

ExLibris

Sección coordinada por **Pablo Sánchez-Ostiz**

Recensiones:

Recensión a Federico MONTERO, *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*, Atelier, Barcelona, 2023, 481 páginas, por Rosario NOUGUÉS COSSÍO

Recensión a Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El delito de manipulación del mercado de valores*, editorial Reus, Madrid, 2023, 207 páginas, por Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ

Recensión Silvia RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Trata de seres humanos y corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 448 páginas, por Ana Belén VALVERDE CANO

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Rolando MÁRQUEZ CISNEROS a *La prisión provisional como ultima ratio*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas (*InDret* 4.2023), por Ramon RAGUÉS I VALLÈS

Réplica a la Recensión de Íñigo ORTIZ DE URBINA a *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas (*InDret* 3.2023), por Fernando MIRÓ LLINARES

-

Federico Montero, Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión, Atelier, Barcelona, 2023, 481 páginas

Rosario Nougues Cossio
Universidad de Navarra
rnouguescos@alumni.unav.es

-

La obra que Federico MONTERO nos presenta se corresponde con su tesis doctoral defendida en 2021 en la Universidad Pompeu Fabra y dirigida por los Profs. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ y Omar PALERMO. El autor se propone contribuir a la sistematización de todo aquello que, de una forma u otra, afecta a la posibilidad o intensidad de la facultad punitiva del Estado (p. 27). En esa tarea, no escatima esfuerzos destinados a construir un marco teórico que permita identificar aquellos comportamientos postdelictivos que operen como equivalentes funcionales de la pena retributiva. En palabras del autor, la primera parte de su obra (caps. I-IV) contiene una «caja de herramientas» (p. 30) indispensables para comprender su construcción teórica acerca de los equivalentes funcionales de la pena retributiva. La segunda (caps. V-VII) pone a prueba el modelo propuesto en relación con tres figuras de gran tradición en el Derecho penal español: el desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la atenuante genérica de confesión.

La construcción de MONTERO descansa sobre tres pilares: un «sistema bipartito de hecho punible construido sobre la base de una teoría dualista de las normas» (p. 28); el método comparativo del funcionalismo de las equivalencias (pp. 49-50); y la teoría de la pena retributivo-comunicativa (pp. 112-153). Con respecto al primer pilar, explica que el sistema de atribución de responsabilidad está compuesto por dos categorías: el injusto culpable o delito, que como «quebrantamiento culpable de la norma» pertenece al pasado; y el hecho punible, concepto dinámico «cuyo sentido expresivo puede verse modificado por las más diversas circunstancias» (pp. 29-30). Es en este último plano en el que operan los equivalentes funcionales de la pena retributiva.

El segundo pilar es tratado principalmente en el capítulo I, donde el autor delimita el funcionalismo de las equivalencias como método comparativo (pp. 45-50) y describe el estado de la cuestión acerca de los equivalentes funcionales en el ámbito jurídico-penal (pp. 51-58).

En lo que se refiere al tercer pilar, MONTERO se sumerge en las distintas teorías acerca del concepto y justificación de la pena, tarea ineludible para determinar la idoneidad de ciertos comportamientos para operar como equivalentes funcionales. Simplificando al máximo, para el autor la pena se legitima por su función retributiva, es decir, en tanto comunicación re-estabilizadora de la desestabilización producida por el delito. En otras palabras, la pena no solo refuta un hecho del pasado, sino que confirma dinámicamente el Derecho (MONTERO habla de prestación retributiva de la pena, pp. 133-148). De este modo, resulta oportuno atender a otras prácticas que realizan también esta función: los equivalentes funcionales de la pena retributiva.

MONTERO se propone «delinear una justificación retributivo-comunicativa de la praxis punitiva y construir un concepto jurídico-funcional de la pena retributiva» (p. 100), tarea que aborda con hondura en los capítulos III y IV. Desde la autodeterminación del ciudadano como «idea rectora de todo ordenamiento jurídico democrático» (p. 100), la teoría retributivo-comunicativa de la pena se asienta en una concepción del Derecho penal como praxis colectivamente construida (pp. 153-154). En concreto, se parte de que existe un proto-deber de cooperación en la confirmación dinámica del Derecho, el cual puede cumplirse respetando la norma de comportamiento, o soportando la acción punitiva (en caso de infracción) (pp. 155-156). Es decir, que el deber de cooperar y el deber de soportar la pena se encontrarían en una relación sustitutiva (pp. 162-163).

A partir de aquí, MONTERO se pregunta «si y en qué medida, un determinado comportamiento postdelictivo del autor o de un tercero puede materializar la prestación retributiva y, con ello, afectar la dimensión comunicativa del hecho punible, de modo tal que el deber de soportar la punición decae o se ve reducido» (p. 166). En otras palabras, se trata de identificar alternativas de conductas a las que pueda serle atribuida intersubjetivamente una «capacidad expresivo-comunicativa similar» a la pena retributiva (p. 168). En esta línea, el autor delimita las características que deben reunir esos comportamientos (pp. 168-171), entre las que destaca la necesidad de que se vinculen con el delito previo y puedan «interpretarse como una *toma de posición contraria o revisionista* respecto de la acción delictiva precedente» (p. 170). Concluye la primera parte proponiendo un esquema clasificatorio de potenciales equivalentes funcionales (pp. 170-176).

Tras desarrollar su modelo MONTERO dedica la segunda parte de su obra a «poner a prueba su capacidad de rendimiento» (p. 183), aplicando su esquema al desistimiento de la tentativa (capítulo V), la regularización tributaria (capítulo VI) y la confesión (capítulo VII).

En su análisis del *desistimiento*, distingue entre la tentativa «perfecta» (el agente ha renunciado o perdido el control de un riesgo prohibido) y la tentativa «imperfecta» (todavía conserva el control del riesgo responsablemente creado) (p. 195). Esta última constituye un «injusto precario» (p. 208), pues «quien conserva el control absoluto del riesgo generado no afecta de la misma manera la libertad ajena que quien lo ha perdido»: por ello, su criminalización implica un adelantamiento brusco de la punibilidad (p. 209). De aquí concluye que la norma de comportamiento infringida en la tentativa imperfecta posee una «legitimidad retributivamente precaria» (p. 209), compensada «mediante el reconocimiento de una punibilidad condicionada al no desistimiento» (p. 214). Dicho esto, se sumerge en la naturaleza jurídica y fundamento del desistimiento, al que entiende como «un equivalente funcional de la pena retributiva» (p. 252). La conducta del autor que desiste de una tentativa imperfecta presenta un déficit estructural de credibilidad, por ello sus requisitos deben orientarse a subsanar tal déficit (pp. 264-265), y en tal clave MONTERO interpreta el instituto (pp. 265-271).

En el capítulo VI estudia la *regularización* en materia tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva. Para MONTERO, al igual que en la tentativa imperfecta, existe un déficit de legitimidad retributiva en la norma de comportamiento que castiga la defraudación tributaria. En consecuencia, para que su efectiva punición sea legítima, requiere que se «reconozca al autor la posibilidad de modificar el significado del hecho punible mediante comportamientos posteriores a dicho injusto culpable» (p. 339). La regularización tributaria será idónea intersubjetivamente para materializar la prestación retributiva (confirmación dinámica del

Derecho) (pp. 363-364), en tanto «pueda ser intersubjetivamente interpretada como una (nueva) toma de posición revisionista respecto del quebrantamiento culpable que supone la defraudación tributaria precedente» (p. 365). Así, cuando el autor voluntariamente reconoce y paga, se altera la dimensión comunicativa del hecho punible y el merecimiento de reproche (pp. 365-366). Su naturaleza de equivalente funcional de la pena retributiva condiciona la interpretación de sus requisitos, en especial la voluntariedad en su dimensión cuantitativa y cualitativa (pp. 366-377). En concreto, para excluir los efectos de la regularización, no basta la concurrencia formal de las causas de bloqueo, pues, como «factores coercitivos cuya concurrencia *podría* eliminar el carácter libre del comportamiento» (p. 368), se requiere la influencia material concreta sobre la conducta (p. 369).

Finalmente, el autor analiza la atenuante genérica de *confesión* como equivalente funcional (parcial) de la pena retributiva (capítulo VII). Entiende la confesión como un comportamiento supererogatorio posterior al quebrantamiento de la norma de conducta (pp. 400-401). Afirma que «la confesión voluntaria (e imputable al agente responsable) puede limitar de modo legítimo la facultad punitiva del Estado porque constituye un comportamiento materialmente distinto, pero funcionalmente equivalente al deber de soportar la coacción punitiva» (p. 413). La voluntariedad de la confesión como elemento nuclear (pp. 417-428) impregna cada uno de sus requisitos de procedencia. Así, por ejemplo, el conocimiento de la existencia de un procedimiento dirigido en su contra es un factor coercitivo específicamente previsto por el legislador cuya influencia material sobre el comportamiento postdelictivo elimina el carácter voluntario de la confesión (pp. 419-420). A partir de ahí, analiza el elemento objetivo-procesal (existencia de un procedimiento judicial en su contra) y el subjetivo-intelectual (conocimiento de su existencia), y aborda la problemática en caso de discordancia de ambos elementos (pp. 421-423). La confesión debe expresar un reconocimiento positivo de la norma quebrantada, una toma de posición revisionista. A diferencia de los otros dos institutos abordados, se trata ahora de un equivalente funcional parcial, por ser posterior a un quebrantamiento de una norma de conducta cuya legitimidad «no puede considerarse retributivamente precaria» (p. 431).

Hasta aquí un resumen, necesariamente incompleto, de la obra que se comenta (también MONTERO realiza una síntesis y enumera las conclusiones generales de su investigación, pp. 443-451). En lo que sigue se realiza una breve valoración.

Siempre es bien recibida una obra de esta envergadura que estudia con hondura y con una metodología impecable figuras incluidas en el ámbito de la punibilidad. El autor no solo contribuye a sistematizar aquellos comportamientos que inciden en la punibilidad del injusto culpable, sino que profundiza en instituciones clásicas pero siempre actuales del Derecho penal.

La obra aquí comentada toma conceptos que ya habían sido enunciados (equivalentes funcionales de la pena), y avanza en su tratamiento con maestría. En efecto, desde un sólido desarrollo de la teoría de la pena, y aplicando el método comparativo funcional, construye un modelo que utiliza para identificar potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Entrelaza así una impecable teoría general acerca del concepto y justificación de la pena con un análisis riguroso de figuras con capacidad para desempeñar la prestación retributiva de la pena (confirmación dinámica del derecho). Se centra, sobre todo, en el mensaje intersubjetivo de ciertos comportamientos vinculados al ilícito precedente y en su capacidad para transmitir una actitud revisionista de la conducta delictiva. De este modo, destaca cómo algunos institutos son equivalentes funcionales totales de la pena y otros, solo parciales. Se aparta así del tratamiento

que se venía dando a estas figuras, cuya justificación se refería a conceptos como la necesidad de pena, el principio de subsidiariedad o una justificación meramente utilitarista.

Entre los muchos aspectos novedosos de su obra, cabe destacar su tratamiento de la voluntariedad en su dimensión cuantitativa y cualitativa (pp. 279-291 y 366-372); la propuesta de una solución ante posibles casos de discordancia entre el elemento objetivo y subjetivo de algunas causas de bloqueo (pp. 421-423), el abordaje de asuntos como la denominada regularización tardía (pp. 380-383), y la interpretación de la atenuante de análoga significación (art. 21.7.^a) en relación con la confesión (pp. 436-437). Pero, sobre todo, resulta de gran valor su concepción del desistimiento como instituto interno a la tentativa imperfecta (pp. 192-214), y su interpretación de comportamientos posteriores a la tentativa perfecta como posibles equivalentes funcionales de la pena retributiva (pp. 297-304). Tras afirmar que la tentativa perfecta no admite ser desistida, aclara que ello no significa que los comportamientos posteriores a esta sean irrelevantes. En concreto, tanto las conductas posteriores a la tentativa perfecta y previas a la consumación, como aquellas posteriores a la consumación del tipo de la parte especial, bajo ciertos requisitos, pueden operar como equivalentes funcionales totales o parciales de la pena retributiva.

Otro tema de gran interés es el relativo a aquellos supuestos en que se criminaliza una conducta en un estadio previo a la lesión del bien jurídico (por ejemplo, los delitos mutilados de dos actos). El autor indica que el adelantamiento de la barrera de punibilidad puede compensarse con la asignación de efectos eximentes o atenuantes a comportamientos posteriores con capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible y, además, que el modelo propuesto no está atado a las disposiciones legislativas (pp. 303-305). Tal afirmación puede pasar desapercibida, pues no es objeto de un desarrollo detallado en la obra reseñada; sin embargo, no cabe duda de que invita a seguir profundizando en esta materia.

Aunque el autor se sumerge con profundidad en múltiples cuestiones, hubiera sido interesante que abordara con mayor detalle la posibilidad de expansión de los efectos de los equivalentes funcionales de la pena retributiva a los otros intervinientes en el delito. En efecto, el carácter personal de los efectos del desistimiento y de la confesión parecen ser cuestiones expresamente resueltas por disposición de la ley, pero no ocurre lo mismo con respecto a la regularización tributaria (la falta de consenso acerca de la comunicabilidad de los efectos a otros intervinientes en el delito es común en las figuras que eximen o atenúan la pena). Si bien MONTERO afirma que «dado que el deber de soportar la punición retributiva es estrictamente personal y que todo equivalente funcional al mismo extingue o atenúa el carácter merecido del reproche (mediante una modificación del hecho punible), es estrictamente necesario que la regularización también pueda ser normativamente vinculada al autor del hecho delictivo precedente» (p. 373), me parece que esta problemática merecía un tratamiento más detallado, pues si se ve modificado el significado del hecho, cabe analizar si y en qué circunstancias el comportamiento puede entenderse como equivalente funcional de la pena con respecto a los otros intervinientes.

En definitiva, la obra comentada aporta herramientas de inmensa valía para comenzar a tomarnos en serio la sistematización de los comportamientos posteriores al injusto culpable que llevan aparejada la atenuación o la exención de la pena. Aciertan los prologuistas cuando afirman que el resultado de la investigación de MONTERO es «una gran obra de filosofía del Derecho penal y de dogmática de la teoría del delito», que además ofrece «muchas soluciones aplicativas» (p. 18). Cabe afirmar que se trata de un «extraordinario libro de Derecho penal» (p. 19).

Marta Muñoz de Morales Romero, El delito de manipulación del mercado de valores, editorial Reus, Madrid, 2023, 207 páginas*

Bernardo Feijoo Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid
bernardo.feijoo@uam.es

-

1. La monografía de Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO tiene como objetivo presentar una panorámica de los delitos de manipulación del mercado desde una perspectiva europea, teniendo en cuenta su peculiar infraestructura normativa. Es sin duda una digna sucesora de las pioneras preocupaciones de su maestro y prologuista en la materia, el Prof. NIETO MARTÍN.

La autora deja claro de partida que «aunque se descenderá en el Capítulo IV al ámbito interno analizando la última reforma al CP de 2019 y los problemas de aplicación práctica que presenta la manipulación del mercado en nuestro país, no será la transposición española el eje central de este trabajo. Aquí prima una perspectiva europea». El protagonismo es para la *Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado* (en adelante, DAM).

La monografía trata, pues, de describir un modelo político-criminal europeo con el abuso de mercado como referencia.

El libro consta de cuatro capítulos y es muy de agradecer el generoso uso de figuras y tablas. Se empieza en un nivel de discurso muy alto, haciendo referencia a «El Derecho Global de los mercados financieros», para aterrizar en el Capítulo IV en la protección del mercado de valores por el Derecho penal español, pasando entremedias en el Capítulo II por el mercado de valores ante el Derecho penal europeo (la DAM) y en el Capítulo III por los problemas de legitimidad que plantea el *Law-Making* financiero.

2. El Capítulo I, dedicado a «El Derecho Global de los mercados financieros», expone cómo la regulación europea sobre mercado de valores tiene como presupuesto el trabajo de redes intergubernamentales como el G20 o la OCDE. Señala con razón la autora cómo la protección del mercado de valores debe quedar integrada en una visión más amplia dentro de la triada de lo que en la monografía se describe como “actividad financiera”: Sector bancario, Sector asegurador y Sector bursátil en sentido amplio (mercado de valores, derivados, fondos de inversión, etc.).

Se destaca el protagonismo del *Global law* como un *Soft law* (recomendaciones, estándares de buenas prácticas, etc.) que no emana de los Estados y que resulta básico para entender aspectos relevantes que están conformando de forma indirecta o mediata el aspecto e identidad del

* Esta reseña se incardina en el Proyecto de Generación de Conocimiento PID 2022-141610OB-100 con el título “Hacia una regulación racional de la protección del orden socioeconómico en el Siglo XXI” del que soy IP junto con el Prof. Enrique Peñaranda Ramos.

Derecho Penal económico actual al impulso de la UE. Como señala la monografía, los Estados son «quienes implementan las normas y directrices que emanan de los mencionados organismos internacionales y supranacionales». La *Potestas Puniendi* estatal entra en juego, pues, para garantizar decisiones que se han adoptado en instancias supranacionales.

En este contexto global se aborda el marco regulador de los mercados financieros en la UE y su evolución histórica, llegando hasta la nueva estructura de supervisión financiera (banca, aseguradoras, sociedades cotizadas y emisoras) que tiene su origen en el *Informe Larosière*.

3. Con estos presupuestos, el Capítulo II está dedicado a la protección de los mercados de valores mediante el Derecho Penal europeo. Se destaca acertadamente como la interpretación de la DAM –que tiene su base competencial en el art. 83 TFUE– «no es posible sin el reglamento que actúa como norma espejo, es decir, como norma a la que acudir para entender la norma de conducta del delito de manipulación de mercado». Sin los Reglamentos es imposible captar adecuadamente el sentido de las conductas típicas previstas en la Directiva.

Se destaca como el objetivo tuitivo de la DAM es «la integridad de los mercados financieros», de tal manera que «a una mayor integridad del mercado, mayor será la confianza de los inversores». A partir de aquí se analiza qué es lo que se puede manipular, destacando como la manipulación ya no se circunscribe a instrumentos financieros admitidos o negociados en un centro de negociación cotizado (mercados regulados, sistema multilateral de negociación, sistema organizado de negociación) y llega a pronosticar como los Estados Miembros tendrán que acabar tipificando la manipulación de los criptoactivos.

Una parte importante del análisis pasa a ser el concepto de manipulación de mercado en la DAM de acuerdo con las conductas que se encuentran tipificadas en su art. 5.2, si bien se expone cómo los tipos no son cajones estancos. En este punto se sientan las bases para una interpretación de la transposición llevada a cabo por el ordenamiento español y la búsqueda de soluciones para algunos problemas que son abordados en el Capítulo IV.

La autora va exponiendo la estructura de la DAM a partir de la clásica distinción entre manipulaciones informativas (*information-based manipulations*) que abarcarían la letra c) y las manipulaciones operativas (*trade-based manipulations*) que se corresponden con las letras a) y b) del art. 5.2 y que van referidas tanto a operaciones reales como a la realización de operaciones simuladas o ficticias. Se destaca con razón como es más difícil deslindar –legislativa y judicialmente– como delictivas las manipulaciones a través de transacciones reales.

No deja de lado la autora que existe un tercer tipo de manipulación que queda al margen de las normas comunitarias: la manipulación basada en comportamientos reales al margen de las operaciones en el mercado, que se basa en atacar una sociedad cotizada o emisora. Pero concluye de forma correcta como, en puridad, «este tipo de acciones no son técnicamente manipulación del mercado, ya que el precio de las acciones representa su “valor real” en el mercado», por lo que desde el punto de vista del CP sería aplicable el delito genérico de alteración de precios del art. 284.1.1.º.

Se destaca también como «no está claro por qué no se optó por un único delito (e infracción administrativa) de manipulación del mercado de comisión de medios alternativos prefiriéndose, en cambio, la descripción por separado de varias conductas en atención al medio material

empleado, cuando todas ellas tienen como punto en común la desinformación que tiene el inversor a la hora de tomar su decisión». Es decir, para la determinación del injusto penal resulta básica la idea de desorientación, que podría actuar como elemento aglutinador de diversas modalidades. Como ejemplo de una definición unitaria en este sentido se puede hacer referencia a la LMV chilena en su versión actual tras la Ley 21595 de delitos económicos de 17.08.2023.

La denuncia de esta técnica de tipificación viene motivada porque «no es fácil en ocasiones trazar una línea divisoria clara entre cada una de las modalidades manipulativas» lo cual, añado yo, dificulta la labor de transposición. El solapamiento es todavía más evidente en relación con los indicadores de los Reglamentos sobre los indicadores de manipulación del mercado. La autora señala como la subsunción de conductas en cada una de las categorías de manipulaciones tiene consecuencias prácticas desde el punto de vista del tipo subjetivo o de la atipicidad basada en las prácticas aceptadas de mercado.

En este punto la autora ofrece una solución propia para las conductas que comunican información falsa en el «mundo real» al margen del mercado que se suelen denominar manipulación basada en comportamientos (*action-based manipulations*) porque, explica la autora, «la manipulación se consigue a través de un comportamiento humano que se ejecuta en un contexto externo al mercado». Opina que «este tipo de conductas pueden tener también cobertura en la tipología de manipulaciones operativas» teniendo en cuenta que «la difusión de noticias a través de comunicación no verbal en realidad viene acompañada de operaciones en el mercado». Señala como, en su opinión, la diferencia con los supuestos mencionados anteriormente de los atentados o agresiones contra sociedades cotizadas o emisoras radica en que «el comportamiento que lleva a la alteración de los precios no es “real” sino engañoso». La solución hermenéutica ofrecida es dudosa. En este caso creo que la solución, en la línea propuesta previamente para los casos de atentados o agresiones, es que los comportamientos reales al margen de las operaciones en el mercado no quedan abarcados por las manipulaciones operativas, sino por otros tipos penales como la estafa o la alteración de precios. Y desde el punto de vista del Derecho interno ello explicaría por qué disponemos de un delito de alteración de precios de instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos o índices de referencia empleando «engaño o cualquier otro artificio». En todo caso, el tipo de injusto parece estar más cerca de las manipulaciones informativas (no verbales) mediante “puestas en escena” (por ejemplo, cuando los inversores conocen las acciones engañosas a través de la prensa económica) que de las manipulaciones operativas y en España para eso tenemos el tipo genérico de alteración de precios.

La monografía continúa explicando de forma muy didáctica algunos ejemplos concretos de manipulaciones donde se hace referencia al *flash crash* del 6.05.2010 en EEUU, el caso GameStop o el anuncio en 2018 de Elon Musk de que iba a privatizar Tesla. Estos ejemplos demuestran las dificultades de precisar el ámbito de lo delictivo. De especial interés por lo novedoso de la cuestión es la ampliación de la manipulación a los índices de referencia en relación con el escándalo del LIBOR.

4. El Capítulo III, bajo el título «Problemas de legitimidad del “Law-Making” financiero», se enfrenta a las dificultades que presenta para el Derecho Penal el complejo entramado regulatorio descrito en los capítulos anteriores. Especialmente el encaje del método Lamfalussy (normativa por niveles) con el principio de reserva de ley y el contenido material del principio de legalidad. Se abordan «los inconvenientes de recurrir a una norma de conducta plagada de remisiones

normativas» desde el punto de vista de la indeterminación, las cuestiones relativas a la retroactividad favorable y el error. Se trata de una materia en la que se nota que la autora es una experta y se encuentra muy cómoda, pero creo que es problemático el tratamiento de la Directiva como si fuera una norma de conducta dirigida a los ciudadanos. A pesar de esta advertencia, lo cierto es que estos problemas se acaban trasladando desde la DAM a las normas penales internas, especialmente a través de la cláusula del art. 285 ter. La autora se muestra crítica desde el punto de vista del mandato de taxatividad con la Directiva, demostrando cómo no existe claridad sobre el objeto material de los delitos de abuso de mercado. Por esta razón concluye que, si «el juez penal que deba determinar si se ha manipulado con un instrumento financiero susceptible de manipulación» «tiene que acudir a un elenco normativo variado y nada claro», entonces «tendría que hacer una interpretación del tipo muy restrictiva que será favorable para el imputado», pero no está clara la vía de fundamentación de dicha aplicación restrictiva. Tal afirmación genérica sin detalles es discutible ya que parece que el problema que se plantea, más que con el alcance del tipo, tiene que ver con la imputación subjetiva. Por lo tanto, con una cuestión problemática que, si bien se manifiesta de forma especialmente clara en este ámbito, representa una característica genérica de los delitos económicos en ámbitos intensamente regulados.

La autora aborda también el problema de indeterminación con respecto a las conductas permitidas (prácticas de mercado aceptadas, puertos seguros), lo cual tiene gran relevancia en relación con la tipicidad de ciertas modalidades de manipulaciones operativas. Pero lo cierto es que, de nuevo, se trata de problemas generales que plantea la teoría del riesgo permitido como reverso de la tipicidad y se echa de menos dicha vinculación dogmática con instituciones dogmáticas conocidas.

En cuanto a las remisiones extrapenales y la aplicación del principio de retroactividad favorable, si bien la autora asume que en la UE el principio de retroactividad favorable ostenta rango constitucional, trabaja con una distinción entre cambio de valoración fáctica y cambio en la valoración jurídica que en los propios ejemplos que utiliza no resulta clara en sus contornos. Tampoco adopta una postura concluyente en relación con el tratamiento del error.

5. El Capítulo IV ya se adentra en la protección que el CP español dispensa a los mercados de valores. Se aborda la transposición mediante la LO 1/2019, de 20 de febrero, partiendo de un juicio muy negativo que comparto plenamente: se trata de «una implementación interna con muchos defectos», tantos que «una nueva modificación deviene necesaria».

Las críticas se centran en los siguientes aspectos: a) La tipificación de una conducta *ex novo* consistente en la transmisión de señales falsas o engañosas, que es definida como una «invención del legislador español». Para resolver los problemas que plantea asume mi interpretación restrictiva de convertir el verbo «transmitieren» en un gerundio simple (transmitiendo), de tal manera que la conducta típica de manipulaciones informativas consistiría en difundir noticias o rumores transmitiendo señales falsas y la de manipulaciones operativas en realizar transacciones o dar órdenes de operación transmitiendo señales falsas o engañosas o susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos (en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PE*, 7.^a ed., pp. 428 s.; una interpretación diferente, si bien coincidiendo con mi enfoque y apreciaciones de partida, en DOVAL PAÍS, *EPC*, [40] 2020, p. 144). b) La contemplación en exclusiva del aseguramiento de una posición dominante como conducta de fijación de precios en un nivel anormal o artificial. c) Las circunstancias exigidas para que las prácticas manipulativas sean penalmente relevantes. Se señala con razón como dichos elementos no pueden ser ya entendidos

como condiciones objetivas de punibilidad. Y d) la restricción en la manipulación informativa a la difusión de «datos económicos total o parcialmente falsos sobre personas o empresas».

La monografía resalta algunos aspectos con respecto de la nueva regulación posterior a 2019 como i) la consagración de la integridad de los mercados como bien jurídico protegido, de tal manera que lo relevante a efectos de lesividad es la influencia de la manipulación en la adecuada formación de la cotización de los valores e instrumentos financieros, o ii) la adecuación del objeto material del delito con la introducción de nuevas referencias como los contratos de contado sobre materias primas, sin dejar de señalar las deficiencias de tipificación con respecto a los «índices de referencia». La autora aboga correctamente por la superación de un paradigma patrimonialista de estos delitos.

6. La obra termina con unas conclusiones centradas en la perspectiva europea que orienta el trabajo de las que me gustaría destacar dos:

El nuevo *law-making procedure* instaurado desde la época de Lamfalussy plantea problemas de legitimidad democrática, pero sobre todo de seguridad jurídica teniendo en cuenta que la complejidad del sector obliga a continuas remisiones normativas. Ello es preocupante si, como se acaba poniendo de manifiesto al final del libro, «la reforma de 2019 procedió a un aumento penológico que, aun conforme con la DAM, provoca un tratamiento penal más represivo y quizá también en los límites del principio de proporcionalidad». No estamos ante un Derecho Penal de distinta velocidad al clásico o nuclear caracterizado como más interventor y menos garantista pero menos represivo. La dogmática jurídico-penal tiene un reto para restringir a un ámbito razonable la intervención jurídico-penal.

La autora destaca, además, como desde la crisis económica «la regulación de los mercados financieros (sector bancario, bursátil y seguros) es abrumadora». Coincido en que lo que describe como «actividad financiera» que abarca estos tres sectores se está convirtiendo en uno de los grandes temas del Derecho Penal económico. Sin embargo, una cuestión es la protección que el CP puede dispensar al sistema financiero y otra distinta las conductas de abuso puntuales. La protección de los mercados financieros tiene una dimensión no sólo micro, sino también macro. Los delitos de abuso de mercado (información privilegiada, manipulaciones de precios de cotización) se ocupan de la primera. Sobre la segunda todavía queda mucho trabajo por desarrollar.

7. Esta brillante monografía es de lectura imprescindible para cualquier persona que quiera conocer el estado actual del delito de manipulación de precios de cotización (y otros similares) y muestra la madurez alcanzada en el estudio de este ámbito delictivo. Se echa de menos un mayor aterrizaje práctico de la «perspectiva europea» que orienta el trabajo y que hubiera permitido abordar algunas cuestiones que se van tratando en la monografía como los casos de omisión de información por parte del *insider* (de la propia sociedad emisora o cotizada) o las relaciones entre el delito de manipulaciones informativas y el art. 282 bis CP, así como una mayor profundización en cuestiones que quedan planteadas en el Capítulo IV y con respecto a las cuales el lector se queda con ganas de más.

Silvia Rodríguez López, Trata de seres humanos y corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 448 páginas

Ana Belén Valverde Cano
Universidad Autónoma de Madrid
anab.valverde@uam.es

En la literatura académica hay temas que reciben una atención recurrente y que se examinan y reexaminan desde múltiples perspectivas. La trata de seres humanos es indiscutiblemente uno de esos temas «de moda». Tanto, que me atrevería decir que ahora es casi imposible decir algo original al respecto, al menos, desde una estricta perspectiva jurídico-penal. Comienzo diciendo esto para poner en valor desde el principio una característica de la obra que tengo el honor de recensionar: su originalidad. Y es que, aunque pueda no estar de acuerdo con algunos de sus planteamientos, la monografía de Silvia RODRÍGUEZ LÓPEZ tiene el enorme mérito de evidenciar y delimitar un problema que había pasado desapercibido –la relación entre la trata de personas y la corrupción–, demostrar su importancia práctica y ofrecer soluciones técnico-jurídicas concretas. Esta investigación es además el resultado de su tesis doctoral, defendida en 2020 en la Universidad de A Coruña y dirigida por la profesora Patricia FARALDO CABANA.

El trabajo se estructura en tres grandes bloques: primero, examina los conceptos de trata de personas y corrupción por separado (Capítulo I al III); después, efectúa un exhaustivo estudio de casos para obtener información sobre las principales dinámicas comisivas y los «puntos de encuentro» entre prácticas corruptas y las fases de la trata de personas (Capítulo IV); por último, analiza la respuesta del Derecho penal español y de la jurisprudencia, centrándose especialmente en la aplicación de la agravante de prevalimiento de la condición de funcionario del art. 177 bis 5 CP (Capítulo V).

Tras estudiar cuándo y cómo se origina la preocupación internacional por la corrupción relacionada con la trata (básicamente, esta surge de manera indirecta cuando se relaciona la corrupción con la delincuencia organizada y luego esta última con la trata de personas), RODRÍGUEZ LÓPEZ realiza un esfuerzo notable para desenredar el primer nudo de su trabajo: la delimitación de dos conceptos tan vagos e imprecisos como la «trata de personas» (Capítulo II) y la «corrupción» (Capítulo III). Para ello, primero analiza cómo surgieron –y qué derroteros transitaban– los regímenes jurídicos internacionales contra la trata y contra la corrupción (pp. 27-73), para luego describirlos pormenorizadamente (pp. 75-182, 183-239), haciendo hincapié en sus rasgos esenciales y en cómo se diferencian de figuras semejantes y con las que frecuentemente se confunden, como el tráfico ilícito de migrantes (pp. 168-177).

En relación con la trata de personas, la autora parte del concepto del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (15 de noviembre del 2000), haciéndose cargo también de los distintos matices que aportan otros textos normativos internacionales o nacionales que la han definido con posterioridad, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el propio Código Penal español en su artículo 177 bis. RODRÍGUEZ LÓPEZ

aprovecha la (aparentemente) ordenada y consensuada estructura del delito de trata –acción, medios y finalidad de explotación– para extraer sus elementos esenciales y, de paso, tomar posición sobre algunos aspectos que el concepto internacional deja deliberadamente abiertos, como, por ejemplo, cuál es el umbral de «explotación» que requiere la trata, especialmente si es de carácter sexual, o sobre si se pueden incluir las finalidades de explotación en el propio concepto (y no como resultados que constituyen un delito independiente), haciendo una interpretación amplia de lo que significan los verbos típicos «acoger» o «recibir».

No le resulta difícil descartar esta última posibilidad basándose en el argumento de la literalidad del precepto, que se refiere inequívocamente a un *proceso* que tiene por *finalidad* la explotación de una persona, que no ha de materializarse (p. 90, aunque luego, cuando sostiene que el intercambio o transferencia de control no tiene que implicar un cambio de ubicación de la víctima, emborrona las fronteras entre la trata y el delito de explotación). Reconoce, no obstante, las incongruencias que comporta la separación de los regímenes de la trata y la explotación posterior (el primero mucho más armonizado y castigado que el segundo), que sugiere se deben a las razones que motivaron la creación y el desarrollo del propio régimen contra la trata de seres humanos: básicamente, la erradicación de la prostitución y la lucha contra la migración irregular. No me resisto a citar sus palabras, especialmente certeras, cuando sostiene que «[l]os Estados, en su deseo por reforzar el control de sus fronteras, se han concentrado en el elemento movilizador de la trata y no en la explotación. [...], mientras la policía intenta interceptar la trata en tránsito, la explotación en el lugar de destino continúa sin control» (p. 179). Ante ese estado de cosas sugiere, en una de las aportaciones más interesantes de esta parte, reformular la respuesta penal al problema, estableciendo una distinción clara entre el tráfico de inmigrantes, con independencia de la finalidad que tenga dicho transporte, y el correspondiente delito de explotación, agravando aquellos supuestos en los que previamente se comercie con las personas porque, a su juicio, en esos casos hay un atentado adicional a la dignidad y libertad de las víctimas (pp. 182-183).

En cuanto a la definición de corrupción, la autora emprende la tarea de acotar un concepto que le sirva para discriminar los casos de extralimitación o abuso de la función pública relacionada con la trata que le interesan. Partiendo de tres grandes formas de conceptualizar la corrupción –basadas bien en la función pública, en el mercado o en el interés público–, extrae los elementos característicos que toda figura que se considere «práctica corrupta» debe tener: a) abuso o violación de las reglas del sistema normativo que rige el ejercicio del poder público; b) obtención de un beneficio privado; c) daño al interés público; y d) concurrencia de, al menos, dos intereses contrapuestos. Dentro de las conductas de corrupción incluye el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación y otros delitos como las negociaciones prohibidas, la desobediencia y denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos o la violación de secretos. Excluye por regla general la prevaricación porque falta el elemento del beneficio privado.

Al identificar todos los debates relevantes sobre el concepto de trata y posicionarse al respecto, la autora consigue delimitar con bastante exactitud las fronteras de lo que es –y lo que no– la trata de seres humanos, al menos a efectos de su análisis. Sus esfuerzos rinden menos, a mi juicio, en lo que tiene que ver con el concepto de corrupción. Esta asimetría de precisión puede explicarse por la mayor importancia que tiene el concepto de trata en el trabajo de RODRÍGUEZ LÓPEZ: a la autora le interesan qué tipo de prácticas corruptas inciden en el proceso de la trata de personas y qué respuesta debe dársele, y no al contrario, esto es, no estudia en qué modalidades de corrupción es más frecuente que proliferen actos relacionados con la trata de personas.

También se explica la asimetría por las dimensiones del ámbito a delimitar. Aunque los límites del delito de trata sean algo líquidos (y de ahí la necesidad de posicionarse en los debates), existe un amplio consenso sobre lo que incluyen. No ocurre lo mismo con el concepto de corrupción, cuyas fronteras son directamente vaporosas, y esto acaba lastrando algo esta parte del trabajo, ya que uno termina no muy convencido de las razones de la exclusión de algunas prácticas, como la prevaricación, o de la inclusión de otras, como el chantaje. Me explico.

Al seleccionar la obtención de un beneficio privado como elemento consustancial a la corrupción, la autora excluye la prevaricación de lo que son «prácticas corruptas», salvo que sea instrumental a otro delito que sí precise un beneficio (pp. 233-234). No obstante, más adelante, se refiere como práctica corrupta al acto que realiza un funcionario público con ocasión de un chantaje por parte de los tratantes, por ejemplo, porque le amenazan con difundir grabaciones envilecedoras (pp. 278, 297, 301). ¿Evitar un mal, es decir, no ser perjudicado, equivale a ser beneficiado? ¿Y por qué excluir la prevaricación (dolosa) si no se puede identificar claramente un beneficio, cuando se dan el resto de elementos? Si un policía deja de perseguir un delito de trata, aunque sabe que está teniendo lugar, porque las víctimas pertenecen a una etnia que desprecia –una razón indudablemente espuria, pero que no le reporta ninguna clase de beneficio–, ¿debe no clasificarse como corrupción? Mi impresión, salvo que haya una razón que yo no he acabado de entender, es que, al dotar de un carácter esencial a un elemento tan problemático (y también vaporoso) como el beneficio, que excluye expresamente en la trata de personas (p. 102), RODRÍGUEZ LÓPEZ acaba construyendo un concepto de corrupción *infrainclusivo*.

En el segundo bloque (Capítulo IV), la autora emprende una doble tarea cuya utilidad se percibe con posterioridad. Primero responde a la pregunta de si la corrupción y la trata están relacionadas a nivel macro (como factor causal, elemento imprescindible o mero facilitador de la comisión o impunidad del delito), revisando sistemáticamente aportaciones de carácter cuantitativo y cualitativo sobre las correlaciones entre ambos fenómenos. Acaba concluyendo, frente a la tesis de que la corrupción es un importante factor causal, que en realidad se trata de un elemento contingente que, en cualquier caso, si tiene incidencia sobre la trata, es de carácter *indirecto*: «la corrupción es la causante de una serie de circunstancias socioeconómicas, políticas y medioambientales que empujan a los individuos a migrar en condiciones de vulnerabilidad que favorecen la trata» (p. 254).

Más adelante, la autora examina y clasifica una ingente cantidad de datos sobre trata de personas –que proceden de informes globales o bases de datos como la de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito– donde la corrupción juega algún tipo de papel. De todas estas fuentes obtiene información como el tipo de funcionarios públicos involucrados en casos de trata, las causas y consecuencias, o el nivel de incidencia de estas conductas en cada una de las fases del delito de trata. A grandes rasgos, concluye que la corrupción está presente en las distintas fases de la trata, que esto influye en el tipo de funcionario implicado (si es en fase de transporte, por ejemplo, cobran un papel preeminente los agentes que guardan las fronteras o la policía), y que las conductas omisivas, como evitar realizar inspecciones, o compartir información privilegiada, son los *modus operandi* más frecuentes.

Mis reservas con esta parte son principalmente de carácter metodológico. Al problema de la escasez de datos se une la falta de calidad de estos: y es que, como la propia autora reconoce, hay una enorme diversidad de criterios de codificación y es muy sencillo que en los datos se hayan introducido inexactitudes imposibles de detectar y eliminar (p. 263). Otro problema

metodológico, por el que tampoco se puede censurar a la autora, es que, al enfocarse únicamente en el proceso de trata y no en la explotación, se excluyen del análisis dinámicas que hubieran aportado información de gran utilidad, puesto que no es descabellado pensar que sea en la fase de explotación donde los funcionarios públicos participen en mayor medida mediante conductas omisivas (y no únicamente en el *proceso* que conduce a la explotación). En cualquier caso, uno acaba viendo la utilidad al análisis empírico conforme avanza la monografía, especialmente en la última parte, ya que la reflexión previa sobre qué prácticas corruptas tienen más repercusión ofrece un anclaje que le sirve a la autora para incidir después en las soluciones a los problemas más probables, por ejemplo, de carácter procesal (pp. 119, 373 y ss., 382 y ss.).

Por último, en el bloque jurídico-penal (Capítulo V) Silvia RODRÍGUEZ LÓPEZ examina principalmente el ámbito de aplicación de la agravante del art. 177 bis 5 CP «a quienes realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad», y efectúa lo que posiblemente son las aportaciones más interesantes de su trabajo.

La autora analiza los fundamentos y elementos de la agravación, como el concepto penal de «funcionario público» o el espacio del «prevalimiento». Esto último lo delimita positiva y negativamente: así, para que podamos hablar de prevalimiento deben concurrir simultáneamente tres elementos: uno de carácter objetivo (tener la condición de funcionario), otro de carácter material (aprovecharse de esa condición para realizar la acción más fácilmente) y uno subjetivo (tener el propósito de subordinar la condición de funcionario al objetivo delictivo). Pero también debe no alcanzarse el umbral del «abuso de función», que significa que se usen *incorrectamente* las competencias que se tienen atribuidas. Para que se vea más fácilmente su construcción, pone el siguiente ejemplo: «Si la falsedad se realiza dentro de la actividad funcional y las tareas que le han sido encomendadas al funcionario, existirá un delito de falsedad de documental cometido por funcionario público (art. 390 CP) (abuso). Sin embargo, si el funcionario público se aprovecha de las ventajas de su cargo para expedir un documento que no corresponde a la competencia funcional propia y normal del funcionario, se aplicará un delito de falsedad en documento público cometido por particulares (art. 392 CP), con la concurrencia de la agravante genérica de prevalimiento (art. 22.7 CP)» (pp. 343-344). Esta delimitación le sirve para ofrecer una regla general de aplicación de la agravante: si el funcionario se ha aprovechado de las ventajas de su cargo o ha vulnerado algún deber inherente a este para facilitar la comisión de un delito –es decir, si ha abusado de su función–, y esto constituye un delito autónomo, no podrá aplicarse la agravación en el delito de trata. Solo si hay un aprovechamiento de la posición que no esté tipificado como delito puede aplicarse la agravante de prevalimiento.

La autora finaliza con unas recomendaciones específicas relacionadas con la persecución, detección y protección de los delitos de trata; y unas generales, de índole político-criminal, críticas con la preeminencia del aspecto sexual y de política migratoria en la lucha contra la trata, así como un enfoque excesivamente centrado en el delito y no en las víctimas. Como colofón, sugiere cautela a la hora de adoptar una posición sobre el papel de la corrupción en la trata, ya que, concluye (con unas palabras especialmente iluminadoras), un énfasis excesivo en la corrupción únicamente ahondaría aún más en el proceso de securitización: «si la causa del delito es otro delito, entonces estará justificada una mayor represión penal. Si la causa del delito es otro delito, entonces no será necesario abordar otras causas, ni atajar los múltiples factores estructurales que causan la trata» (p. 408).

RODRÍGUEZ LÓPEZ plantea y ejecuta de manera brillante esta última parte del trabajo, iluminando y dando sentido a todo lo anterior. Esto no obsta que discrepe de algunos puntos, como la distinción que efectúa entre abuso de función y prevalimiento y las consecuencias que le asigna; y que me surjan dudas sobre la utilidad de esta distinción para resolver el problema principal, que es la aplicación o no de la agravante de prevalimiento del art. 177 bis 5 CP.

Y es que creo que hay un problema lógico cuando se delimita el abuso de función como elemento negativo del prevalimiento (pp. 343 ss. y 384). Si esto es así, si uno no engloba en cierta medida el otro, ¿por qué cuando hay abusos de función *atípicos* se plantea el recurso al prevalimiento (p. 353 ss.)? Si realmente uno fuese un elemento *negativo* de delimitación del otro, uno de ellos no podría «revivir», ni siquiera como cláusula residual, cuando el abuso de competencias fuese atípico. Esta discusión recuerda al célebre debate mantenido entre autores de la talla de GIMBERNAT ORDEIG y PEÑARANDA RAMOS sobre si el homicidio y sus otras formas, como el asesinato o el parricidio, eran especies del mismo delito o condiciones negativas (si se daba uno, no podía darse el otro). Uno de los argumentos más convincentes que ofrecía PEÑARANDA RAMOS era precisamente la capacidad de «volver a la vida» de ciertos preceptos, por ejemplo, para el castigo de los partícipes, que no hubiera podido existir si realmente fueran condiciones negativas.

Aunque esto pueda parecer simplemente una disputa terminológica sin trascendencia práctica, creo que esa delimitación debería afectar a la respuesta que la autora ofrece en los supuestos en los que, además del delito de trata, hay algún abuso competencial tipificado como delito (por ejemplo, una revelación de secretos): si realmente fueran condiciones negativas, nada impediría que se aplicaran a un mismo supuesto. Cuando RODRÍGUEZ LÓPEZ reconoce que esto vulneraría el *bis in idem* (p. 361), en realidad, afirma que uno está comprendido en el otro (al compartir fundamento, al menos parcialmente).

Dicho esto, lo que me genera más dudas es si el enorme esfuerzo de la autora en realizar esta distinción está justificado. ¿Es tan relevante diferenciar si está actuando o no en ejercicio de sus funciones para saber si abusa de ellas? ¿Si un funcionario acepta una dádiva en atención a su cargo está abusando de su función? ¿Acaso esto importa para excluir la agravación del castigo por el prevalimiento si se ha castigado ya por el delito especial? El trabajo se centra en la delimitación «por arriba», es decir, respecto de los actos que constituyen propiamente un delito (que serían, en su construcción, abusos competenciales), dejando el ámbito del prevalimiento para aquellos supuestos en los que hay un abuso, pero este no constituye un delito independiente. No obstante, me parece mucho más problemática la delimitación «por debajo», es decir, de lo que serían actos directamente atípicos: ¿sería suficiente con que la persona supiera que su presencia es apta para intimidar a unas mujeres tratadas en un prostíbulo para decir que se está prevaleciendo? ¿Hay prevalimiento si un policía «amenaza» con deportar a una persona que se encuentra ilegalmente en España (mal, en principio, justificado y, por tanto, no constitutivo de una amenaza propiamente dicha), a sabiendas de que es víctima de trata?

En definitiva, como indicaba al inicio, la obra de RODRÍGUEZ LÓPEZ es un sugerente y monumental trabajo que destaca un aspecto de la trata de seres humanos verdaderamente poco estudiado. La autora identifica un problema, lo disecciona y ofrece soluciones fundamentadas. Uno puede estar más o menos de acuerdo con sus conclusiones, pero el hecho de que surjan discrepancias no hace más que evidenciar otras características del trabajo –que me atrevería a extender a su autora–, como lo son la valentía y la claridad, ya que solo se piensa bien contra algo si ese algo tiene una

forma definida. Estos motivos me permiten augurarle a la autora un futuro brillante en la Academia española que ya es, al menos en parte, presente.

Réplica a la Recensión de Rolando Márquez Cisneros a La prisión provisional como ultima ratio, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas (InDret 4.2023)

Ramon Ragués i Vallès
Universidad Pompeu Fabra
ramon.ragues@upf.edu

La recensión de Rolando MÁRQUEZ CISNEROS a mi libro *La prisión provisional como ultima ratio* (Marcial Pons, 2023) contiene numerosos puntos de coincidencia, pero también de discrepancia, con las ideas y propuestas que formulo a lo largo de los cinco capítulos de la obra. Sin perjuicio de agradecer al autor todas sus valoraciones positivas, esta breve respuesta se centrará –como cabe esperar de una réplica– solo en aquellos temas en los que se advierte desacuerdo con la recensión o se considera necesario introducir algún matiz. Son fundamentalmente los diez puntos que siguen:

1. *La prisión provisional* está escrito desde la convicción de que reducir muy sensiblemente el empleo de esta medida cautelar, hasta su práctica desaparición, es un reto que está al alcance de las actuales generaciones, por lo menos en los países europeos. MÁRQUEZ CISNEROS no es tan optimista y considera que el populismo punitivo imperante convierte dicho reto en una auténtica quimera. Su pronóstico pesimista tiene, desde luego, muchas probabilidades de acertar: al fin y al cabo, que un determinado objetivo de política criminal esté al alcance de los poderes públicos no presupone su voluntad de lograrlo. En el caso de la prisión provisional las tentaciones para renunciar al objetivo son fuertes y numerosas: un empleo generoso de esta medida permite aparentar ante los ciudadanos una mayor efectividad del Derecho penal y, en lo que atañe a los jueces, recurrir a ella elimina los riesgos asociados a mantener al sujeto encausado en libertad, como su huida o reincidencia, con el consiguiente desprestigio para aquel magistrado que yerra en su pronóstico.

Que lamentablemente el legislador y los tribunales opten por la salida menos arriesgada para ellos no obsta a que desde la academia traten de sentarse las bases teóricas para mostrar cómo una sensible reducción de la prisión preventiva es posible y muy conveniente, dadas las serias dudas de legitimidad que plantea esta figura y la existencia de medidas alternativas. Del mismo modo que en su momento logró pasarse de un uso generalizado de esta medida a un empleo más moderado, hoy parecen darse las condiciones para una reducción mucho más sensible, si existe, desde luego, voluntad política y judicial para ello. En este último ámbito desempeñan un papel clave los más altos tribunales nacionales e internacionales en materia de protección de derechos y libertades, pues en su mano está fijar unos niveles de exigencia muy superiores a los actuales en el cumplimiento del grado de proporcionalidad que esta figura debe respetar. Pero también desde la doctrina es necesario ir creando el clima para que este cambio sea posible, algo que apenas ha sucedido hasta la fecha, pues la mayoría de trabajos publicados en los últimos años sobre la materia no han sido –con escasas excepciones– todo lo críticos que podían –y seguramente debían– haber sido con el uso demasiado frecuente de esta medida.

2. Una de las propuestas contenidas en el libro es dotar de mucha mayor transparencia al uso de la prisión preventiva dando *mayor publicidad* a las resoluciones que la adoptan y publicando asimismo *datos concretos* de los órganos judiciales que la acuerdan allá donde no se cuenta con ellos, como es el caso de España. Por supuesto, que un órgano judicial ponga mucho más a menudo en prisión preventiva a sus encausados no significa que automáticamente esté incurriendo en un abuso de la medida cautelar –como se apunta en la recensión– pues ello puede estar relacionado con la naturaleza de los asuntos de los que dicho juzgado se ocupa. Sin embargo, el mero hecho de conocer tales datos puede servir para que se enciendan algunas alarmas y permitirá fiscalizar exactamente por qué motivo ese órgano judicial en particular está utilizando mucho más la prisión preventiva que otros similares. La sola circunstancia de que el juez afectado sea consciente del riesgo de abuso ya puede ser útil, pues el problema a día de hoy es que la falta de datos hace que los jueces que más recurren a esta medida probablemente no sean del todo conscientes de ello.

3. El libro trata de poner en primer plano una idea que hasta la fecha ha pasado prácticamente desapercibida en los textos publicados al respecto y que parece resultar tabú para los tribunales que se han pronunciado sobre la materia: *la prisión preventiva perjudica el derecho de defensa*. Cabe presuponer que la mayoría de autores y magistrados no considera que dicho perjuicio sea lo bastante grave como para rechazar por completo la presente medida cautelar y considerarla inconstitucional. Pero lo que no puede hacerse es negar la existencia de dicho daño y no ponderarlo en el correspondiente juicio de proporcionalidad. Tal perjuicio se traduce en las dificultades del preso para acceder a las fuentes de información, buscar pruebas de descargo o, como señala la recensión, entrevistarse con el abogado, no tanto porque la normativa penitenciaria lo impida –cosa que, desde luego, no sucede en España– sino porque la distancia geográfica entre el centro penitenciario y el despacho del letrado o las dificultades para tener acceso a internet son evidentes limitaciones para preparar la defensa que no se presentan cuando el cliente se encuentra en libertad. Ello por no aludir a la circunstancia –también abordada en el libro– de que, cuando un sujeto ha pasado cierto tiempo en prisión preventiva, a menudo tiene claros incentivos para declararse culpable y renunciar a defenderse en juicio si no quiere exponerse a penas más graves.

4. MÁRQUEZ CISNEROS manifiesta cierta perplejidad respecto de la contradicción –expuesta en el texto– de que al investigado al que se supone la intención de *destruir pruebas* se lo pueda poner inmediatamente en prisión y que, en cambio, cuando la misma conducta la realiza –de modo efectivo– un sujeto no investigado se le impute un delito no especialmente grave como el encubrimiento. A este dispar tratamiento le subyace la idea de que el investigado tiene un deber de no sabotear el procedimiento que tiene mayor rango respecto del que pueda tener cualquier tercero, algo que parece convencer al autor de la recensión, pero que resulta ciertamente llamativo si se tiene en cuenta que en el caso de la persona encausada concurren, más bien, razones de inexigibilidad que podrán invitar a ser más condescendientes con ella cuando altera material probatorio. Poniendo de manifiesto esta paradoja simplemente pretende cuestionarse en el libro algo que parece darse por sentado por los tribunales y una parte importante de la academia, a saber, que quien presenta riesgo de alterar el material probatorio que le incrimina merece de modo cuasiautomático ser puesto en prisión provisional. A la vez quiere mostrarse la necesidad de restringir sensiblemente, también en estos supuestos, el recurso judicial a esta medida.

5. En lo que respecta a la prisión preventiva por *riesgo de reincidencia*, la adscripción del investigado a una supuesta *organización criminal* es una de las razones que con frecuencia permiten en la praxis –por lo menos española– acordar la prisión preventiva. Ello seguramente explica que la criminalidad organizada tan a menudo aparezca citada en los atestados policiales y querellas o denuncias de la Fiscalía: ambos operadores son conscientes de que la mera aparición de dicho término ayuda a abrir las puertas del encarcelamiento preventivo. Sin embargo, dejando de lado las insalvables dudas de legitimidad que casi siempre plantea la prisión preventiva por riesgo de reiteración, lo que de manera incuestionable cabe exigir en el presente caso a los jueces es que, cuando menos, limiten la prisión preventiva por concurrencia de una organización criminal a aquellos supuestos en los que realmente estén presentes (indiciariamente) los exigentes requisitos y los riesgos cualificados que legitiman el tratamiento más severo de estas estructuras y no cada vez que más de dos sujetos se conciertan para cometer un delito o son miembros de una familia o empresa.

6. En el caso del *riesgo de huida*, en la recensión se manifiesta una cierta sorpresa por el hecho de que, en el juicio de proporcionalidad, se considere necesario atender a la reversibilidad de dicho riesgo en caso de materializarse en una fuga efectiva. Sin embargo, dicha distinción parece inevitable a la hora de valorar los daños que pretenden impedirse con la prisión preventiva del investigado: tales riesgos son claramente superiores cuando es altamente improbable que el encausado pueda ser finalmente detenido si huye, de ahí que se proponga renunciar (prácticamente) a esta medida cautelar cuando el riesgo de huida sea a países con los que existe una colaboración judicial ágil y efectiva, como sucede actualmente en la Unión Europea y, en sentido opuesto, se permita ser algo más cautelosos cuando la eventual fuga pueda darse a un lugar desde donde no podrá lograrse la extradición. En este último supuesto no pretende sostenerse que la prisión provisional sea *per se* legítima y pueda aplicarse de manera automática, sino que las precauciones pueden ser mayores, aunque nada obsta a aplicar preferentemente otras medidas de control que no comporten la pérdida de libertad, como exige el principio de proporcionalidad.

7. La recensión pone el dedo en la llaga cuando señala que la legitimidad o no de acordar en un supuesto concreto la prisión preventiva no puede depender de que existan o no *recursos materiales disponibles* al alcance del juez, por ejemplo, para el control telemático del sujeto en casos de alejamientos. Este es, sin duda, uno de los puntos donde cabe esperar mayor valentía por parte de los jueces y los más altos tribunales: si tales medidas ya existen y simplemente no están disponibles por razones presupuestarias, los jueces tienen medios a su alcance para hacer notar al ejecutivo que tales medidas son necesarias en lugar de aplicar acriticamente la prisión preventiva. En España, por ejemplo, una medida efectiva podría ser elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad cada vez que el juez instructor considerarse que procedería acordar una medida menos restrictiva –un alejamiento o arresto domiciliario con control telemático, por ejemplo– y no puede aplicarla por falta de concreción legal o de unos recursos que están perfectamente al alcance de las autoridades españolas y que, de hecho, ya se vienen aplicando en ciertas fases de ejecución penitenciaria. Si es posible aplicar tales medidas cuando ya ha decaído la presunción de inocencia, ¿cómo no recurrir a ellas en el caso de los todavía inocentes?

8. La *regla flexible de abono* que otorga mayor peso a los días pasados en prisión provisional que al tiempo de condena efectiva parece suscitar algunas dudas en la recensión y se pone como ejemplo en tal sentido «el caso del sujeto preso en una investigación por delito de secuestro

seguido de muerte y en el que se logra recopilar abundante material probatorio de cargo con el que luego es condenado». Ciertamente puede chocar que en los casos de delitos muy graves y con pruebas muy abundantes de culpabilidad el sujeto se beneficie de una regla de abono que dé mayor valor al tiempo de prisión preventiva. Sin embargo, con este factor compensatorio –que puede ser en muchos casos casi simbólico– a favor de los días de prisión provisional pretende reconocerse –en aquellos supuestos en los que el investigado no ha provocado la medida con su comportamiento procesal– que se ha encarcelado a un sujeto inocente y se le han causado perjuicios en aras del buen funcionamiento de la Justicia. Si los hechos son muy graves su repercusión en la pena final será pequeña, pero puede contribuir a expresar una cierta mala conciencia en el uso de la medida. Por otra parte, si tan claras son las pruebas de culpabilidad del sujeto lo que cabe esperar del sistema penal de justicia es un enjuiciamiento rápido de los hechos en vez de tener al sujeto mucho tiempo –como por desgracia sucede en la práctica– esperando ser juzgado.

9. Ciertamente adolece de una cierta imprecisión la propuesta de que la prisión preventiva se reserve para los *delitos más graves* y cuando los llamados «riesgos procesales» se presenten en un grado extremo. Ello se explica por la voluntad de no ceñir el interés de la obra a un concreto ordenamiento jurídico, además de la inevitable vaguedad inherente a casi todos los términos jurídicos. Por supuesto nada obstaría –como parece apuntarse en la recensión– a que en cada sistema el legislador fijara una pena mínima –muy superior, desde luego a la que suele pedirse actualmente en la mayoría de legislaciones– y especificara situaciones excepcionales (algunas de las cuales ya se apuntan en el texto, como la violencia o la grave afectación a la seguridad ciudadana) en las que pudiera acordarse la medida sin alcanzar dicho umbral mínimo cuando concurriera algunos de sus fines legitimadores.

10. Por último, tiene mucha razón MÁRQUEZ CISNEROS cuando señala que «si a esta medida cautelar, hoy por hoy, le queda mucho por recorrer para que se haga realidad su condición de último recurso, ello obedece, en esencia, a problemas de aplicación de preceptos y no tanto a vacíos legales». Como ya se ha dicho, solo con una interpretación judicial mucho más ajustada al principio de proporcionalidad podría reducirse ya sensiblemente el uso de esta medida. Pero también contribuirían a ello ciertas decisiones del legislativo (por ejemplo: aumentar el umbral mínimo de pena previsible o regular un abanico más amplio de medidas alternativas y considerarlas preferentes) o el ejecutivo (poniendo a disposición de los jueces los recursos materiales necesarios para aplicar los controles menos intrusivos). Solo con la implicación de todos los poderes públicos –y, por supuesto, también de la doctrina– será posible alcanzar en los próximos años el objetivo –asequible, conviene insistir en ello– de reducir la prisión preventiva a la condición de auténtico último recurso del sistema penal de justicia. Un objetivo que celebro compartir con el autor de la recensión.

Réplica a la Recensión de Íñigo Ortiz de Urbina a El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas (InDret 3.2023)

Fernando Miró Llinares
Universidad Miguel Hernández
f.miro@crimina.es

I. La recensión, como género académico, suele responder a un doble objetivo. Por un lado, el más relacionado con el vínculo entre el autor de la recensión y la obra, realizar una valoración crítica de ella, analizar sus argumentos y aportes y, en muchos casos, proceder a su discusión con contribuciones nuevas que los contradigan o refuercen. Junto a esto, la recensión también es una forma de presentar la obra y de animar, o no, a que otros la lean. Aquí, el recensionador, humilde, no se sitúa en el centro de la ecuación, sino que cede el protagonismo al potencial lector y, al introducirle en el contenido de la obra con precisión, le inquiera a leerla o a desistir de hacerlo. Una buena recensión, conforme a esto, sería aquella que presenta al público la obra logrando reproducir fidedignamente sus temáticas y argumentos para que pueda sentirse invitado o no a leerla y a hacerse su propio juicio y que, además, dialoga con ella y entra en el debate de sus aspectos sustanciales.

¿Y cuáles son los objetivos de una réplica a una recensión? Es este un género menos prolífico y, siendo mi primera vez, he reflexionado sobre su sentido. Diría, generalizando, que puede entenderse necesario responder para deshacer equívocos a los que pueda haber inducido la descripción inadecuada o deficiente de la obra, o para entrar en la discusión sobre sus argumentos centrales. Así, la réplica puede buscar el diálogo donde lo haya, o mantener al lector potencial allí donde la recensión desanime a leer la obra.

La recensión de Íñigo ORTIZ DE URBINA de *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)* lleva a cabo dos valoraciones críticas sobre la fundamentación de la obra. Estas parten de una creencia (también podría denominarse «prejuicio»), admitida por el autor, sobre el sentido (sinsentido para ORTIZ DE URBINA) de mirar el cambio en nuestra disciplina desde los ojos de la filosofía de la ciencia, y que ve confirmado tras leer el libro. Dice el recensionador que este «supone un indiscutible aporte a la siempre necesaria reflexión acerca de la evolución de nuestra disciplina»; pero también que tal podría haberse logrado apelando sólo a su carácter de técnica y sin acudir a la filosofía de la ciencia. Ese es su comentario acerca de los aportes del libro. Con él y una especie de *nego maiorem*, el recensionador prácticamente omite cualquier valoración crítica y descripción de mi modelo explicativo de cambio de la dogmática penal y acerca de cuándo y cómo podríamos decir si hay o no progreso. Y, más allá de la decepción de que no sean debatidas las propuestas que defiendo, lo que me preocupa es que el lector potencial, tras leer la recensión, no sepa ni sobre qué va ni cuáles son los aportes del libro, y que desista de su lectura pensando en una supuesta debilidad de su fundamentación. De ahí mi réplica: puesto que las observaciones críticas principales se refieren a mi interpretación de las obras de KUHN y LAUDAN, a partir de la

consideración de que no he afinado en el entendimiento de estos autores, explicaré por qué ello no es así y cuál es el uso que hago de estas bases de cara al propósito de comprender el cambio en la dogmática penal. Al fin y al cabo, para los potenciales lectores del libro puede ser irrelevante saber quién de los dos profesores de Derecho penal debe ponerse la medalla de entender adecuadamente a KUHN, pero en absoluto podrá considerarse superfluo saber si el libro está o no bien fundamentado. Mi respuesta, pues, se centra en replicar por qué las bases de las que parto son sólidas y, por tanto, por qué mis modelos explicativos de cambio y progreso ni son fruto de la casualidad ni merecen ser obviados.

II. En el libro parto de la obra de KUHN (del de la 1.^a edición y posteriores, del de la postdata y del KUHN analizado por autores de filosofía de la ciencia). Lo hago, por varias razones: la primera, porque es el autor del que se debe partir inevitablemente si se quiere hacer desde la filosofía de la ciencia algún tipo de aporte sobre la idea de cambio científico; la segunda, porque es desde donde otros autores han intentado describir el cambio/progreso en la ciencia penal al modo de revoluciones científicas. ORTIZ DE URBINA afirma, respecto a mi entendimiento de KUHN, que de entre las posibles acepciones del concepto de paradigma yo doy cuenta sólo de la primera de ellas. Puesto que esto en sí no es cierto (véanse pp. 87 y 88 y n. 88), creo que lo que debe querer decir el recensionador es que mi descripción de la obra de KUHN en el punto 1.II, se centra en la idea de paradigma que se relaciona con el concepto de revolución científica. Y sí, así es, ¡puesto que esa es la acepción principal de paradigma que se corresponde con la idea de KUHN de las revoluciones científicas y que es citada en nuestro ámbito! Más allá de que no haya reparado el recensionador en que expresamente cito luego la otra acepción de paradigma, utilizo primero el concepto de revolución científica (y por tanto el de cambio de paradigma), y desgano y explícito y desarrollo la idea kuhniiana y Feyerabendiana de inconmensurabilidad después, para afirmar que la ciencia penal no ha cambiado así. Podría haberme planteado, según el recensionador, si a partir de un entendimiento, digamos débil, de paradigma, en el sentido de «valores compartidos», «compromisos y ejemplos compartidos por el grupo», ha habido diversos paradigmas en la dogmática penal. Así parece creerlo el recensionador, aunque tampoco queda del todo claro. Pero no lo hago puesto que, a mi parecer, y estoy convencido de que KUHN también lo entendería así, ninguno de esos cambios podría ser entendido como un «cambio de paradigma» que diera lugar a una revolución científica, que es lo que me estoy planteando. La crítica, por tanto, no sólo no es justa, sino que refleja como un espejo que es el recensionador quien no afina con KUHN si cree posible ligar la idea de revolución científica a una concepción más débil de paradigma o a otras formas de cambio científico dentro de lo que el filósofo entiende que son los periodos de ciencia normal. Cuestión distinta es si, como señala ORTIZ DE URBINA, KUHN nunca sostuvo que la ciencia evolucionara sólo por medio de revoluciones científicas. Efectivamente, de una frase concreta en la que señalo que «quizás KUHN no tuviera razón y que el desarrollo científico se produzca por medio de otro tipo de dinámicas» podría entenderse eso, y puesto que no es exactamente así aprovecho para precisarlo. Para KUHN hay desarrollo en la ciencia en los periodos de ciencia normal (y lo digo en el libro), aunque él no consideró que eso producía un progreso científico como tal, ni se desdijo nunca de que éste se producía básicamente por medio de cambios «revolucionarios», pese a que intentó adaptar y debilitar su idea de paradigma. Es eso lo que –no yo, sino los filósofos de la ciencia– le han criticado, y lo que ha hecho que se hayan buscado otros modelos de cambio científico no tan centrados en «revoluciones científicas». Lo importante, en todo caso, es si el paso de un entendimiento dogmático sistemático del delito a otro se puede considerar un cambio revolucionario o no; y dado su concepto de inconmensurabilidad, creo que no es así.

III. No certeras, pero sí interesantes por lo que muestran, me parecen las observaciones de ORTIZ DE URBINA respecto al uso, fundamental, que hago en mi obra de los aportes de LAUDAN sobre el progreso científico. Es cierto que estas parten de algunas incoherencias que no puedo obviar: como la de que en la descripción de su «prejuicio» inicial el recensionador señale que la filosofía de la ciencia apenas deja espacio para otras disciplinas académicas como la nuestra pero, después, al leer a LAUDAN, reconozca que la obra de este filósofo de la ciencia puede ser útil y de interés al estar pensada para incluir disciplinas no empíricas y también no científicas. Podría entenderse que aquél «apenas» evita la incoherencia. No logra evitarla después, a mi parecer, cuando afirma que es contradictorio que yo siga a LAUDAN, y que luego me separe para adaptarlo a la dogmática, tras haber reconocido antes la necesidad de adaptar el aparato teórico de la filosofía de la ciencia a nuestra disciplina. Pero lo que me parece de mayor interés es su argumentación de que en las «adaptaciones» de la teoría de LAUDAN a la dogmática, que ahora sí considera necesarias, faltan dos ideas: «la de que la evaluación de la ciencia ha de hacerse en el nivel de la tradición de investigación» y la de que el objeto de la teoría de LAUDAN es el «progreso cognitivo». Con esto podría, por un lado, estar mostrando, por fin, un primer desacuerdo sobre cuestiones que, aunque sea de puntillas, entran en el fondo y, por otro, estaría mostrando un potencial déficit del libro: que la explicación de la idea de progreso en la ciencia penal que sostengo no sea tan clara como yo pensaba. Le agradezco, pues, los comentarios a la vez que procedo a rebatirlos.

Empiezo por el desacuerdo. Dice ORTIZ DE URBINA que sería posible considerar tradición de investigación (que, conforme a mi entender, sólo puede decirse de la dogmática jurídico penal en global), a cada uno de los planteamientos concretos que ha habido dentro de la dogmática penal, el causalismo, el finalismo, o el funcionalismo. Que el recensionador considere que estos modelos, y supongo que muchos otros, puedan ser considerados tradiciones de investigación, me hace pensar que quizás sostenga que ha habido varios paradigmas «débiles» en la dogmática penal. Pero lo que, sin duda, pone de manifiesto es cierta incomprensión del alcance de la idea de tradición de investigación en LAUDAN y lo que pretende explicar con ella. El filósofo recientemente fallecido define inicialmente tradición de investigación como un conjunto de «sés y noes ontológicos y metodológicos»; y, si nos quedamos solamente en eso, comprendo que se pueda creer posible entender que el finalismo y el funcionalismo son tradiciones de investigación diferenciadas. Pero, para LAUDAN, las tradiciones de investigación generalmente son algo más amplio, que suele darse en un periodo prolongado, que comparte objetos y problemas y que contiene múltiples teorías contradictorias entre sí y que pueden cambiar constantemente en cuanto a entendimiento ontológico y metodológico hasta, incluso, incluir nuevos problemas de investigación. Que se obvие esto quizás se deba a que no se haya tenido en cuenta la obra de LAUDAN *Science and Values*, donde el autor desarrolla un modelo de estructura reticular en el que las tradiciones de investigación van cambiando habitualmente hasta producir cambios muy relevantes en las creencias e incluso objetos de estudio de la comunidad científica. Si bien es cierto que la idea Laudaniana de que en una misma tradición de investigación pueden coincidir varias teorías mutuamente inconsistentes, tal y como ocurre en la dogmática penal, ya está presente en *Progress and its Problems*.

Tiene razón ORTIZ DE URBINA al afirmar que elegir «una u otra visión de las tradiciones de investigación como unidad de análisis puede modificar el juicio sobre si la tradición de investigación progresa o no». Lo que me parece sorprendente es que diga que guardo silencio al respecto y que, al mismo tiempo, critique implícitamente la postura que adopto al decir que podría haber otra. Soy más que claro en el libro con mi posición, y lo seré aquí también: no es

posible considerar cada modelo de dogmática sistemática del delito como una «tradición de investigación» por sí misma, al menos «à la LAUDAN». Esos sistemas del delito son, en realidad, teorías dentro de una tradición de investigación que está en ese movimiento de ciencia continuo que explica LAUDAN, no tradiciones por sí mismas.

El otro comentario del recensionador tiene que ver con la supuesta omisión de que el objeto de la teoría de LAUDAN es el progreso, pero el progreso «cognitivo», el relacionado con las aspiraciones intelectuales de la ciencia. No hay tal omisión. Ciertamente no hago referencia expresa al texto entrecomillado de LAUDAN que él cita en el que trata del objeto, pero en pp. 138 y 139 hablo del progreso cognitivo y en toda la explicación que hago del sentido del progreso en LAUDAN tal entendimiento está implícito. Lo que es interesante, a mi parecer, es si esa idea del progreso en sentido cognitivo de LAUDAN se opone a la idea de progreso de la dogmática que sostengo en el libro. Creo que no es así y agradezco el comentario de ORTIZ DE URBINA para ponerlo de manifiesto de nuevo. El progreso de la dogmática lo es en sentido cognitivo. El progreso de la dogmática no se da por el logro de otras finalidades sociales no relacionadas directamente con el conocimiento y con su aplicación. Se produce un progreso científico en la dogmática penal cuando (y sólo sí), por medio de la mejora de nuestras teorías y sistemas logramos resolver los problemas de investigación. Es esa «mejora del conocimiento» la que lleva al progreso social que sí se le puede exigir a la dogmática penal. No creo que a la dogmática penal se le pueda demandar otro progreso o mejora de la sociedad. Desde mi visión realista, la dogmática penal, como técnica, progresa si consigue mejorar su propio entendimiento y crear un sistema con la capacidad potencial de hacer que el Derecho penal se aplique de forma adecuada y conforme al principio de igualdad logrando, además, resolver el problema de la mejora de la Ley penal (aunque reconozco que falta mucho por desarrollar aquí). Por eso también creo, como LAUDAN, que la dogmática debería ser una actividad de solución de problemas de «anodina trivialidad», y creo que entendimientos científicos de esta la distraen.

IV. Son muchas las cosas que se podrán discutir de *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)*: si la dogmática penal cambia conforme al modelo que propongo, si el progreso se debe valorar en términos de resolución de problemas, y cuáles son estos, etc. Algunas las anticipa CANCIO MELIÀ en su prólogo; la cuestión de cómo se relaciona la idea de progreso con lo axiológico es sólo apuntada por ORTIZ DE URBINA, pero me parece de interés. De momento, las valoraciones se centran más en el enfoque (también PAREDES, aunque con otros argumentos a los que no puedo responder aquí) y menos en las propuestas. Quizás porque el mío no es el libro que otros hubieran escrito sobre la cuestión.

En un momento de su recensión, ORTIZ DE URBINA me achaca «poco atrevimiento a la hora de analizar ejemplos concretos de posible buen hacer en el Derecho penal del último siglo y medio». Bueno, ese no es mi libro, quizás sea el de otro en un futuro, aunque ya hay muchos que comparan teorías y valoran cuál es mejor conforme a criterios «cientistas». En el mío, lo que defiendo es que el cambio en la dogmática sistemática penal se produce en un ir y venir de teorías en torno a una serie de vectores que describo. También que el progreso de la dogmática debería entenderse como algo distinto, como algo más; que no puede afirmarse por un mero paso de una teoría a otra que «solucione» la ubicación del dolo o que sitúe aquí o allá la imprudencia, sino tras la valoración de que tales cambios teóricos han llevado a una mejora del conocimiento que se concrete en una aplicación más equitativa de la ley penal por parte de los jueces. Esa es la «enjundia», si es que la tiene, de mi propuesta, aunque de momento sólo haya logrado valoraciones generales sobre sus bases y no una discusión de lo que propongo. Y yo no creo que

ello sea porque haya faltado atrevimiento para entrar en los temas de fondo. Lo que usualmente falta es tiempo, y en los libros, reseñas y réplicas suele faltar espacio. De tener ambas cosas yo las hubiera usado para desarrollar más profundamente cómo cambió la dogmática penal en torno a los vectores al pasar de una teoría a otra, o para evaluar conforme a mi modelo qué teorías han supuesto un progreso y cuáles no. Creo haber puesto, en todo caso, algunas bases para poderlo hacer en el futuro en diálogo con mi comunidad.