

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL  
EN EL SIGLO XXI

Edición especial conmemorativa  
25º aniversario



JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL  
EN EL SIGLO XXI

Edición especial conmemorativa  
25° aniversario

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2026

|                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 344<br><b>S55</b><br>2026 | Silva Sánchez, Jesús-María<br>La expansión del derecho penal en el siglo XXI / Jesús-María Silva Sánchez; edición especial conmemorativa 25° aniversario – Lima: Palestra Editores; 2026.<br>286 pp.; 14.5 x 20.5 cm.<br>D. L.: 2026-<br>ISBN: 978-612-325-<br>1. Derecho penal; 2. Aspectos jurídicos; 3. Aspectos sociales; 4. Interpretación y aplicación. |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL SIGLO XXI

Jesús-María Silva Sánchez

*Edición especial conmemorativa 25° aniversario, junio 2026*

© 2026: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

© 2026: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Príncipe de Vergara 33 / 5° IZDA. 28001, Madrid, España

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Junio, 2026

Cuidado de estilo y edición:

JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Diagramación:

ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2026-

ISBN: 978-612-325-

Tiraje: 1000 ejemplares

*Impreso en Perú / Printed in Peru*

---

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

---

# CONTENIDO

|                    |    |
|--------------------|----|
| ABREVIATURAS ..... | 11 |
|--------------------|----|

## *Parte I*

|                    |    |
|--------------------|----|
| INTRODUCCIÓN ..... | 13 |
|--------------------|----|

## *Parte II*

### LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.

|                       |    |
|-----------------------|----|
| EDICIÓN DE 2001 ..... | 25 |
|-----------------------|----|

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 1. Introducción ..... | 27 |
|-----------------------|----|

|                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------|----|
| 2. Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal ..... | 35 |
|-----------------------------------------------------------------|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 2.1. Los nuevos intereses ..... | 35 |
|---------------------------------|----|

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| 2.2. La efectiva aparición de nuevos riesgos ..... | 37 |
|----------------------------------------------------|----|

|                                                      |    |
|------------------------------------------------------|----|
| 2.3. La institucionalización de la inseguridad ..... | 39 |
|------------------------------------------------------|----|

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| 2.4. La sensación social de inseguridad ..... | 43 |
|-----------------------------------------------|----|

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| 2.5. La configuración de una sociedad de sujetos pasivos ..... | 56 |
|----------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.6. La identificación de la mayoría social<br>con la víctima del delito ..... | 68 |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| 2.7. El descrédito de otras instancias de protección ..... | 79 |
|------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.8. Los gestores atípicos de la moral<br>( <i>atypische Moralunternehmer</i> ) ..... | 85 |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.9. La actitud de la izquierda política: la política criminal socialdemócrata en Europa.....                                 | 89  |
| 2.10. Un factor colateral: El gerencialismo .....                                                                             | 94  |
| 3. La globalización económica y la integración supranacional. Multiplicadores de la expansión .....                           | 101 |
| 3.1. Introducción.....                                                                                                        | 101 |
| 3.2. Globalización económica, integración supranacional y delincuencia.....                                                   | 106 |
| 3.3. La Política criminal frente a la delincuencia de la globalización.....                                                   | 109 |
| 3.3.1. Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización.....                                                 | 110 |
| 3.3.2. La dogmática frente a la delincuencia de la globalización .....                                                        | 112 |
| 3.3.3. Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización.....                                        | 123 |
| 4. La Política criminal y la teoría del Derecho penal ante los aspectos socioculturales y políticos de la globalización ..... | 126 |
| 4.1. Planteamiento.....                                                                                                       | 126 |
| 4.2. Globalización y cambios en la estructura social .....                                                                    | 127 |
| 4.3. La globalización política y cultural y el Derecho penal .....                                                            | 133 |
| 5. Excurso: sobre la limitada influencia en este punto de ciertas construcciones teóricas.....                                | 135 |
| 6. Cambios de perspectiva: la administrativización del Derecho penal .....                                                    | 145 |
| 6.1. Introducción.....                                                                                                        | 145 |

|                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.2. Más que una anécdota: el paradigma de los <i>Kumulationsdelikte</i> (delitos de acumulación) .....                                                                 | 156 |
| 6.3. La protección penal del Estado de la prevención .....                                                                                                              | 163 |
| 6.4. La gestión de los riesgos de origen personal y la inocuización en el Derecho penal actual. ....                                                                    | 169 |
| 7. La imposibilidad de volver al viejo y buen Derecho penal liberal ( <i>gutes, altes liberales Strafrecht</i> ).....                                                   | 176 |
| 7.1. Planteamiento.....                                                                                                                                                 | 176 |
| 7.2. Contra la consolidación de un único “Derecho penal moderno”.....                                                                                                   | 186 |
| 7.3. ¿Derecho penal de dos velocidades?<br>Un punto de partida: El mantenimiento de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad..... | 189 |
| 8. ¿Tercera velocidad del Derecho penal?<br>Sobre el Derecho penal del enemigo.....                                                                                     | 193 |

### Parte III

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL (2000-2025).....                           | 199 |
| I. La expansión del Derecho penal en el siglo XXI:<br>una panorámica..... | 201 |
| 1. La expansión instrumental y la expansión comunicativa...201            |     |
| 1.1. Planteamiento .....                                                  | 201 |
| 1.2. Los riesgos reales y la expansión instrumental .....                 | 202 |
| 1.2.1. La evolución de los riesgos.....                                   | 202 |
| 1.2.2. Manifestaciones de la expansión instrumental...204                 |     |
| 1.3. Las bases de la expansión comunicativa .....                         | 207 |

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.3.1. El Derecho penal como pretendida instancia moral .....                                  | 207 |
| 1.3.2. Como arma en la guerra cultural .....                                                   | 209 |
| 1.3.2.1. ¿Conservadores contra progresistas? ....                                              | 209 |
| 1.3.2.2. El control del discurso y la criminalización del disenso.....                         | 210 |
| 1.3.2.3. La cuestión de la verdad y la “posverdad” .....                                       | 213 |
| a) Los “bulos” .....                                                                           | 213 |
| b) La “memoria democrática” .....                                                              | 215 |
| 1.4. La polarización política y social .....                                                   | 218 |
| 2. Una criminalización tanto “desde arriba” como “desde abajo” .....                           | 219 |
| 3. Al final: el factor antropológico que subyace a la expansión .....                          | 220 |
| 3.1. Planteamiento .....                                                                       | 220 |
| 3.2. El distanciamiento recíproco.....                                                         | 221 |
| 3.3. La crisis de los Estados.....                                                             | 223 |
| 3.4. La experiencia de la vulnerabilidad personal .....                                        | 227 |
| II. Las dimensiones de la expansión del Derecho penal .....                                    | 230 |
| 1. La expansión de las fuentes del Derecho penal en el sistema multinivel.....                 | 230 |
| 1.1. La “barrera infranqueable” .....                                                          | 230 |
| 1.2. La incidencia de las organizaciones inter- y supranacionales.....                         | 231 |
| 1.3. <i>Soft law</i> , guías y disposiciones contenidas en los programas de cumplimiento ..... | 233 |



|        |                                                                                                                   |     |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.4.   | La expansión “invisible” .....                                                                                    | 234 |
| 1.5.   | El contrato como mecanismo de gestión<br>de la responsabilidad penal .....                                        | 235 |
| 1.5.1. | De la administrativización<br>a la contractualización.....                                                        | 235 |
| 1.5.2. | El proceso de contractualización .....                                                                            | 236 |
| 2.     | El aumento de los tipos delictivos de comisión activa.....                                                        | 239 |
| 2.1.   | La criminalización derivada de la incidencia<br>de los movimientos migratorios .....                              | 239 |
| 2.2.   | La criminalización derivada del activismo<br>de los grupos .....                                                  | 240 |
| 2.3.   | La expansión como anticipación .....                                                                              | 242 |
| 3.     | La expansión de las posiciones de garante.....                                                                    | 242 |
| 3.1.   | Introducción .....                                                                                                | 242 |
| 3.2.   | En el blanqueo de activos .....                                                                                   | 244 |
| 3.3.   | En la cadena global de valor.....                                                                                 | 244 |
| 3.4.   | En internet .....                                                                                                 | 246 |
| 4.     | La expansión de la imputación jurídico-penal .....                                                                | 247 |
| 4.1.   | La expansión de la imputación<br>como problema general .....                                                      | 247 |
| 4.2.   | La expansión de la imputación imprudente .....                                                                    | 248 |
| 4.2.1. | En la causación de muertes, lesiones<br>e incluso daños patrimoniales .....                                       | 248 |
| 4.2.2. | La expansión de la imprudencia en<br>el Derecho penal económico.....                                              | 250 |
| 5.     | La extensión del círculo de los sujetos responsables.<br>La responsabilidad penal de las personas jurídicas ..... | 251 |

## CONTENIDO

|                                  |                                                                                               |     |
|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.                               | La expansión de las sanciones jurídico-penales .....                                          | 253 |
| 7.                               | La expansión de los equivalentes funcionales.....                                             | 255 |
| 7.1.                             | La función de la policía .....                                                                | 255 |
| 7.1.1.                           | La expansión de la policía preventiva .....                                                   | 255 |
| 7.1.2.                           | Del Estado preventivo al Estado predictivo .....                                              | 256 |
| 7.2.                             | La neutralización de la conducta infractora.....                                              | 259 |
| 7.2.1.                           | La imposibilidad de ejecutar la decisión: los sistemas normativos inteligentes.....           | 259 |
| 7.2.2.                           | El condicionamiento de la decisión mediante una “conducción suave”: el nudging .....          | 260 |
| 7.2.3.                           | La sustitución del proceso autónomo de decisión: las neurotecnologías de “mejora moral” ..... | 261 |
| 8.                               | La privatización de funciones de policía .....                                                | 262 |
| 8.1.                             | Planteamiento .....                                                                           | 262 |
| 8.2.                             | En tareas de policía preventiva y judicial.....                                               | 263 |
| 9.                               | Un balance.....                                                                               | 264 |
| 10.                              | La actitud de la doctrina .....                                                               | 265 |
| 11.                              | Aparte: Las sanciones informales.<br>El avergonzamiento o señalamiento públicos.....          | 267 |
| III.                             | ¿Alternativas a la expansión del Derecho penal? Algunos puntos de partida.....                | 269 |
| <br><i>Parte IV</i>              |                                                                                               |     |
| BIBLIOGRAFÍA DESCRIPTIVO-CRÍTICA |                                                                                               |     |
| SOBRE EL LIBRO .....             |                                                                                               | 275 |

## ABREVIATURAS

AcP: Archiv für die civilistische Praxis  
ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales  
APC: Archives de Politique Criminelle  
ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie  
DS: Déviance et Société  
DZPh: Deutsche Zeitschrift für Philosophie  
EPC: Estudios Penales y Criminológicos  
GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht  
FS: Festschrift  
GS: Gedächtnisschrift  
icade: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y  
Ciencias Económicas y Empresariales de Icade  
InDret: InDret. Revista para el Análisis del Derecho  
JA: Juristische Arbeitsblätter  
JD: Jueces para la Democracia  
JZ: Juristen Zeitung  
KrimJ: Kriminologisches Journal  
KritJ: Kritische Justiz

KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung  
und Rechtswissenschaft  
LH: Libro Homenaje  
MLR: The Modern Law Review  
NJW: Neue Juristische Wochenschrift  
NK: Neue Kriminalpolitik  
PJ: Poder Judicial (Revista)  
PG: Parte general  
NFP: Nuevo Foro Penal  
NSW: Neue Strafrechtswissenschaft  
RAP: Revista de Administración Pública  
RCSP: Revista Catalana de Seguretat Pública  
RDM: Revista de Derecho Mercantil  
RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología  
RW: Rechtswissenschaft  
RIDPP: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale  
RTDPE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia  
StV: Strafverteidiger  
T&D: Teoría y Derecho  
wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik  
ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik  
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft  
ZyglRWiss: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Veinticinco años de la publicación del libro

“La expansión del Derecho penal.

Aspectos de la política criminal en las sociedades  
postindustriales”

(1.<sup>a</sup> ed., 1999; 2.<sup>a</sup> ed., 2001)



Veinticinco años —una generación, según se suele decir— son mucho tiempo en la vida de una persona. En realidad, en una sociedad tan crecientemente acelerada como la nuestra, también lo son para la vida de la comunidad política. Por ello, no es extraño que el primer cuarto del siglo XXI, recientemente transcurrido, haya traído consigo modificaciones antropológicas, sociopolíticas, tecnológicas y económicas de suma relevancia. Desde luego, estas han sido más intensas que las que generó el último cuarto del siglo XX —pese a ser aquellos los años de la caída de la Unión Soviética y de los inicios de la globalización— y muchísimo más que el tercer cuarto de aquel siglo —los “tranquilos” años de la reindustrialización postbélica, la guerra fría y el constitucionalismo moderno—. Con todo, el recurso a las comillas relativas a la tranquilidad de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado pretende poner de relieve que a lo largo de ellos se consolidó un sustrato ideológico —gestado a lo largo de toda la modernidad— cuyos efectos se manifiestan precisamente en la actualidad. En efecto, fue en tales décadas cuando se sentaron las bases últimas de un individualismo del bienestar, a cuya implosión se asiste en nuestros días.

Según el entendimiento común de las cosas, veinticinco años serían poco para la teoría del Derecho penal, tradicionalmente retardataria con respecto a las de la sociología o de la psicología social. Debido a ello, los enormes cambios sociales del siglo XXI todavía no habrían incidido de modo pleno en nuestro ámbito, y los que ya lo han hecho seguirían pendientes de un análisis pausado. Esto es lo que sucede con los desarrollos de las tecnologías de la información y

de la comunicación, con los de las neurotecnologías y, en particular, con la espectacular aparición de la denominada inteligencia artificial. Igualmente, otro tanto cabría decir a propósito del impacto de la globalización político-cultural y de los movimientos migratorios, así como de las crecientes reacciones nacionales frente a aquella, o de la creciente fractura de las sociedades occidentales y, en fin, de la crisis (¿definitiva?) de los Estados demoliberales del bienestar. Si atendemos a lo anterior, cabe que sea pronto para efectuar un balance de los veinticinco años de la “expansión del Derecho penal” que no sea relativamente —solo relativamente— continuista. Sin embargo, lo cierto es que las causas de la expansión que se apuntaban a finales del siglo pasado se han acentuado. Por lo tanto, dado que las causas de su expansión no han desaparecido, sino que se han intensificado, está claro que el Derecho penal se sigue expandiendo.

La primera edición en español de la obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* apareció en 1999; la segunda, muy poco después, en 2001<sup>1</sup>. Así, incluso la fecha de su publicación daba cuenta del tránsito del modelo de la política criminal de las sociedades europeas del bienestar —de los años sesenta a los ochenta del siglo XX— al propio de las sociedades postindustriales, en crisis, que se inicia en las últimas décadas de dicho siglo XX y se va acrecentando en las sociedades postmodernas actuales. El libro alcanzó enseguida mucha resonancia, lo que dio lugar a que haya sido uno de los más citados de la bibliografía jurídico-penal en español. Además, se tradujo con relativa prontitud al italiano, al alemán y al portugués<sup>2</sup>;

1 Una reimpresión de la segunda edición, ampliada, tuvo lugar en 2006; la tercera edición, en 2011.

2 *A Expansão do Direito penal*, 2002 (2.<sup>a</sup>, 2011); *Die Expansion des Strafrechts*, 2003; *L'espansione del diritto penale*, 2004.



lamentablemente, si se mira con ojos actuales, no al inglés<sup>3</sup>. En particular, la doctrina alemana, que en general no es muy receptiva en cuanto a los textos procedentes del sur —incluso de los escritos en alemán—, ha manejado el texto de forma reiterada, claramente perceptible incluso transcurridos veinte años desde su publicación en dicha lengua<sup>4</sup>. En realidad, más allá de esto, lo ha incluido en su canon histórico<sup>5</sup>.

- 
- 3 La “Expansión” adelantó en casi una década la discusión mundial generada luego por la obra de Douglas Husak sobre la “sobrecriminalización” (Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, 2008 (*Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, 2013). Aunque ciertamente la sobrecriminalización norteamericana adquiere tintes distintos de la propia de Europa occidental y de los países que siguen sus criterios de política del Derecho penal.
- 4 Así, por ejemplo, Vormbaum, “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, *ZStW* 123 (2011), pp. 660 y ss., 673; Beckemper, “Entgrenztes (Wirtschafts-)Strafrecht”, *ZStW* 131 (2019), pp. 1105 y ss.; la misma, “Vom Sinn eines Nebenstrafrechts im Wirtschaftsstrafrecht”, en A. H. Albrecht/G. Steinberg, *Der allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts*, 2023, pp. 25 y ss.; Brunhöber, “Funktionswandel des Strafrechts in der Sicherheitsgesellschaft”, en Puschke/Singelstein (Hrsg.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, 2018, pp. 193 y ss.; la misma, “Grenzen der Grenzen des Strafrechts – Demokratische Grenzen kriminalpolitischer Leitlinien”, *ZStW* 135 (2023), pp. 872 y ss., 876 n. 24; Hoven, “Die neue liberale Lust am Strafrecht?”, *ZStW* 135 (2023), pp. 707 y ss., 715, 717, 722, 724, 727 y 728.
- 5 Th. Vormbaum, *A Modern History of German Criminal Law*, 2014, p. 261: “Of course, there are many indications that the expansion (and the recent toughening) of criminal law is not restricted to Germany alone, at least to some extent. Silva Sanchez’s 2003 analysis, which has now become practically an international classic in the field of criminal law, notes phenomena and their causes that apply to all industrial nations – especially in the age of globalization. For these reasons, a survey of the development of criminal law in the past 200 years is unable to confirm modern criminal law’s frequently cited trend towards leniency and humanization. While criminal law may have become more modern, it has become more liberal, humane, and lenient at best in a few strictly demarcated areas and during brief phases, and the present is certainly not one of these phases”.

Como se ha indicado, la permanente actualidad del contenido del libro se explica probablemente por la persistencia cualificada de los factores que en la obra se advertían como propios del último cuarto del siglo XX europeo<sup>6</sup>. Así, desde luego, existe, en primer lugar, un claro consenso doctrinal en cuanto a que en los últimos cuarenta años se ha producido una permanente expansión del Derecho penal<sup>7</sup>. Es verdad que incluso en este punto se dan voces disidentes<sup>8</sup>; sin embargo, sus argumentos no convencen<sup>9</sup>.

En segundo lugar, se ha generado un acuerdo amplio en cuanto a que dicha expansión responde, como se indicaba en 1999, a

- 
- 6 El tránsito del Derecho penal propio del Estado del bienestar (social-integrador) al Derecho penal del Estado de la prevención y de la seguridad: P.-A. Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, 2010, p. 3.
  - 7 Martínez-Buján Pérez, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)*, LH Cerezo Mir, 2002, pp. 395 y ss.; Fassin, *Punir. Une passion contemporaine*, 2017; Sgubbi, *Diritto penales totale*, 2019; últimamente, Brodowski, “Fünzig Jahre seit der Großen Strafrechtsreform”, *GA* 2025, pp. 1 y ss., 6.
  - 8 Así, Stuckenberg, “Grenzen der Grenzen des Strafrechts”, *ZStW* 135 (2023), pp. 904 y ss., 915-916, poniendo de relieve que la expansión (en términos incluso de administrativización) ha existido siempre. También matizadamente distinto Donini, *¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico*, 2004, a propósito de la existencia de las contravenciones.
  - 9 En efecto, la mayoría de los ejemplos que menciona Stuckenberg son del Derecho penal previo a la codificación, en el que la sanción penal *stricto sensu* de múltiples contravenciones era denominador común. Ahora bien, la codificación, con la aparición del Derecho de policía, dio lugar a un primer proceso de despenalización de las contravenciones. Luego, un segundo proceso de despenalización de las contravenciones tuvo lugar en muchos países en la segunda mitad del siglo XX. En mi utilización de ese término, la noción de «expansión» alude a un fenómeno reciente, posterior a dicha segunda ola despenalizadora y a la teorización doctrinal de los límites del Derecho penal. Precisamente la cuestión objeto de discusión es si tal “nueva” expansión resulta compatible con la teoría actual de los límites al Derecho penal —como, por otro lado, reconoce el propio Stuckenberg, *ZStW* 135 (2023), p. 918—.

complejos factores antropológicos, psicosociales y culturales, tecnológicos, socioeconómicos y de teoría del Derecho y del Estado. Es decir, en que no constituye únicamente el efecto del populismo de los partidos políticos combinado con el punitivismo de los medios de comunicación<sup>10</sup>. En relación con todo esto parece existir un consenso prácticamente absoluto<sup>11</sup>.

En tercer lugar, resulta común señalar que es mayoritaria la corriente doctrinal que manifiesta una posición contraria a tal expansión, de modo análogo a la crítica que se efectúa en la obra. Sin embargo, esto debe matizarse mucho, pues lo cierto es que varios sectores doctrinales han tendido a legitimar la expansión, ya sea desde perspectivas materiales, ya formales. La legitimación material se ha producido, por un lado, mediante el recurso al argumento de que tal expansión afecta básicamente a las clases privilegiadas, tradicionalmente inmunes frente al Derecho penal, y a las que este último tiene que alcanzar para que se supere la discriminación punitiva<sup>12</sup>. Por otro lado, sobre la base de la idea funcionalista de que cada sociedad produce el Derecho penal que necesita y no hay mucho que decir a propósito de tal forma de autopoiesis social<sup>13</sup>. En cuanto a la legitimación formal del proceso expansivo, esta

---

10 Críticos, Donini, *Populismo e ragione pubblica*, 2019; Manes, *Giustizia mediatica*, 2022.

11 Así, Weigend, “Wohin bewegt sich das Strafrecht”, *FS Frisch*, 2013, pp. 17 y ss., en particular, 22 y ss.

12 *Schünemann*, Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta, en: Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, 2002, pp. 49 ss.; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003; más recientemente, Montáñez Ruíz, “El debate entre la expansión del Derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo”, *Estudios Socio-Jurídicos* 12 (2010), pp. 285 y ss.

13 Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996.

se ha efectuado sobre la base de la consideración de que toda ley democráticamente aprobada por un parlamento, y no declarada inconstitucional, es válida y no puede ser cuestionada<sup>14</sup>.

Pues bien, en relación con lo primero, he reiterado una y otra vez que el debate no puede versar sobre «clases de personas», sino sobre estructuras y funciones de los ilícitos. Así las cosas, el problema de buena parte de los delitos de la “Expansión” es que su comisión por un agente individual —esto es, sin integrarlos en un macrofenómeno— carece de lesividad concreta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en los delitos de peligro presunto, reconfigurados como delitos de lesión de bienes representativos, intermedios o similares. En cambio, está claro que los delitos de estafa, de apropiación indebida, de insolvencia o de corrupción sí poseen tal entidad y han estado siempre en los códigos penales. Si en algunos países no se han aplicado a las denominadas “clases altas”, ello no se ha debido a un déficit legislativo, sino de persecución.

En relación con la segunda estrategia de legitimación, que parte de la no-excepcionalidad del Derecho penal con respecto a los demás sectores del ordenamiento jurídico, ya subrayé hace décadas la innegable excepcionalidad de la pena de prisión. En efecto, esta no puede ser impuesta más que por la jurisdicción penal. Además, en los últimos años he tratado de insistir también en lo excepcional de la estigmatización y avergonzamiento inherentes a la dimensión moral de las consecuencias jurídicas del proceso y del Derecho penal, sean estas de prisión o no. Así pues, una legitimación del Derecho

---

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, Kubiciel, “Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft”, *JZ* 2018, pp. 171 y ss., 176 y ss. Críticos, en cambio, Kölbels, “Schwerpunkte der internationalen Kriminalitätsentwicklung”, en Hoven/Kubiciel (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, 2020, pp. 13 y ss., 30-31; Velten, “Eine neue liberale Lust am Strafrecht?”, *ZStW* 135 (2023), pp. 736 y ss.

penal sobre la base de consideraciones formales-institucionales resulta reduccionista<sup>15</sup>.

En lo que hace a la propuesta de un “Derecho penal de dos velocidades”<sup>16</sup>, contenida en la obra, esta ha sido mayoritariamente rechazada. En efecto, tal construcción político-jurídica sostenía la conveniencia de que buena parte de los delitos de la expansión —en absoluto todos— pasen a integrar una segunda vía intermedia entre el Derecho penal *stricto sensu* y el administrativo sancionador<sup>17</sup>. Es decir, que, sin dejar de ser integrados nominalmente en el Derecho penal, se renuncie en ellos a la pena de prisión, dado que su criminalización ha sido expresión de una flexibilización de los principios de garantía del Derecho penal, que resulta incompatible, desde luego, con una pena de tal trascendencia. Frente a ello, un sector doctrinal ha sostenido que lo que procede es la completa despenalización de tales ilícitos en el marco de un Derecho penal mínimo. Otro, en cambio, fundamenta su discrepancia en el argumento de que en tales delitos no procede en absoluto renunciar a la imposición de la pena de prisión.

Lo anterior pone de relieve que el libro proponía seguir una vía intermedia<sup>18</sup>, no muy lejana de la recuperación de las infracciones penales contravencionales, esto es, los ilícitos penales de policía. Sin embargo, a diferencia de otros modelos, que conducían a su

15 Donini, *Il volto attuale dell' illecito penale*, 2004, pp. 11 y ss.; Silva Sánchez, “El estigma como política pública”, en Abel Souto *et al.* (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, 2021, pp. 1367 y ss.

16 A las que se añadiría una tercera, representada por la inoquización.

17 Otra cosa es que esa propuesta haya sido, en muchas ocasiones, tergiversada, diciendo nada menos que su contenido es rebajar las garantías del Derecho penal. O sosteniendo, en términos de una falacia normativista, que el Derecho penal «debe» expandirse, pero en ello “debe” mantener “todas” sus garantías.

18 Lo entendió muy bien desde el principio Rodríguez de Assis Machado, *Sociedade do risco e Direito penal*, 2005, pp. 91 y ss., 194 y ss.

ubicación fuera del Derecho penal —en un Derecho de intervención— la propuesta contenida en la “Expansión” planteaba que tales contravenciones, aun admitiendo su naturaleza de ilícitos de policía en sentido estricto, no abandonaran el marco del Derecho penal —en el que ya se hallaban y siguen estando en términos crecientes—. Ahora bien, una condición necesaria para ello sería que no recibieran penas de prisión. En definitiva, que su prevención y su represión se beneficiaran de los elementos morales o simbólicos inherentes al Derecho penal, perdiendo, en cambio, la dimensión especialmente afflictiva de la pena de prisión<sup>19</sup>.

La discusión permite constatar que, en realidad, es muy amplio el sector de la doctrina que piensa que tales “delitos de la expansión” no deben ser reputados meramente contravencionales, sino que pertenecen al núcleo del Derecho penal y, en consecuencia, tienen que recibir penas de prisión, incluso de larga duración. Así pues, lo que sucede es que, bajo la supuesta crítica a la expansión del Derecho penal, cada autor, o grupo de autores, discrepa de unos aspectos de la expansión, pero no de otros. En particular, son muchos los que ven con buenos ojos la criminalización de las infracciones de las regulaciones estatales (o supraestatales) de la economía y el recurso a la pena de prisión para su sanción. Con ello se ha producido lo que he denominado “redención académica” de la pena de prisión.

Por mi parte, visto el fracaso de la propuesta, ya no tengo especial interés en mantenerla. En efecto, si una propuesta que trataba de proponer una vía intermedia —susceptible de alcanzar consenso— es rechazada, entonces no cabe sino volver al punto de partida. A su vez, este no puede ser otro que reiterar que buena parte de los delitos de la expansión no responden a la lógica de la

---

19 Prácticamente idéntico, pocos años después, Seelmann, “Unterlassen als Straftat. Die moderne Gesellschaft und ihr Strafrecht”, en *Annales Universitatis Scientiarum Budapestensis*, XLIII (2002), 2003, pp. 101 y ss., 107-108, 110 y ss.

lesividad concreta de la conducta individual. Sin embargo, tal lógica es la única que se corresponde con lo propio de la sanción jurídico-penal de una conducta, a la que le son inherentes el estigma y el dolor propios de la pena. Ello es precisamente lo que la distingue de las conductas sancionables por la administración pública mediante consecuencias jurídicas (solo) pecuniarias o de inhabilitación. Por lo tanto, la conformación de tales figuras delictivas —que obviamente no son todas las que resultan del proceso expansivo— debe ser objeto de una clara crítica. Ahora insisto en ello, enmarcándolo en una descripción de lo acontecido desde el inicio del siglo, que se contiene en este libro tras la reproducción del texto íntegro de la 2.<sup>a</sup> edición de la obra, la de 2001, que es la consolidada. Más allá de esto, en el plano de la *lex lata*, es necesario proceder a una interpretación restrictiva de tales tipos, dado que manifiestan un déficit de legitimación retributiva. En diversos capítulos de mi libro “Derecho penal. Parte General”<sup>20</sup>, he tratado de proponerlo en el marco de la distinción entre delitos *mala in se* nucleares, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*<sup>21</sup>.

---

20 Silva Sánchez, *Derecho penal. Parte General*, 2025.

21 Silva Sánchez, PG, 1/60; 2/87; 3/97; 4/111; 5/15; 12/131; 13/4; 18/52; 21/100; 25/36; 26/63, 77; entre otros.