

***Recensiones:***

Recensión a Carmen Rocío FERNÁNDEZ DÍAZ, *Ser reincidente. Efectos jurídico-penales de la recaída en el delito*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, 210 páginas, por Javier FERNÁNDEZ-ÁLAVA

Recensión a Alejandro H. FERRO, *El delito culposo de omisión. A propósito de su confusión con el tipo comisivo en la dogmática penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, 286 páginas, por Tatiana Catalina VARGAS PINTO

Recensión a Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 245 páginas, por Manuel CANCIO MELIÁ

-

***Carmen Rocío Fernández Díaz, Ser reincidente. Efectos jurídico-penales de la recaída en el delito, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, 210 páginas***

Javier Fernández-Álava  
Universidad de Navarra  
jfernandez-6@alumni.unav.es

En esta su segunda monografía, Carmen Rocío FERNÁNDEZ DÍAZ, profesora de la Universidad de Málaga, describe de manera profunda y muy bien documentada la circunstancia de la agravante de reincidencia. Recoge y sintetiza de modo ilustrativo el debate doctrinal en torno a esta polémica figura que, en los últimos años, ha traído consigo reformas tanto en la parte general como en la parte especial de nuestro Código Penal.

El primer capítulo traza un recorrido respecto a las diferentes posturas doctrinales en torno a la agravante de reincidencia. Algunas perspectivas, como la de MIR PUIG, consideran que la reincidencia da lugar a un mayor injusto, pues con su conducta el sujeto –aun habiendo sido condenado antes– desprecia reiteradamente la norma. Otro sector de la doctrina sitúa el fundamento de la agravación en la culpabilidad: se ha de exigir al sujeto una mayor obediencia al Derecho, porque con la condena previa debería haber desarrollado una mayor capacidad de autodeterminación. Hay también quienes consideran que el fundamento de la agravante se encuentra en razones de prevención especial; otros, en razones de prevención general positiva; y otros, en la idea de la retribución, con fines claramente tranquilizadores hacia la sociedad. En el mismo capítulo también se aborda el análisis de la STC 150/1991, de 4 de julio, que salvó la agravante de reincidencia frente a las cuestiones de constitucionalidad elevadas por el Juzgado de Instrucción de Daroca. En las cuestiones planteadas fueron invocados diversos principios que el juez consideraba se veían afectados con esta agravante, a lo que el Tribunal respondió que no se daba tal vulneración. Así, entendió que el principio de culpabilidad no se ve vulnerado; no es expresión tampoco de un denostado Derecho penal de autor; ni tampoco se ven vulnerados los fines de la pena y el principio de proporcionalidad de las sanciones, pues la resocialización no es un derecho subjetivo del penado, sino un mandato constitucional dirigido al legislador (p. 46); tampoco se ven afectados el principio de seguridad jurídica ni el derecho a la igualdad ante la ley. Y ante la cuestión del juez *a quo* de que la agravante podía llevar a penas inhumanas y degradantes, la sentencia aclaró que eso depende de la «ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, no de la pena en sí ni de su interposición» (p. 50); por último, también se resolvió del mismo modo la posible problemática en torno al derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad y de prohibición del *bis in idem*. El Tribunal, en definitiva, salva la constitucionalidad de la circunstancia agravante.

En el capítulo segundo se acomete el estudio de la reincidencia prevista en la parte general del Código Penal. Al igual que en el anterior, la citada STC 150/1991 opera aquí como hilo conductor. Se pone de manifiesto ahora el profundo e intenso debate doctrinal en torno a esta previsión penal, donde la autora –alineada en su opinión con la de ZUGALDÍA ESPINAR– expresa: «el

automatismo que supone la imposición de la agravante en nuestro código penal choca frontalmente [...] con la falta de claridad que todavía pende sobre su fundamento» (p. 59). Se estudian los requisitos que la ley exige para poder aplicar la agravante: se exige, en primer lugar, la determinación concreta del momento en que se produjo el delito, y si se tratan de delitos continuados, permanentes o habituales, entonces –según la autora– convendría seguir el criterio de la consumación. Además de este requisito, se precisa que exista una condena ejecutoria por un delito. Especulando en torno a esto, un sector de la doctrina liderado por MIR PUIG –con el que se alinea la autora– estima que no solo es necesaria la condena ejecutoria, sino también «haber cumplido con la condena impuesta» (p. 65). De este modo, la aplicación de esta agravante, que no convence a la autora, se reduce significativamente. Además, también en este capítulo se aborda el estudio del criterio formal de aplicación de la agravante, que hace referencia a la necesidad de que *el delito esté comprendido en el mismo Título, siempre que sea de la misma naturaleza* (art. 22. 8.º CP). La autora critica que el legislador vaya incorporando cada vez más distintos tipos penales bajo un mismo título, lo que hace «farragosa» su advertencia y aplicación. En atención a esta dificultad, se proponen dos criterios para guiar al juez: atender al bien jurídico protegido y a la gravedad de la conducta (p. 76). Antes de explicar los aspectos procesales de la circunstancia de agravante, la autora se plantea y resuelve la cuestión de si cabe apreciar la agravante de reincidencia en los delitos imprudentes; después de mostrar la opinión de GOYENA HUERTA, concluye: «puede defenderse, en mi opinión, una exclusión de la aplicación de la circunstancia agravante en el caso de delitos imprudentes» (p. 90).

Una vez estudiados los criterios formales, se aborda el análisis de los criterios procesales, que exigen no tener en cuenta a la hora de la aplicación de la reincidencia *los antecedentes cancelados o que debieran serlo*. La realidad es que –con la reforma de 2015– se ampliaron los plazos de cancelación de antecedentes, lo que provoca una mayor aplicación de la agravante. La autora propone mirar al Derecho comparado y «plantearnos si no sería más adecuado considerar, *de lege ferenda*, el tiempo transcurrido desde el anterior delito para valorar la necesidad de aplicar la circunstancia» (p. 102). Se recoge un elenco de los datos que deben figurar para que la cancelación de antecedentes sea efectiva (p. 107). Al final, se muestran las consecuencias penológicas de la aplicación de la agravante genérica.

En este extenso capítulo se estudia también si puede apreciarse la agravante de reincidencia tras la comisión de un nuevo delito leve. Con la reforma de 2015 quedó claro que no era posible aplicar la agravante cuando los antecedentes penales fueran delitos leves. La autora, junto con un importante sector de la doctrina, opina que esta cuestión no está tan zanjada como el legislador dio a entender en el año 2015, y se remite a la parte especial para comprender por qué. Se muestra también muy crítica con la figura de la reincidencia europea e internacional, considerando que esta última tiene fines «intimidatorios» (p. 125). Por último, realiza el estudio de la agravante cualificada de reincidencia, para la que se exigen tres condenas por delitos dolosos comprendidos en el mismo título. La letra de la ley no hace referencia a condenas de otros estados miembros que puedan tenerse en cuenta, lo cual parece, a juicio de la autora, un olvido del legislador. La imposición de la cualificada ha de estar debidamente justificada. Si se aprecia, la pena asciende a la superior en grado. Esto último ha sido duramente criticado por la doctrina, pues se considera –en opinión de la autora y otros muchos, como RODRÍGUEZ MOURULLO– que posiblemente se vulneren «los principios de proporcionalidad y culpabilidad» (p. 146).

En el tercer y último capítulo se estudian las previsiones de la agravante en la parte especial. Se estudia, así, su concurrencia en el delito de pornografía infantil; más en concreto, la letra h) del

art. 189.2 que reza: «cuando concurra la agravante de reincidencia». Plantea FERNÁNDEZ DÍAZ tres posibilidades respecto a esta última mención: que se remita a la parte especial, cosa que no parece plausible; que se pretenda castigar doblemente la reincidencia, cuestión que parece menos plausible aún, por vulneración del *ne bis in idem*; o la más probable, que «el legislador haya querido castigar de forma especialmente grave supuestos que, de no preverse esta circunstancia, habrían quedado sujetos a la imposición de la agravante genérica del 22.8 CP» (p. 152). En virtud de un mandato de la UE y la correspondiente obediencia «excesiva» (p. 154) del legislador –duramente criticado esto último por la doctrina–, se puede apreciar la agravante cualificada cuando haya una sentencia anterior (y no tres). En tal caso, la aplicación de esta agravante específica puede conducir a la pena de prisión de hasta nueve años de prisión, lo cual hace que esta hiperagravación sea, en palabras de la autora, «más que discutible» (p. 156). También se plantea su relevancia en los delitos patrimoniales; en particular, la reciente previsión en el delito de hurto. Toda la problemática gira en torno a las reformas del art. 234.2 y su eventual coordinación con lo previsto en el 235.1. También se discute sobre si la frontera de los 400 €, que distingue entre los delitos leves y los menos graves o graves, es realmente necesaria, pues cabe dudar de la apreciación de la reincidencia en el caso de que concurran varios delitos leves cuyo montante total supera esa cifra; ciertamente se da diversidad de pareceres en la doctrina, reacia a la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia. También se profundiza y discute en torno a la eventualidad de un concurso de delitos en el que se vean involucrados ambos tipos. La autora considera, además, criticable la hiperagravación del art. 235.1 por vulnerar el principio de legalidad, pues los jueces y tribunales, ante un delito leve, *aplicarán las penas a su prudente arbitrio*; y advierte una contradicción por el hecho de que la hiperagravación tenga lugar con la comisión de un delito leve. Por último, aborda su relevancia en el delito de estafa, para criticar la gran diferencia que existe entre sus penas (1 a 6 años de prisión) y las del hurto (en el art. 235.1, 1 a 3 años de prisión), además de una multa entre los seis y los doce meses en el caso del delito de estafa: se trata de «un salto penológico mucho más cualificado» (p. 190) que podría vulnerar el principio de proporcionalidad.

La autora realiza, sin duda, una muy lograda labor de síntesis, dada la dificultad de resumir un debate doctrinal tan vivo y de tal importancia. En el fondo de la monografía late una cuestión antropológica incuestionable: la de si realmente la reincidencia como agravante puede tener efectos resocializadores en el delincuente. Y no resulta fácil de responder, como lo demuestra el hecho de que, ya a finales de los ochenta y principios de los noventa, se suscitaban dudas sobre su constitucionalidad, y que se resolvieron en la ya citada STC 150/1991.

La autora recoge el testigo de dicha sentencia, y emplea su doctrina para afrontar el análisis de la previsión en el Código de 1995, y su reforma de 2015, así como también las más recientes proposiciones de ley debatidas en torno a este mismo tema en el Congreso de los Diputados. Sintetiza y extrae de ellas lo principal y necesario para que el lector perciba rápidamente el *quid* de la cuestión. Se agradece este esfuerzo de la autora. Otro punto destacable es que la autora entra en profundidad tanto en la parte general como en la parte especial. Su análisis sobre los problemas de esta última resulta de sumo interés no sólo para la dogmática, sino también para la práctica jurídica de los delitos mencionados, en donde se ha de lidiar con problemas concretos y vivos. Si bien es cierto que la obra es de perfil claramente académico, en sus explicaciones se establecen pautas e interpretaciones que pueden ayudar a jueces y magistrados a advertir –y en su caso, aplicar con ponderación– la agravante genérica o cualificada de reincidencia. Si bien la comprensión, en concreto, de la problemática en torno al delito de hurto puede resultar ardua, la autora ofrece unas tablas de gran utilidad como guía práctica (pp. 176-178). Es también

positivo que la autora acuda al Derecho comparado (italiano y portugués, entre otros) para proponer soluciones plausibles que funcionan en otros sistemas de nuestro entorno cultural.

En línea con lo señalado por MIR PUIG y otros autores de reconocido prestigio, la autora se sitúa en una posición bastante crítica hacia la agravante. Junto con otros autores, comparte la visión de que considerar la agravante como esta pone de relieve un fallo de base en el Derecho penal. Lo que la reincidencia demuestra, más bien, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, es una «disminución de la culpabilidad por debilidad de la voluntad». Como alternativa a esta agravante se proponen otras soluciones, como «programas formativos y de reeducación y reinserción, además de penas alternativas como los trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente» (p. 195). No obstante, la propuesta quedaría más reforzada, si cabe, si la autora aportase bibliografía sobre posibles resultados positivos que confirmen que dichas medidas reducen la reincidencia en el delito y por tanto tienen claros efectos preventivos.

De manera precisa y clara FERNÁNDEZ DÍAZ lleva al lector al núcleo del problema que plantea la figura de la reincidencia y lo amplía con opiniones bien contrastadas y fundamentadas, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia más reciente. Por todo esto, sirve a los fines de avivar el debate y a situarlo en la perspectiva de las últimas novedades legislativas y políticas. Con clara intención, el título de la monografía («*Ser* reincidente») parece resaltar el «ser», como para indicar su evidente entidad. Pero también cabe entender, sin traicionar la idea de la monografista, que es preciso distinguir lo esencial de lo accidental, que ninguna persona *es un* reincidente, sino que se trata de una característica circunstancial.

**InDret**

3.2025

***Alejandro H. Ferro, El delito culposo de omisión. A propósito de su confusión con el tipo comisivo en la dogmática penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, 286 páginas***

Tatiana Catalina Vargas Pinto  
Universidad de Los Andes (Chile)  
tatianavp@uandes.cl

-

Alejandro H. FERRO, con una destacable trayectoria como juez penal y fruto de estudios de postgrado, aborda en esta obra uno de los problemas más complejos y debatidos en la dogmática jurídico-penal: la relación entre los delitos de omisión y los delitos culposos. El autor, si bien aprovecha su experiencia en el sistema de justicia penal argentino, presenta un estudio profundo que recoge los principales aportes de la doctrina penal continental. El texto, de extensión más bien breve y enfoque práctico, se presenta como una valiosa contribución al debate.

El libro se inicia con un detallado prólogo y estudio preliminar de Ignacio RODRÍGUEZ VARELA, quien introduce al lector en la reflexión del autor y en el examen profundo del obrar humano como antecedente indispensable para imputar una conducta y establecer responsabilidad. RODRÍGUEZ VARELA comparte advertencias relevantes sobre distintas visiones que repercuten en los juicios de atribución, como la de juristas idealistas que rechazan las capacidades del hombre para conocer la realidad. Las consideraciones del prologuista serán clave para apreciar la tesis central de FERRO, basada en la distinción fundamental entre comportamiento humano y juicios de valoración y atribución.

La obra no reduce la persona humana ni el presupuesto conductual a constructos normativos. Su reconocimiento como realidad integral es especialmente relevante al meditar las dos modalidades de comportamiento estudiadas, que entrelazan aspectos objetivos y subjetivos: la omisión y la imprudencia. Desde el título, FERRO desvela dos confusiones importantes que su trabajo se propone resolver. La primera, que aparece explícita, se refiere a la relación entre la omisión y el tipo comisivo. A lo largo del texto, se demuestra que, si bien las estructuras omisivas integran elementos positivos, las comisivas también contemplan elementos negativos, revelando el carácter dual del comportamiento humano incluso en esta apreciación puramente objetiva o externa.

La segunda confusión, implícita en el título, se halla en la equivalencia indebida entre delitos de omisión y delitos culposos. Esta equiparación suele provenir de una comprensión superficial de la infracción normativa que define ambas categorías, radicada en el mero incumplimiento de la norma. La infracción de un deber de cuidado propio de los tipos imprudentes lleva a ver una configuración en términos de omisión, que desatiende la clase de norma que se incumple en cada caso: deber positivo o mandato en el delito de omisión y el deber de cuidado en el delito culposo. FERRO enfatiza que el usual silencio dogmático ante esta confusión amerita una distinción rigurosa, que el autor emprende a lo largo de su obra. Así, en el capítulo introductorio, rescata la presencia de la omisión en todo comportamiento imprudente, pero reitera la distinción con el

tipo comisivo, con la advertencia de que los delitos de omisión incluyen igualmente elementos positivos. Ambas confusiones se delimitan y analizan a lo largo de la monografía.

La concurrencia de aspectos positivos y negativos se da en un plano objetivo, en el comportamiento frente a su valoración comisiva u omisiva. Por otro lado, la identificación de los tipos omisivos con los imprudentes se produce en un plano normativo, y encierra una confusión mayor entre aspectos objetivos y subjetivos. Alejandro FERRO anota específicamente esta yuxtaposición de niveles al final de su propuesta de solución en el Capítulo VI (p. 123).

El libro, estructurado en nueve capítulos, tiene dos grandes méritos. El primero es su carácter práctico. Es un texto que devela la experiencia judicial del autor, con análisis de casos complejos y pautas de solución. El segundo reside en su insistencia en que el comportamiento humano es una realidad integral que se valora, pero que no se identifica con los juicios de apreciación y atribución. En este punto, FERRO avanza en criterios de identificación del sustrato de imputación y previene confusiones entre objeto, juicio y método de valoración.

FERRO aborda la base conductual del enjuiciamiento en los capítulos II y III cuando define la conducta omisiva y asume la tesis normativa. Algunos podrían observar en su asunción normativa una extensión generalizada de esta comprensión de la omisión, como supuestos de omisión impropia para todos los delitos de resultado material, la definición normativa de la omisión a partir del incumplimiento de deberes positivos cobra pleno sentido ante la comprensión dual del comportamiento como objeto de atribución típica, con independencia de su estructura subjetiva. Si bien el sustrato fáctico no es en sí mismo relevante penalmente, el autor precisa que la necesaria determinación normativa no elimina la existencia de procesos humanos anteriores al tipo penal (p. 82). El tipo se construye con datos de la realidad. Esta frase concisa encierra importantes apreciaciones de fondo, filosóficas y normativas.

El capítulo IV se dedica al tipo omisivo, y adelanta el examen subjetivo doloso y culposo (p. 96). Al revisar la estructura imprudente, FERRO distingue de manera coherente la infracción del cuidado debido del incumplimiento del mandato que define la omisión. En el capítulo siguiente, el autor se detiene brevemente en la atribución propia del tipo activo culposo (pp. 100-105), para desarrollar la tesis central en el capítulo VI. Aquí, reitera que el comportamiento es el sustrato fáctico que luego se interpreta normativamente y se adscribe a un determinado tipo penal que define las exigencias que se han de corroborar (p. 107). Ubica adecuadamente la confusión de la dogmática en el problema normativo, pero lo conecta, solo en un entre paréntesis, con la superposición previa referida a la conducta enjuiciada.

FERRO declara que frente a ese «problema normativo que se plantea por confusión de herramientas dogmáticas (cuyo epicentro radica en interpretaciones puramente físicas o mecánicas del obrar dimorfo de la persona), se propone entonces aquí una solución del mismo carácter (la búsqueda de sus diferencias en el vínculo objetivo normativo entre conducta y resultado), en cuanto juicio de imputación» (p. 110). Más allá del reconocimiento de la base fáctica, es clave la advertencia sobre el obrar humano, que no ha de jugar con las mismas pautas que otras realidades puramente naturales o físicas. La declaración pierde protagonismo no solo por formulación secundaria, sino también porque FERRO mantiene igualmente las apreciaciones mecánicas que critica para este sustrato conductual.

La crítica principal a la tesis de FERRO reside en su anclaje mecanicista al abordar la causalidad en la omisión. El autor sostiene que la existencia de una relación causal real y natural determinaría únicamente la verificación de un tipo comisivo; mientras que la presencia de un peligro previo, muy próximo al resultado, no neutralizado por quien es garante de su evitación, lleva al reproche de una figura de omisión (pp. 110, 111, 119). Se expone el problema causal y su extensión, que termina penalizando comportamientos ajenos al interés jurídico penal, o alcanzados por el *versari in re illicita* –bajo su comprensión objetiva tradicional, que supone imputar todo resultado conectado con una acción ilícita original, aunque sea fortuito–. Sin embargo, el análisis no se abre a otra idea de causa, idónea para la conducta humana.

El autor ofrece un criterio concreto para distinguir entre modalidades omisivas y comisivas, que más adelante aplica a diversos supuestos complejos. En este examen destaca el importante filtro que añade la causalidad, aunque la usual concepción causal que recoge no soluciona realmente problemas como los planteados, sobre todo, si conserva además consideraciones hipotéticas por la supresión mental de antecedentes, como se afirma hacia el final de la obra (p. 159). La consideración no logra solucionar eficazmente problemas como los de desviación de cursos causales o concausas. La crítica aquí no se dirige solo al carácter hipotético del método, sino a su limitada utilidad para excluir la atribución de resultados ajenos a la decisión voluntaria del agente.

La dificultad para excluir afectaciones ajenas a la conducta del agente se presenta incluso si se añaden restricciones normativas, como en supuestos de concurso de riesgos jurídicamente relevantes. Si, por ejemplo, el conductor de un vehículo rebasa los límites de velocidad permitidos y da muerte a un peatón que cruza por un paso no habilitado, podemos observar que no solo existe causalidad entre la conducción y el resultado de muerte. Esa conducción crea un riesgo prohibido, fuera de lo permitido, que puede llevar a fundar la imputación de la muerte del peatón sobre la base de entender que ese fallecimiento está cubierto por la norma que el conductor infringió, a pesar de que la víctima también haya incumplido una norma. Ambas conductas crean un riesgo prohibido, y el resultado podría atribuirse a la conducción del agente o a la propia víctima según la extensión que se asigne al ámbito de protección de la norma incumplida, si cubre o no la muerte del peatón. El texto no se detiene en este problema, pero sí parece privilegiar el análisis en este plano objetivo.

En la propuesta de Alejandro FERRO, la falta de causalidad natural explicaría la exclusión de un delito de omisión, que se imputaría en caso de un peligro precedente no evitado por el garante. La relación que realiza con el peligro preexistente puede comprenderse frente a la delimitación de posiciones de garante. Sin embargo, una conducta omisiva puede crear un peligro que antes no existía, por ejemplo, en caso de injerencia o incumplimiento de una función de protección que origina una situación de peligro, como la de los padres que no alimentan a sus hijos dependientes. El examen de un peligro relevante, que se ha de conjurar por la persona que es garante de su evitación, no tiene que ver con la causalidad fáctica, aunque ella no sea concebida solo con criterios físicos. Tal determinación del garante responde a un análisis normativo posterior a la selección de la conducta.

Si bien la obra de FERRO no dedica un capítulo específico al tipo omisivo culposo, el problema de delimitación de esta estructura típica se presenta a lo largo de la obra, sobre todo en el capítulo VI destacado. En este apartado, el autor aclara que su objetivo es la interacción entre acción y omisión en los delitos imprudentes (p. 122). Aprovecha además para separar el deber de cuidado

del deber de garante, como PAWLIK, con distintas reglas de imputación (p. 123). Esta diversidad de reglas ayuda a aclarar la confusión entre omisión e imprudencia, sin impedir su concurrencia simultánea. A continuación, siguen dos capítulos que abordan cuestiones anexas al delito de omisión, que en ocasiones consideran también la estructura culposa.

El capítulo VII se dedica al problema constitucional que, con más o menos intensidad, normalmente se presenta en las figuras omisivas de distintas jurisdicciones. FERRO destaca la importancia de la discusión sobre la admisión de modalidades de comisión por omisión (p. 125). Sin perjuicio de su entidad normativa, las respuestas son generalmente conocidas, y se vinculan con referencias constitucionales a la conducta o comportamiento humano, que no se restringe a la acción. Este examen se enfrenta a las diversas estructuras típicas, que excluyen la omisión solo ante formas comisivas expresas. Cierta confusión puede generar la crítica que el autor hace a la solución de quienes rechazan la constitucionalidad de las omisiones impropias, específicamente en el homicidio, y optan por un delito de abandono con resultado de muerte. En este sentido, argumenta que el aspecto subjetivo debe guiar la respuesta: si hay voluntad de matar, se debe preferir el homicidio en comisión por omisión (p. 130). No se trata de resolver problemas objetivos desde consideraciones subjetivas, sino de analizar las atribuciones según cada estructura típica, como luego se precisa en el texto.

La distinción entre acción y omisión no se da en un plano subjetivo, y FERRO se preocupa por separar el examen objetivo del subjetivo. La consideración de aquella guía subjetiva en la adscripción típica ha de enmarcarse dentro de las delimitaciones que hace el autor. De hecho, en este punto retoma la crítica sobre la confusión entre delitos de omisión y delitos imprudentes en relación con quienes defienden la constitucionalidad de la omisión impropia en su forma culposa, por entender que siempre hay una omisión en la negligencia o en el incumplimiento de reglamentos (p. 131). FERRO reitera que esta superposición no es válida. El reclamo subjetivo que realiza para la preferencia del delito de abandono con muerte simplemente supone advertir que la estructura típica de este delito es diferente de la del homicidio.

A lo largo del texto, hay un hilo conductor que une los distintos apartados, incluso aquellos que parecen independientes. Antes de las reflexiones finales en el capítulo IX, se incluye un excursus que aborda otras dificultades que enfrentan los delitos de omisión, como la autoría mediata o la sanción de la tentativa (pp. 135-157). Subrayo la coherencia del autor, que aplica su tesis también en esta sección. Cabe mencionar especialmente su consideración respecto de la tentativa en la omisión. Después de precisar los problemas para aceptar la tentativa en ese ámbito, por el principio de ejecución, resuelve la determinación de este comienzo con base en el peligro preexistente y la realización de una conducta distinta de la debida, que lleva consigo su no evitación (p. 155).

Previo a este excursus, el autor aplica su propuesta a situaciones complejas, como la concurrencia simultánea de tipos activos y omisivos, y la interrupción de cursos salvadores (pp. 112-120). Destaca la visión práctica de FERRO al verificar su tesis para la concurrencia simultánea de tipos activos y omisivos. Se declara partidario de la tesis mayoritaria, que da preferencia a la imputación de un tipo comisivo, pero no por los argumentos que en general se esgrimen. Precisa que la prevalencia de esta figura no se funda en la mayor gravedad o energía que se asigna a la acción sobre la omisión. En su lugar, sostiene que la preferencia de esta figura se basa en permitir, «en términos de causalidad natural, un mayor reflejo objetivo en un grado que, en su comparación con el tipo omisivo, siempre resultará más próximo a la certeza» (p. 113). En esta

propuesta es determinante el criterio probatorio, que daría más garantía al imputado frente al *in dubio pro reo*.

En síntesis, esta monografía procura brindar claridad en un contexto delictivo complejo, con un marcado enfoque práctico que se confirma en tres anexos: 1) análisis crítico de casos, que se han resuelto en distintos sentidos; 2) jurisprudencia seleccionada; y 3) modelos de escritos. Además de la delimitación de confusiones, es crucial la distinción de planos fáctico/normativo y, sobre todo, objetivo/subjetivo, que se potencia desde el comportamiento dual del hombre, con elementos positivos y negativos, como sustrato que luego se valora. La identificación de los delitos de omisión con los culposos que se produce en el ámbito normativo, por el incumplimiento de normas, no se salva solo con la delimitación de la clase de norma que se vulnera. La infracción que integra todo delito no permite distinguir estructuras típicas sin una base compleja de valoración, con elementos objetivos y subjetivos. Se vislumbra en el trabajo de Alejandro FERRO una crítica hacia la comprensión mecanicista de la conducta humana, que se debilita en su tesis sobre omisión con la exclusión de un vínculo causal, determinado solo físicamente (pp. 71, 73, 77, 91, 107, 108, 113, 119 y 159).

Falta dar un paso más a partir de la distinción del comportamiento frente a la revisión de antecedentes fácticos, sin la común extrapolación de conceptos naturalísticos, no del todo idóneos para el actuar del hombre. El hecho de dejar voluntariamente que los cursos causales sigan hasta alcanzar un resultado es también un antecedente, solo que diferente del agregar positivamente una condición, y FERRO avanza en esta dirección. Este camino se percibe en el destacado prólogo y estudio preliminar de Ignacio RODRÍGUEZ, en el que rescata no solo el acto humano, sino también distintas nociones de causalidad, como base de juicio para resaltar la principal superposición que recorre el libro: la confusión entre la realidad a conocer y el acto de conocer.

***Jon-Mirena Landa Gorostiza, Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 245 páginas***

Manuel Cancio Meliá  
Universidad Autónoma de Madrid  
manuel.cancio@uam.es

-

En el estudio que aquí se presenta, LANDA GOROSTIZA lleva a cabo un análisis de amplio espectro, tan amplio que aborda muchos más aspectos de los que menciona el extenso subtítulo. Partiendo de la cuestión de la evolución del Derecho penal antiterrorista español en los últimos años, sometida a análisis de modo paralelo a la evolución de las políticas de apoyo a las víctimas de ETA, el libro aborda un análisis comparativo de la gestión de la memoria de la violencia política del siglo XX en España (y en otros países europeos), así como de las conexiones (e interferencias e intentos de abuso) del Derecho penal internacional y de los derechos humanos con el Derecho penal estatal, además de las aproximaciones legislativas en la Comunidad Autónoma Vasca y en Navarra a las víctimas tanto de la actividad violenta de la organización terrorista ETA como de la represión ilegítima por parte del Estado español, directamente o a través de estructuras parapoliciales, antes y después del cambio de régimen producido en 1977. Desde el punto de vista de la división en disciplinas académicas, aparecen elementos propios del Derecho penal, del Derecho penal internacional, de la victimología, del Derecho estatal e internacional público de los derechos humanos, todo ello, bajo el trasfondo de la Historia, europea y española, desde mediados del siglo XX.

El texto de LANDA GOROSTIZA está precedido por un prólogo de SALVIOLI, profesor de derechos humanos y Relator Especial de Naciones Unidas, que refleja los contenidos estudiados desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos. Continúa el libro con el prólogo del autor, en el que pone en contexto la monografía con su biografía científica de los últimos años, especialmente, en lo que esta se halla vinculada al conflicto vasco desde el siglo XX, en particular, a la política criminal antiterrorista en España (en su vertiente de académico penalista) y a las políticas de memoria y derechos humanos (en su vertiente, primero, como director general de derechos humanos en el Gobierno vasco hace algunos años, y director de la cátedra Unesco de derechos humanos en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea en Leioa/Bizkaia).

En la introducción, LANDA plantea los ejes de tensión fundamentales que presenta el análisis desarrollado en el libro: en primer lugar, el que da título al trabajo, el campo de tensión entre «víctimas normativas» y «víctimas invisibles, olvidadas, negadas» (p. 25), entre las víctimas reconocidas y las ignoradas: las de ETA y las de agentes dentro del Estado español, y no sólo en el contexto de la actividad terrorista y su represión, sino desde el inicio del golpe de Estado de 1936 y la dictadura franquista que concluyó en 1977. Esta dicotomía, más allá de la cuestión vasca, es debida al modelo de transición-punto final que se adoptó en España, que implicaba e

implica un «memoricidio» (p. 27), la necesidad de hacer desaparecer a las segundas de la esfera pública y de la conciencia colectiva.

En segundo lugar, se aborda el plano de los instrumentos de memoria, que intentan superar el hiato entre el procesamiento a través del Derecho penal y la mera remisión a la Historia, en particular, la legislación española, y vasca y navarra, en esta materia. Ello se hace por el autor siendo consciente, en palabras de PASTOR, del riesgo de manipulación política, de «deriva neopunitivista» (p. 29, nota 10) que puede implicar el impulso del rescate de la memoria en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. En un afortunado término –que quizás hubiera merecido mayor protagonismo (p. 41, nota 28; vid. también p. 212)–, ese *tertium* es calificado por el autor como «justicia transicional en democracia». La introducción, en suma, prepara al lector perfectamente para los múltiples y tan diferentes planos –poco frecuentes en la bibliografía penalista– que el discurso del libro debe recorrer.

La primera parte del cuerpo de la monografía examina, para comprender el efecto de exaltación de unas víctimas y ocultamiento de las otras, el decurso del Derecho penal antiterrorista español desde el año 2000, en lo que puede calificarse de un giro represivo que significa que el Derecho penal del enemigo se infiltra (p. 50) definitivamente en el ordenamiento penal ordinario, más allá de la previsión excepcional de «suspensión» de derechos fundamentales contenida en el art. 55.2 de la Constitución, tanto en el ámbito de la definición del concepto jurídico-penal de terrorismo, como de la ampliación de infracciones periféricas, como de las normas penitenciarias específicas. LANDA GOROSTIZA recorre ese camino de reformas en los años 2000 (LO 7/2000), 2003 (LO 7/2003), 2010 (LO 5/2010) y, finalmente, 2015 (LO 2/2015), que lleva a un nuevo Derecho penal antiterrorista, en una extraña relación inversamente proporcional a la intensidad de la actividad criminal de la organización terrorista. Como señala el autor, esta evolución es acompañada por una nueva línea jurisprudencial que va ampliando los contornos de «lo terrorista», en una especie de «competición» entre los mecanismos de ataque al «complejo» de ETA a través de la LO 6/2002, de Partidos Políticos, y la nueva interpretación y legislación ampliatorias en materia de delitos de terrorismo. Una «teoría del desdoblamiento» (p. 65) en la que se solidifica la idea de «todo es ETA», esto es, que todo el campo político próximo a los postulados de la organización terrorista debía ser incluido en la represión penal.

Una legislación y práctica jurisprudencial que conduce –además de a «macrocausas» que concluyeron sin resultado alguno (a pesar de haberse clausurado en el camino medios de comunicación como *Egin* o *Egunkaria*)– a la descalificación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la pretensión evidentemente inconstitucional del Tribunal Supremo de aplicación retroactiva de las nuevas normas de cálculo de penas («doctrina Parot») en 2013 (p. 76). Una evolución que, en última instancia, ha llevado a una regulación autoritaria que implica el «riesgo de criminalizar el programa político» (p. 90) de determinados grupos que se estima que pertenecen al «campo etarra».

Que esta regulación lleva ínsito el riesgo de utilización política, más allá de ETA, ha quedado recientemente de manifiesto en el estupor jurídico que supuso la causa –que no superó la fase de instrucción– *Tsunami* promovida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 y validada inicialmente por el Tribunal Supremo, en el contexto de disturbios separatistas en Cataluña, que culminó en el esperpento de un posible *infarto terrorista*.

Entrelazando esta evolución con la utilización de las víctimas en esta deriva de banalización del terrorismo, como subraya LANDA (p. 62), juega un papel preponderante una interpretación descabellada (y contestada en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional) del art. 578 CP por parte de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, que criminaliza la mera expresión de ideas como «humillación» o «descrédito» delictivos de las víctimas del terrorismo, e intentó torpemente cobijar esa interpretación expansiva bajo el paraguas de la idea de que se trata de un «discurso del odio».

Una vez analizada esta deriva del Derecho penal antiterrorista español, se ocupa el autor de someter a estudio las normas específicas de acompañamiento a las víctimas de ETA, en particular, la L 32/1999.

LANDA GOROSTIZA traza un cuadro comparativo con la evolución habida en otros países europeos en relación con la violencia política del siglo XX, explicando que la tardía respuesta en muchos ordenamientos (sobre todo, a partir de los años noventa del siglo pasado) frente a víctimas que habían sido silenciadas durante décadas, conduce a determinados «diseños jurídicos excepcionales» (p. 100) que incluyen severas restricciones a la libertad de expresión a través del concepto de «discurso de odio» como ámbito vedado a la manifestación de determinadas «opiniones» favorables a los masivos delitos contra la Humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Concibiendo esta evolución como una intensificación de la idea de «democracia militante», constata LANDA que la «mirada a las víctimas» confluye con modelos excepcionales de tratamiento de los autores y de sus apologetas (p. 106).

Al contraponer la evolución al norte de los Pirineos con la española, comprueba LANDA que en el caso español, las víctimas normativas no son las de la violencia política autoritaria del siglo XX, ejercida por el Estado, como en otros países próximos, sino –como no podía ser de otro modo, ante el modelo de olvido y punto final del cambio de nuestra dictadura al actual régimen constitucional– las de la actividad terrorista de ETA (pp. 109, 110, 114).

Continúa el análisis de las leyes estatales de acompañamiento específicas en materia de terrorismo (LL 32/1999 y 29/2011) y otras normas sectoriales que encuentran finalmente un marco general en la L 4/2015, en el que se diseña, por fin, un estatuto general de la víctima en materia delictiva (pp. 118 y ss.), que no impide que se consolide una «doble velocidad» (p. 123) para unas y otras víctimas (las de ETA y las de la actividad criminal del Estado): «son sus víctimas [las de ETA], y no las de la guerra civil o de la represión franquista» (p. 124) las que ocupan un lugar central en España. Como manifestación especialmente llamativa de esta dicotomía, se ocupa el autor también de diversos intentos, en doctrina y algunos pronunciamientos jurisprudenciales, de concebir la actividad de ETA, o los delitos de terrorismo en general, como crímenes contra la Humanidad (p. 126), en lo que LANDA GOROSTIZA califica como una «relectura “inflacionista” de lo que fue ETA» (p. 138) y que implica una banalización de los crímenes contra la Humanidad (p. 140).

En la segunda parte principal del estudio se aborda la situación de las «víctimas del Estado», centrando el análisis en las víctimas de la actividad represiva del Estado en sentido estricto o de aparatos paraestatales en relación con la reacción frente a la actividad de ETA. Partiendo de que tanto antes del fin del régimen dictatorial como después no hubo actuación de la jurisdicción penal española, constata que ni siquiera queda establecida la existencia de esos hechos, esto es, que ni siquiera se ha avanzado en alcanzar «la verdad» para este grupo de víctimas (p. 141).

Somete a análisis la difícil cuestión de «qué verdad» es la que puede perseguirse en esta situación, a través de una consideración comparativa frente a la verdad a establecer en un proceso penal, subrayando las especificidades en este ámbito de la violencia política, con sus dimensiones individuales y colectivas precisamente derivadas de su carácter político (p. 148).

Analiza LANDA desde esta perspectiva tanto la legislación general del Estado (las Leyes de Memoria Histórica de 2007 y de Memoria Democrática de 2022, p. 152) como la legislación autonómica vasca y navarra (p. 163): la inclusión de agentes «informales» del Estado, los derechos reconocidos a estas otras víctimas (p. 173) y las cuestiones competenciales tratadas ante el Tribunal Constitucional, al haberse planteado la posibilidad de que este cuerpo normativo pudiera dar lugar a la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de enjuiciamiento criminal (p. 178).

En la tercera y última parte sustantiva del texto, LANDA GOROSTIZA intenta presentar en positivo el programa normativo a desarrollar: esencialmente, que ha de haber «un camino más acá –y distinto– de la vía jurídico penal y que no nos expulsa necesariamente del mundo del Derecho hacia la disciplina de la Historia» (p. 202). En esta línea, explora lo que la idea de justicia restaurativa puede llegar a aportar en este ámbito, con las dificultades que puede generar dadas las características de delitos graves cometidos con una significación política, en contraste con la rigidez que comporta el modelo de Derecho penal del enemigo que ha adoptado, también en el ámbito penitenciario, el ordenamiento español en relación con los delitos cometidos por miembros de ETA.

En este ámbito destaca también que LANDA no elude el problema esencial de la llamada «víctima-victimario» (p. 209), que, como es obvio, se presenta en ambos campos de víctimas, tanto de víctimas «normativas», las de ETA, como de las víctimas de la violencia ilegítima del Estado (piénsese en algunas víctimas de la organización terrorista que, a su vez, eran autoras de delitos gravísimos cometidos como miembros de los aparatos represivos del Estado español, como en el caso de algunas víctimas de esos aparatos que a su vez eran autores de delitos gravísimos de terrorismo), hallando el punto esencial en que debe corresponder a las víctimas siempre el reconocimiento de su condición, pero no a todas –no a las víctimas-victimarias– un homenaje social (p. 213). Llega el autor a la conclusión que la asimetría de las víctimas en España debe y puede ser superada a través de las leyes de memoria (p. 214).

Concluida la lectura, a pesar de que, como se ha visto, en el estudio convergen muy diversas cuestiones, quedan muchas otras en las que profundizar. Dicho de otro modo: el libro genera ganas de más. Podría haber más análisis sociológico, en particular, una reflexión acerca de cómo las hoy víctimas «normativas» vivieron durante largos años un proceso de invisibilización, no sólo por parte del entorno político y social de los miembros de la organización terrorista, no sólo por parte del campo del nacionalismo vasco en los territorios vasco-navarros, sino, en general, por parte del conjunto de la sociedad española. De hecho, sería interesante explorar cómo fue precisamente esa desatención la que hizo posible que determinados agentes políticos pudieran instrumentalizar esas víctimas como punta de lanza para una política criminal autoritaria y como arma de lucha política partidista que sólo últimamente está perdiendo filo.

Dice el prologuista que se trata de un libro valiente y necesario. Como es sabido, estos adjetivos son usados con frecuencia de un modo hiperbólico entre nosotros. Sin embargo, en este caso, son perfectamente adecuados: es valiente retomar la cuestión de cómo se trató por el

ordenamiento español la pesadilla de los asesinatos etarras y de las torturas de los agentes del Estado, cuando hoy aún es el momento en el que todos parecemos querer olvidar lo que pasó. Es necesario en varios sentidos: desde el punto de vista de la construcción teórica, es preciso superar en este ámbito los nichos académicos que han ubicado en diversos apartados disciplinarios las cuestiones de la legislación penal, la memoria y los derechos humanos. Es necesario en España mirar atrás y comprender que en esta materia, *Spain is different*. Más allá del conflicto vasco, el modelo de transición-olvido en el que hoy, tantos años después, es posible que ni las víctimas de ETA, ni el número mucho más amplio de las víctimas de la guerra civil y de una dictadura muy violenta, sean víctimas de todos, debe ser puesto de manifiesto. Estudios como este pueden ayudar a comprender quiénes somos.