sino sobre la de la negación de la tipicidad”.

Esta segunda argumentación es más convincente. No debe procederse a comprobar la tipicidad formalmente, y luego invocar directamente la cláusula de reserva para excluir la antijuridicidad. En su lugar, deben incluirse los elementos cuantitativos implícitos en el tipo e interpretar la tipicidad también desde el punto de vista material.

V. Resumen

En Alemania se utiliza para solucionar la criminalidad de bagatela una serie de medios de carácter procesal abreviando los trámites procesales o dando mayor importancia al principio de oportunidad.

En cambio, en China este tipo de criminalidad se excluye del ámbito clásico del Derecho penal y con ello de la necesidad de pena, utilizando para ello criterios jurídico-materiales basados en la figura de los elementos cuantitativos.

En el Derecho penal occidental la conducta ilegal es asignada a un determinado sector jurídico utilizando criterios cualitativos, mientras que en China la conducta es valorada conforme a criterios cuantitativos. Así, por ejemplo, la Ley de Seguridad Pública china sanciona conductas que también están incluidas en el Código penal, pero que tienen un contenido menor de ilicitud. Especialmente se ve esto en la relación entre los delitos económicos y las meras infracciones administrativas económicas. En estos casos, el Derecho penal se ocupa únicamente de los delitos que causan graves daños sociales; de este modo la Administración de Justicia penal se puede concentrar en la lucha contra la criminalidad económica de mediana o gran gravedad, que afecta a la estabilidad del país y al desarrollo social, así como a la vida, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos. Por tanto estos elementos cuantitativos son necesarios.

El pensamiento cuantitativo refleja dos aspectos de la cultura jurídica china. Por un lado, se corresponde con un antiguo proverbio chino: “una ley no debe aplicarse cuando la mayoría de la población la desobedece”. Por otro lado, destaca un código de conducta ético que es más importante que la propia ley positiva. En consecuencia, la criminalización debe limitarse a un pequeño círculo de conductas realmente perjudiciales para la sociedad.

Aunque la cláusula de reserva acogida en el § 13 CPCh fue tomada del Código penal soviético, la idea subyacente está profundamente enraizada en la cultura jurídica china tradicional¹².

Este concepto del delito basado cuantitativamente no sólo tiene un componente cultural, sino también una gran importancia político-criminal. “Un mayor nivel de relevancia” permite atrapar un menor número de criminalidad. Y esto es beneficioso también desde el punto de vista psicológico social, porque con ello una gran

11 Zhang Mingkai, *Strafrecht*, 3. Aufl., p. 92 ss.

12 Chu, Huaizhi/Wang, Yongle, *Zur quantitativen Merkmale im chinesischen Straftatbegriff*, China Academic Journal, p. 34 ss.

parte de los ciudadanos no es estigmatizada penalmente, lo que reduce su presión psíquica y favorece su desarrollo personal. A ello hay que añadir que de acuerdo con las modernas concepciones de la pena esta debe emplearse solo como último medio para la protección de los bienes jurídicos. Se habla así de subsidiariedad

del Derecho penal o del Derecho penal como ultima ratio. En la medida en que se reconozca el principio de subsidiariedad, el pensamiento cuantitativo debe, en consecuencia, desempeñar un importante papel a la hora de decidir cuando un hecho es penalmente relevante o no.