



EL DERECHO PENAL
EN EL
ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DERECHO

*y el irrenunciable nivel de
racionalidad de su dogmática*

BERND SCHÜNEMANN

Colección

2

REUS
EDITORIAL

editorial
IB de f
Montevideo - Buenos Aires

EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO

*y el irrenunciable nivel de
racionalidad de su dogmática*

BERND SCHÜNEMANN

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.

CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich - Alemania

EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO
*y el irrenunciable nivel de
racionalidad de su dogmática*

Traducción de las Profs. Dras.

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ

Universidad de Alcalá, Madrid

REUS
EDITORIAL

2019

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

Colección: Ciencias Penales, N° 2
Dirigida por: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Catedrática de
Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

I.S.B.N.: 978-9974-745-73-5 (Latinoamérica)

I.S.B.N.: 978-84-290-2134-9(España)

En Madrid, España:

© Editorial Reus

C/ Rafael Calvo, 18. 2º C - 28010-Madrid (España)

Tels.: (+34) 91 521 3619, (+34) 91 522 3054

e-mail: reus@editorialreus.es

www.editorialreus.es

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Impreso en España en el mes de mayo de 2019 por:

Estilo Estugraf Impresores S.L.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	9
Nota.....	13
Prólogo	15
I. Prefacio	19
II. El concepto de Derecho penal y su dogmática..	25
III. El Derecho penal primitivo arcaico y mágico..	29
IV. La superación de aquel Derecho penal en la Ilustración y el nacimiento del moderno Derecho penal de un Estado de derecho.....	35
V. El carácter desmesurado o excesivo (<i>overkill</i>) también del moderno Derecho penal y su consecuentemente necesaria limitación en todo Estado democrático de derecho.....	45

VI. Propuesta de una nueva interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG)	53
VII. Sobre la estructura metodológica del concepto de bien jurídico	65
VIII. La misión o tarea de la dogmática jurídica (penal) como cuarto poder	71
IX. Una oveja bajo la piel de lobo hoy de moda: la propaganda de la regresión	77

ABREVIATURAS

ap./aps.	apartado/s
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (revista)
art./arts.....	artículo/s
AT.....	Allgemeiner Teil (Parte General)
BCE.....	Banco Central Europeo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales)
BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichts (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán)
cfr.....	confróntese
CP	Código Penal

- ed./eds..... edición, editor/es
- DStrR Deutsches Strafrecht (Derecho penal alemán)
- EE.UU. Estados Unidos
- FS Festschrift (Libro-Homenaje)
- GA Goldammer's Archiv für Strafrecht (revista)
- GG Grundgesetz (Ley Fundamental = Constitución alemana)
- JA..... Juristische Arbeitsblätter (revista)
- JR Juristische Rundschau (revista)
- JZ..... Juristische Zeitung (revista)
- KritV..... Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista)
- mapci..... *mos analytico-philosophicus civitatis iuris* (latín: el modo consuetudinario analítico-filosófico de la *civitas* o comunidad jurídica)
- n..... nota al pie
- n° Número
- N. del T. Nota del traductor
- NJW Neue Juristische Wochenschrift (revista)
- nm..... número marginal
- NStZ..... Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
- OWiG..... Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de Contravenciones)
- p./pp. página/s

- p. ej. por ejemplo
- s./ss. siguiente/s
- sic latín: así (literalmente)
- StGB Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
- StV Strafverteidiger (revista)
- t. tomo
- UE..... Unión Europea
- v. en nombres alemanes: von; en
resoluciones anglosajonas: versus (contra)
- ZIS Zeitschrift für Internationale
Strafrechtsdogmatik (revista)
- ZStW Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft (revista)

NOTA

El presente estudio fue publicado originalmente con el título “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittpropaganda”, en la revista *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS: zis-online.com) 2016 (oct.), pp. 375-393. Dicho título, que en español era “Sobre Derecho penal en el Estado democrático de Derecho, el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática y la presuntamente progresista propaganda de la regresión”, ha sido abreviado para la presente publicación en lengua española como libro suprimiendo el inicial “Sobre” y el último inciso “y la presuntamente progresista propaganda de la regresión”.

Los apartados I a VI han sido traducidos por Raquel Roso Cañadillas y los apartados VII a IX y el Prólogo por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.

Esta versión española cuenta con un Prólogo inicial escrito especialmente para esta ocasión, distinto por tanto del prefacio o prólogo que encabezaba como apartado I la versión alemana original.

PRÓLOGO

En los estudios siguientes, reúno en cierto modo la suma de unas reflexiones cultivadas a lo largo de medio siglo sobre el Derecho penal y sobre el cometido y el método de la ciencia del Derecho penal. El punto de partida lo constituye un conocimiento en el fondo sencillo, pero que ha estado enterrado durante miles de años bajo los escombros ideológicos de diversas teorías de la retribución, que también han paralizado mi pensamiento durante largo tiempo. A saber: el conocimiento de que la pena, en la gran mayoría de los casos, no es de ningún modo mera retribución, sino que representa un *exceso* o abuso (*Overkill*) que no se puede justificar mediante una teoría –filosóficamente pretenciosa, pero en realidad primitiva– del restablecimiento del Derecho, sino sólo según reglas del estado de necesidad, precisamente como *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos. En cambio, el uso de la pena para otros fines, por ejemplo para la imposición de determinadas formas de vida, es ilegítimo en cualquier Estado de Derecho imaginable. El neopositivismo –creciente ante todo entre los

más jóvenes profesores de Derecho penal alemanes–, que quiere permitir la promulgación de leyes penales para casi cualquier fin, retrocede por lo tanto –pese a la máscara de progresividad que se pone– a un nivel preilustrado, por detrás de Beccaria.

Igualmente errónea es la apelación de esta “propaganda de la regresión” al principio de la *democracia*. El ejercicio real del poder en las democracias occidentales se ha ido transformando cada vez más en el dominio por parte del “Estado profundo”, es decir, en una oligarquía, que utiliza y de este modo abusa de las formas externas de la democracia y que, en especial, domina la manipulación de la opinión pública mucho más perfectamente que las dictaduras plebiscitarias del pasado. Frente a esta evolución fracasan los conceptos de democracia directa y representativa. Y asimismo la “democracia deliberativa” tiene tan sólo una oportunidad si existe una ciencia no corrompida como vanguardia de la sociedad civil: a saber, en el ámbito de la creación y la imposición del Derecho, una ciencia jurídica (penal) que observe críticamente el ejercicio del poder, que asuma la misión o cometido de los medios de comunicación corrompidos y, de este modo, se convierta en una especie de “cuarto poder” que no domina, sino que sólo controla (intelectualmente). Esto requiere, sin embargo, a su vez, la existencia de una ciencia jurídico-penal *sistemática*, pues la ciencia jurídica o es sistemática o no es ciencia alguna. La determinación del nivel de racionalidad irrenunciable de una dogmática jurídico-penal sistemática constituye por eso la segunda parte de mis reflexiones.

Atendiendo a mis propias experiencias a lo largo de medio siglo, no albergo ilusiones demasiado grandes sobre las muy limitadas perspectivas de éxito del control científico-jurídico del ejercicio del poder. Pero a pesar de todo no debemos renunciar al presente intento de criticar y por lo menos restringir el ejercicio del poder con los medios de la razón y de la ciencia. Y es que no tenemos nada mejor que este intento. Este –a diferencia, por ejemplo, de la política practicada por la canciller federal alemana Merkel, que con gusto es adornada bajo esta denominación (“sin alternativa”), pero que en el fondo es autoritaria– verdaderamente sí que carece de alternativa.

Múnich, junio de 2018

BERND SCHÜNEMANN