

La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal.

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2016). *La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (54), 147-194.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/52>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

ARTÍCULO O LIBRO

CONTENIDO: EL PRESENTE ARTÍCULO EXPONE LAS TEMÁTICAS DESARROLLADAS EN EL LIBRO DE JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES, INDICANDO LOS APORTES DE LA PRIMERA EDICIÓN DE LA OBRA Y LAS DIFERENCIAS CON LA SEGUNDA, ADEMÁS DE REFERIR A LAS AMPLIACIONES POSTERIORES DEL PENSAMIENTO DE SILVA SÁNCHEZ SOBRE EL PUNTO. FINALMENTE, SE RECOGERÁN LAS CRÍTICAS A LA OBRA EFECTUADAS POR LA DOCTRINA, PARA LUEGO RESALTAR LAS CUESTIONES COMUNES POLEMIZADAS.

TEMAS ESPECÍFICOS: DERECHO ADMINISTRATIVO, PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL, RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, POLÍTICA CRIMINAL Y CARCELARIA

TÍTULO: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y LAS CRÍTICAS FORMULADAS A ELLA POR LA DOCTRINA PENAL

AUTOR: EDISON CARRASCO JIMÉNEZ

AÑO: 2016

ISSN: 1692-1682

IDIOMA ORIGINAL: ESPAÑOL

IDIOMA DE PUBLICACIÓN: ESPAÑOL

TEMAS GENÉRICOS: EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA EXPANSIÓN.

REVISTA DERECHO PENAL N°: 54, ENE.-MAR./2016, PÁGS. 147-194

La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal (*)

Revista N° 54 Ene.-Mar. 2016

Edison Carrasco Jiménez

Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Investigador del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas (CTIT), Chile.

(Chile)

Sumario

El presente artículo expone las temáticas desarrolladas en el libro de Jesús María Silva Sánchez La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, indicando los aportes de la primera edición de la obra y las diferencias con la segunda, además de referir a las ampliaciones posteriores del pensamiento de Silva Sánchez sobre el punto. Finalmente, se recogerán las críticas a la obra efectuadas por la doctrina, para luego resaltar las cuestiones comunes polemizadas.

Temas relacionados

Expansión del Derecho penal; intervención del Derecho penal; observaciones críticas a la expansión.

1. Introducción

Desde la publicación en 1999 del libro del penalista español Jesús María Silva Sánchez *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*—en adelante *La expansión*—, y hasta su segunda edición en el año 2001, se ha abierto, a

propósito de este, un intenso debate sobre la intervención del Derecho penal como centro de la discusión en la doctrina de esta rama.

Es a propósito de esta cuestión que se pretende revisar lo expuesto por el autor mencionado en sus tres trabajos referidos directamente al punto. Esto es, además de las dos ediciones de *La expansión*, el texto *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura* (2003), publicado como primer autor y que completaría el cuadro hacia la construcción de un modelo explicativo y de propuesta político-criminal, que surge de dichos trabajos. Luego de esto, se expondrán las observaciones críticas que la doctrina penal ha presentado a *La expansión*.

Básicamente, se resumirán los contenidos de los tres trabajos señalados de Silva Sánchez, destacando los puntos principales en cada caso, además de sistematizar el contenido total de ellos. Para el caso de la doctrina penal, se resumirán, a su vez, las observaciones críticas según los trabajos en que aparecieron. Con posterioridad, se indicarán las áreas temáticas principales sobre las cuales fueron dirigidas las críticas y los argumentos de *La expansión*, mayormente controvertidos por la doctrina penal.

2. La primera edición de *La expansión del derecho penal*

Como se mencionó, en 1999 se publicó en España el libro de Jesús María Silva Sánchez *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Sin embargo, ya anunciaba parte de él en trabajos anteriores ⁽¹⁾.

En la “Introducción”, el autor establece una contraposición entre la postura del Derecho Penal mínimo y la “tendencia general de la legislación” ⁽²⁾ hacia su maximización, lo cual denota la tensión producida entre dos aspectos: primero, entre una postura doctrinaria y la realidad jurídico-penal; segundo, entre la minimización y la maximización del Derecho Penal, cuestión desde ya —y como señala Roxin— controvertida y distante de ser resuelta ⁽³⁾.

Según el autor, la arremetida maximalista sin “freno” del Derecho Penal contrasta con la postura del Derecho Penal mínimo que adolece de falta de contenido concreto, sin límites conceptuales precisos y con discordias doctrinales sobre su alcance aún entre sus propios militantes. Tal antinomia habría de reflejarse en el Código Penal Español, según la propia exposición de motivos. Es dentro de este contexto que Silva Sánchez utiliza el término “expansión” para referirse a dicho maximalismo en tensión o contraposición ⁽⁴⁾.

La “expansión”, entonces, sería la tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” ⁽⁵⁾.

Dicha “expansión”:

- Posee una “cobertura ideológica”.
- Responde al modelo social configurado en los últimos 20 años.
- Responde a una constante demanda social de mayor protección.
- Responde a la creación de opinión pública.

La sección 2 del libro se titula “Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal”. Ya es suficientemente claro sobre su contenido, donde en general trata de los fenómenos sociales, jurídicos y políticos cuyos efectos en el Derecho Penal producen como resultado su “expansión”. El fundamento teórico más gravitante para justificar las causas de dicha “expansión” es la llamada “teoría del riesgo” de Ulrich Beck ⁽⁶⁾.

Se revisarán dos ítems en que Silva Sánchez divide estas causas/factores:

- Causas del fenómeno de la expansión.
- Factores del efecto multiplicador de la expansión.

2.1. Causas del fenómeno de la expansión

a) *Riesgos humanos y fallos técnicos*

El punto de partida es el “riesgo” en las sociedades modernas, el “riesgo” de procedencia humana y como resultado de los avances tecnológicos, lo que hace que el grado de interrelación entre los sujetos bajo estas condiciones aumente las posibilidades de producción de riesgos y consecuencias lesivas.

Dentro de este contexto, la delincuencia intencional y las formas tradicionales de criminalidad serían superadas cuantitativamente por la criminalidad organizada y la delincuencia no intencional. Ésta última sería aquella que procede de fallos técnicos, en los que existen acciones de control de riesgos, donde se aumenta la cadena de funciones y de su delegación y que, por consecuencia, se va perdiendo el dominio real del curso de los acontecimientos. Esto aumentaría los riesgos, los cuales podrían incidir en la generación de delitos de comisión por omisión⁽⁷⁾.

b) *Crisis del modelo del Estado de bienestar*

Otra de las causas que señala el autor sería la crisis del modelo del Estado de bienestar. Esto provocaría problemas de “desvertebración interna” de la sociedad, lo que se reflejaría en el desempleo, la migración y la criminalidad callejera, cuestiones que transformarían al “otro” en un riesgo⁽⁸⁾.

c) *Miedo a los riesgos*

Una tercera causa de índole subjetiva, y que Silva Sánchez refiere como la más significativa, sería la sensación social de inseguridad o, propiamente, de miedo, entendido por el autor como superior a la existencia de riesgos objetivos, lo cual produce una desorientación cognitiva que, debido a ese malestar y para no ser sentida, se busca en cambio una orientación normativa en el Derecho Penal. De ahí que comiencen a surgir demandas de protección solicitadas al derecho penal.

Esta sensación de inseguridad, en muchos casos, se encuentra alimentada por los medios de comunicación masivos, que generan en la opinión pública no solo “percepciones inexactas”, sino también la sensación de impotencia, debido, entre otras cosas, a la reiteración de los hechos noticiosos, la exposición sesgada de la realidad y la excitación del morbo⁽⁹⁾.

d) *Conformación social de sujetos pasivos*

Una cuarta causa, sería la conformación de la sociedad en una de sujetos pasivos, “beneficiarios (...) de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objeto de transferencia”, pensionados, consumidores o sujetos pacientes “de los efectos nocivos del desarrollo”⁽¹⁰⁾. Esta presencia impulsa las políticas hacia la disminución del riesgo permitido a causa de la sensación de inseguridad y la demanda social de seguridad de estos sujetos pasivos.

Pero, de otro lado, se generaría desde estos sujetos pasivos una “resistencia psicológica frente al caso fortuito, frente a la producción de resultados lesivos por azar”⁽¹¹⁾ y una búsqueda del actuar humano como causa de dichos resultados lesivos, lo que desplaza el péndulo del caso fortuito al injusto. Esta cuestión última se vería reforzada por el estereotipo de víctima de este modelo social que “no asume la posibilidad de que el hecho que ha sufrido sea debido a una ‘culpa suya’ o que, simplemente, responda al azar. Se parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable al que imputar el hecho y sus consecuencias patrimoniales y/o penales”⁽¹²⁾.

De ahí que una de las consecuencias jurídicopenales que el autor atisba sería el incremento de los delitos de peligro, con lo que se alejan los delitos imprudentes y se acercan las legislaciones simbólicas.

e) *Identificación social de las mayorías con la víctima del delito*

Una quinta causa sería la identificación social de las mayorías con la víctima del delito, prefigurada ya por la clase de sujetos pasivos y la crisis del llamado “Estado de bienestar”, lo que incide en el uso del Derecho Penal como instrumento contra la delincuencia de cuello blanco y de las empresas.

Considera un error de perspectiva, hasta cierto punto, la expansión sobre la criminalidad socioeconómica, ya que debido a la relativización de los principios y reglas de imputación, esto afectaría también a la criminalidad en general, sobre todo la de los “desposeídos”, que estima mayoritaria. El autor encuentra un indicio de ello en la criminalidad infantil y juvenil cuando se busca hacer más duras las sanciones y rebajar la mayoría de edad penalmente responsable⁽¹³⁾.

f) Descrédito de otras instancias de protección

Las causas anteriores explicarían por qué se busca instancias jurídicas para la solución del problema, pero no la recurrencia a instancias jurídico-penales, cosa que sí explicaría el descrédito de otras instancias de protección, que se visualiza en lo siguiente:

- La ausencia de una ética social que asegure la protección de bienes jurídicos.
- La incapacidad del derecho civil actual, basado en un “modelo del seguro”.
- La desconfianza en la administración por los procesos de corrupción y de burocratización que se observan en ella.

De ahí que surja un depósito de confianzas en el Derecho penal como instrumento de pedagogía social y de gestión de los problemas, justamente debido a que las instancias anteriores habrían dejado de ser confiables para su solución⁽¹⁴⁾.

g) Gestores atípicos de la moral

Una séptima causa es la orientación de la izquierda como “gestores atípicos de la moral”, entre los que se cuenta a la social democracia, asociaciones de reivindicación y defensas de derechos medioambientales y sexuales, etc., los cuales contribuirían a demandar una mayor intervención del Derecho penal.

En primer término, aquellos vigorizarían la idea de la sociedad de sujetos pasivos, que en tanto titulares de bienes jurídicos individuales o colectivos, son a la vez posibles víctimas y, por ende, habría una presión sobre una demanda por mayor protección penal. Así, los movimientos sociales que antes eran renuentes al Derecho penal por la aplicación y petición de las clases más poderosas contra ellos ahora lo reclamarían en contra de estas últimas.

En segundo término, la política de izquierda hoy fomenta la idea de protección del Derecho penal ante la criminalidad general, sosteniendo una política criminal con una “ideología de la ley y el orden en versión de izquierda”⁽¹⁵⁾, basados en criterios de seguridad.

h) Desprecio por las formas

Relegado a ser más bien un factor colateral, y como octava causa, se encuentra el desprecio por las formas, que conduce a la privatización del problema penal. Así, se intentaría obviar principios como el de inocencia, de culpabilidad y el debido proceso. Policías y prisiones privadas serían, igualmente, consecuencia de esto.

Para el autor, las formas que surgen del carácter público y sacramental del derecho dotan de un elemento de prevención de las reacciones punitivas que acercan el delito a lo cotidiano e informal⁽¹⁶⁾.

i) Mayor demanda penal de la sociedad

El autor expresa además como causa general del fenómeno expansivo no solo al Estado y su utilización del Derecho penal como instrumento de solución de problemas sociales, sino también a la sociedad en su conjunto, que demanda tales respuestas⁽¹⁷⁾.

2.2. Factores del efecto multiplicador de la expansión

Silva Sánchez además expone no solo las causas de la expansión, sino los que serían “factores del efecto multiplicador de la expansión” ⁽¹⁸⁾, que acentuarían a nivel global el fenómeno expansivo de las legislaciones nacionales, a saber, la globalización y la integración supranacional.

a) *La globalización*

Para el autor, la globalización sería fundamentalmente económica, de igual forma que la integración, lo que conduce a que ciertos hechos considerados punibles dejen de serlo por este contexto de eliminación de obstáculos a la integración. Por el contrario, hace que surjan nuevas formas de criminalidad económica, que a su vez dan origen a nuevas modalidades de delitos clásicos o propiamente a nuevos delitos, como la criminalidad organizada e internacional y la de los poderosos.

Todo esto se traduce en las siguientes consecuencias:

- Adopción de un carácter práctico y político para la unificación de criterios jurídicos más que de criterios científicos en la adopción de respuestas concretas, lo cual hace olvidar la preocupación sistemática de una teoría del delito construida con fines garantistas.

- Un objeto principal de la globalización a nivel jurídico-penal, el cual no es la criminalidad clásica sino la económica o criminalidad de los poderosos, ante la cual no se presenta ni existe una construcción dogmática completa, con las consecuencias de flexibilización de garantías.

- Posibles lagunas y déficit en la ejecución de la normativa penal, lo que produce inseguridad jurídica.

- Punitivismo y aceptación de la severidad de las penas.

- Diversidad de tradiciones jurídicas, lo que supone adopción de las soluciones más sencillas para aunar los diversos criterios, cuestión que trae como consecuencia la adopción de criterios flexibilizados ⁽¹⁹⁾.

b) *Integración supranacional*

El carácter práctico de una legislación supranacional busca respuestas uniformes que eviten paraísos jurídico-penales. Pero dicha uniformidad no es suficiente para el autor, donde debiera darse importancia a la homogeneidad en la teoría general del delito y los principios y garantías político-criminales, que den sustento a una aplicación normativa supranacional, ya que la armonización legislativa sola no produce por sí sola una homogeneización ⁽²⁰⁾.

2.3. Administrativización del Derecho Penal como expresión de la expansión

La llamada “administrativización del Derecho Penal” ⁽²¹⁾ tiene por expresión más visible la del contenido material de los tipos penales, donde fundamentalmente el legislador se ha inclinado por proteger el contexto o “condición previa al disfrute de bienes jurídicos individuales más clásicos” ⁽²²⁾, y donde se ha traducido en el cambio de dos elementos relativos a dicho contenido:

- Desde el bien jurídico individual al colectivo.
- De los delitos de lesión a los de peligro.

En opinión del autor, esto se ve reforzado por una tendencia contraria a la despenalización, y donde la conducta de la doctrina tradicional en relación a esta sería débil. Ejemplo de ello es el medio ambiente, el cual, si bien genuinamente presentaría un problema, a Silva Sánchez le resulta demasiado riesgoso que sea el Derecho Penal quien gestione el problema ecológico, sobre todo cuando la *ratio legis* de una legislación es el contexto, que sería para este caso el medioambiente, provocando la intervención del Derecho Penal tan pronto como se superen los estándares administrativos.

Por ello, el Derecho Penal se ha administrativizado, transformándose en un derecho de gestión de riesgos.

En efecto, el Derecho Administrativo sancionador se preocupa fundamentalmente de la gestión de sectores de modo global, de la conducta general antes que de la individual, en cuanto afecte una globalidad de tipo estructural, una visión macrosocial, donde el daño sancionable es más bien el acumulativo, que es el que afecta por su trascendencia global. Por ello, sus criterios de actuación son más flexibles, sin necesidad de comprobar afectación a bien jurídico alguno, con lo que la lesividad no es un índice válido, ni la legalidad, por lo que los criterios de oportunidad son aceptados. Todo este marco sería inadmisibles para criterios de imputación de responsabilidad penal a un sujeto determinado, ya que las conductas se verían dirigidas a sancionar, más bien, un peligro global.

Esto puede verse reflejado en los delitos relacionados con el tráfico rodado, los delitos tributarios, los delitos medioambientales y el tráfico de estupefacientes, donde un solo hecho en sí mismo no interesa, sino que más bien es el conjunto de ellos, los cuales ponen en tela de juicio un sector social determinado, sea el tráfico rodado con el índice meramente estadístico del alcohol en la sangre, o el número de defraudaciones en lo tributario, o la suma de vertidos tóxicos en el agua, o el modelo de gestión de salud en relación al tráfico⁽²³⁾.

Siendo así, el Derecho Penal de las sociedades postindustriales, al comportarse como instrumento de gestión de problemas sociales, asume el modo de “razonar” del Derecho Administrativo sancionador y, por lo tanto, se produce en él un proceso de “administrativización”. Paradigma de lo dicho son los delitos acumulativos (*Kumulationsdelikte*), donde un acto de forma individual no presenta un riesgo relevante sino que, más bien, es la suma de dichas conductas lo que lo produciría⁽²⁴⁾.

El autor señala que es en Alemania, a través de Kuhlen, donde se formula esta tesis, basado en el § 324 StGB, que consiste en la realización de un mismo hecho o similares por una pluralidad de sujetos, hipótesis que ha recibido críticas por infringir el principio de culpabilidad (por ser atribuido más bien a un aspecto sistémico que al obrar de una persona) y al principio de proporcionalidad (por no atribuirse la sanción penal a un sujeto concreto por su acción). Estas críticas han sido contestadas por el mismo Kuhlen como una fórmula que contribuye a la solución de grandes problemas, tal como el mantenimiento de las condiciones naturales de vida, mediante la prohibición de acciones que son pequeñas contribuciones en la constitución de estos problemas.

Silva Sánchez duda que esta contribución sea pertinente de realizar por el Derecho Penal, y estima que desde la proporcionalidad parece dudoso que reciba toda una pena por separado, y no en relación a las contribuciones por separado.

La acumulación, como manifestación delictiva que el autor llama “culminación coherente del proceso expansivo del Derecho Penal”⁽²⁵⁾, no sería para él admisible si lo que se quiere es la imposición de sanciones privativas de libertad asociada a la conducta.

2.4. Flexibilización de principios, garantías y reglas de imputación

Existe como fenómeno general el que a la moderna criminalidad se asocian principios, garantías y reglas de imputación laxas o flexibles.

Por ejemplo, los delitos que habrían de arrancar de una política-criminal de la globalización, como lo sería el delito económico organizado, sea este empresarial o proveniente de fenómenos de macrocriminalidad tales como el terrorismo, el narcotráfico o la criminalidad organizada referida a tráfico de armas, mujeres y niños. Estos están normalmente asociados a menores garantías, sea por la menor gravedad de las sanciones o por ser dicha criminalidad, potencialmente peligrosa.

Algunos principios igualmente se ven flexibilizados.

Tratándose de la legalidad, se produce el abandono de la determinación en los tipos para la criminalidad transnacional, y procesalmente, una inclinación favorable al principio de oportunidad sobre la legalidad.

En materia de culpabilidad, en materia de error de prohibición, lo importante es la determinación sobre su concepto y los límites de lo evitable, pero no a la relevancia misma del error de prohibición.

Por otro lado, existe una acogida sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, y las figuras donde existe presunción de culpabilidad, como lo es del caso de tradiciones anglosajonas.

Respecto de la proporcionalidad esta se vería comprometida en las sanciones de delitos imprudentes relativo a bienes jurídicos-colectivos, como también respecto de los delitos de peligro ⁽²⁶⁾.

2.5. La propuesta político-criminal de Silva Sánchez en *La expansión*

a) *Un modelo dogmático común en el Derecho internacional*

En aras de un modelo dogmático común, el autor opta por la búsqueda y formulación de estructuras lógico-objetivas dentro de un marco político-criminal valorativo flexible, abierto y siempre dispuesto a ser revisado. Respecto de esto último, no podrían formar parte en la búsqueda de una ciencia común “quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común” ⁽²⁷⁾. Esta tensión entre una objetividad dogmática y la relativización fuente de la política-criminal de cada nación se vería contrapesada por una dogmática de tipo normativista y con participación de países pertenecientes a una misma cultura occidental, que haría posible el carácter trasnacional valorativo de dicha política-criminal.

b) *Un Derecho Penal funcional*

Para que un Derecho Penal sirva como freno a la demanda penal de la sociedad se debe pensar, según Silva Sánchez, en “un Derecho Penal con vocación autorre restrictiva” ⁽²⁸⁾.

Señala el autor que a un Derecho Penal funcional se le atribuye de forma automática el ser maximalista, cuestión que ni un Derecho Penal basado en la teoría de bienes jurídicos asegura de partida restricciones para aquel.

Una teoría funcional del Derecho Penal, en cuanto estabilización de la vigencia de las normas, no obliga a prescindir del bien jurídico como contenido material de las normas, por lo cual es posible concebir, dentro del marco de lo funcional, la introducción de elementos de “racionalidad e ilustración”, con lo que el bien jurídico cumpliría no solo una función sistemática, sino también crítica.

Dentro de este marco, es posible delimitar criterios de identidad sociales que cristalicen las “expectativas normativas esenciales”, cuestión que el autor los encuentra en la Constitución, donde por vía de inconstitucionalidad sería posible impugnar el aspecto formal de una norma, y de no encontrarse en esta situación, daría lugar a una política criminal defendible y no impugnabile de buenas a primeras.

c) *Sectorización del Derecho Penal basado en la relación principios, garantías y reglas de imputación/sanciones*

Ante el desafío de un “Derecho Penal de la globalización” ⁽²⁹⁾, caben para el autor dos posibilidades: sectorizar las reglas de la Parte General, o bien, modificar las reglas de la delincuencia clásica en razón de la nueva criminalidad, disyuntiva a la cual ya anuncia su resolución inclinándose hacia la primera alternativa.

Para él, un sector de la doctrina aboga por la vuelta a un Derecho Penal liberal, protector de bienes jurídicos básicos —los personales y el patrimonio—, conservando todas las garantías del Derecho Penal. Sin embargo, esta postura la entiende Silva Sánchez como “ucrónica”, ya que el Derecho Penal liberal sería una construcción nunca realizada, debido tanto a la rígida protección del Estado actual y por la existencia de ciertos principios de organización social como también porque la rigidez de las garantías propuestas por el Derecho Penal liberal son un contrapeso al extremo rigor de las sanciones.

De ahí que la relación más importante que le es posible visualizar al autor, como resultado de las reflexiones relativas a la expansión, es la relación entre garantías de un sistema de imputación y la gravedad de las sanciones.

Tratándose del Derecho Penal general, la rigidez de las garantías junto a una dogmática igual de estricta se hayan relacionadas con el hecho de que el sistema posea sanciones graves, sean las de muerte y las corporales, y para la actualidad, fundamentalmente la privativa de libertad. El problema de la expansión, entonces, no sería tanto la expansión del Derecho Penal en sí, sino más bien la expansión de la pena privativa de libertad. “Es esta última —señala el autor— la que debe realmente ser contenida”⁽³⁰⁾.

De ahí que —y entendiendo que no en todo el sistema sancionatorio del Derecho Penal podrían exigirse iguales garantías, pues las consecuencias jurídicas son diversas— la correlación entre garantías y sanciones podría resolverse si se tiene que a mayor disminución o flexibilización de garantías y de rigor dogmático mayor debería ser la disminución del rigor sancionatorio, cuestión que se traduciría en la aceptación de penas privativas de derechos o pecuniarias, antes que en las privativas de libertad, que son las más graves⁽³¹⁾.

El autor encuentra ciertos puntos de conexión de su postura en la formulación de Hassemer y su *derecho de la intervención*, que se situaría en un punto intermedio entre el Derecho Penal nuclear y los otros tipos de derechos sancionatorios, con propuesta de sanciones menos intensas ante menores garantías. La admisión de este modelo puede ser posible para Silva Sánchez si se admite, a su vez, que la pena a aplicar no sea la privativa de libertad⁽³²⁾.

El uso del Derecho Penal para el logro de estos fines tiene ventajas relevantes en comparación con otros derechos: posee una mayor fuerza comunicativa y dispone de neutralidad política, a diferencia del Derecho Administrativo.

Es así como sería posible la utilización de un sistema dualista de Derecho Penal, con dos niveles de garantías y principios, frente a la imposibilidad de frenar la expansión del Derecho Penal y a la imposibilidad de aplicar idéntica teoría del delito de un Derecho Penal