

MARCELO D. LERMAN

La Omisión por Comisión

Prólogo de **Marcelo A. Sancinetti**

colección derecho penal y procesal penal

Directores: Gustavo F. Trovato y Nicolás F. D'Albora

 **AbeledoPerrot®**

ÍNDICE

Agradecimientos.....	XVII
Prólogo	XIX
Introducción.....	XXIX

PRIMERA PARTE

EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA DOCTRINA SOBRE LA MATERIA

CAPÍTULO I

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA "OMISIÓN POR COMISIÓN"

.....	3
-------	---

CAPÍTULO II

EL ORIGEN DE LA CATEGORÍA

I. Los inicios de la discusión	5
II. Definiciones generales de Overbeck	8
1. Casos que Overbeck excluye de la categoría "omisión por comisión"	9
2. La "omisión por comisión" respecto de supuestos de delitos propios de omisión según Overbeck	10
3. La "omisión por comisión" respecto de supuestos de deli- tos impropios de omisión en Overbeck	13

CAPÍTULO III

EL RECHAZO DE ARMIN KAUFMANN
A LA "OMISIÓN POR COMISIÓN"

I. Introducción	15
II. Los casos de desistimiento de la propia tentativa de salvamento	16
III. La participación activa en el hecho omisivo.....	17

CAPÍTULO IV

POSICIONES A FAVOR DE LA "OMISIÓN
POR COMISIÓN" EN LOS AÑOS SESENTA:
MEYER-BAHLBURG, ANDROULAKIS Y RANFT

I. Introducción	25
II. Nikolaos Androulakis	25
III. Otfried Ranft	28
IV. Meyer-Bahlburg.....	31

CAPÍTULO V

LAS POSICIONES ACTUALES

I. La solución de Roxin	35
II. La crítica de Samson a la solución de Roxin	43
III. La posición de Jakobs.....	53
1. Introducción	53
2. Competencia por organización <i>vs.</i> competencia por institución	54
3. La necesidad de posición de garante en los delitos de comisión	57
4. La solución de los casos de "omisión por comisión".....	59
a. Supuestos de lesión por interrupción de cursos causales salvadores que no están jurídicamente garantizados...	59
b. Supuestos en los que "el autor paraliza la propia capacidad de evitar un resultado típico"	63
c. Participación comisiva en el delito de omisión	64
5. La interrupción de un salvamento iniciado por un tercero como fundamento de una posición de garante en Jakobs	65
IV. Stoffers	67

V. Gimbernat Ordeig.....	68
1. Introducción	68
2. Clasificación de casos y soluciones.....	68
a. El primer grupo de casos.....	68
b. El segundo grupo de casos	75
c. El tercer grupo de casos	77
VI. Silva Sánchez	79
VII. La recepción de las construcciones teóricas sobre la "omisión por comisión"	83
VIII. Las discusiones sobre la "omisión por comisión" en casos de desconexión de respiradores artificiales	91

CAPÍTULO VI

ESQUEMA DE CASOS Y POSICIONES
DE LA DOCTRINA

.....	95
-------	----

CAPÍTULO VII

CASOS QUE ENTRAN EN CONSIDERACIÓN
NO TRATADOS POR LA DOCTRINA

.....	101
-------	-----

CAPÍTULO VIII

RECORRIDO TEMÁTICO DE LA INVESTIGACIÓN

.....	105
-------	-----

SEGUNDA PARTE

CUESTIONES PREVIAS AL PLANTEO
DE LA HIPÓTESIS

CAPÍTULO I

LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES Y OMISIONES

I. Introducción	111
-----------------------	-----

II. El criterio de la causalidad	112
III. La existencia de movimiento corporal como forma de distinción	114
IV. El punto de partida de esta investigación	116
1. Aclaración metodológica: los distintos planos de la discusión.....	116
2. De la debilidad del criterio de la causalidad frente a uno orientado al movimiento corporal	118
3. El criterio del movimiento corporal en sentido estricto <i>vs.</i> la fórmula de Engisch	121
4. Deficiencias de la fórmula de Engisch	124
5. Uso práctico de la sencilla fórmula del movimiento corporal	127
6. Aclaración respecto del uso de la fórmula del movimiento corporal	128

CAPÍTULO II

**LA DISTINCIÓN ENTRE MANDATOS
Y PROHIBICIONES**

I. Los diferentes planos que entran en consideración	131
1. La definición de Armin Kaufmann y su aplicación a esta investigación	131
2. La relevancia del plano lingüístico	132
3. Nociones de: "norma", "juicio de valor", "texto de la ley" y "tipo penal"	135
a. "Norma" y "juicio de valor"	135
b. "Texto de la ley" y "tipo penal"	137
4. La aplicación de este esquema a los efectos de clarificar el problema objeto de esta investigación	138
a. Aplicación del esquema normativo desarrollado a la "omisión por comisión" en los casos de delitos propios de omisión	138
b. Aplicación del esquema normativo desarrollado a la "omisión por comisión" en los delitos impropios de omisión	140
II. Sobre la imposibilidad de realizar descripciones de puros movimientos	145
III. Consecuencias de lo afirmado hasta aquí para la dogmática de la "omisión por comisión"	149

CAPÍTULO III

**LAS DIFERENCIAS ENTRE DELITOS DE OMISIÓN
Y COMISIÓN EN LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA
DEL DELITO ¿HACIA UNA DOGMÁTICA
UNIFICADA PARA LA OMISIÓN Y LA COMISIÓN?**

I. Introducción	151
II. El curso causal real <i>vs.</i> el curso causal hipotético.....	154
III. La posición de garante	159
IV. Otros elementos de los tipos omisivos.....	162
V. Conclusiones del capítulo.....	166

CAPÍTULO IV

**LAS DIFERENCIAS EN LO QUE SE REFIERE
A LA CUANTÍA DE LA PENA**

I. Introducción	169
II. Sobre la atenuación facultativa de la pena prevista en el §13.2, StGB	171
III. Sobre las críticas a la cláusula de atenuación	171
IV. Intentos de fundamentación dogmática de la atenuación facultativa	174
1. El concepto unitario de autor en la omisión	174
2. La atenuación para los garantes por injerencia.....	176
3. Intentos de fundamentación que encuentran un motivo de atenuación no específico de la omisión.....	177
a. El BGH	178
b. Atenuación cuando la acción mandada es peligrosa ...	182
c. Atenuación por omisiones en situaciones desacostumbradas	183
d. La fundamentación de Jakobs.....	185
e. La culpa concurrente de la víctima	186
f. El carácter hipotético del nexo causal en la imputación de omisiones consumadas	187
4. Inexistencia de un motivo de fondo para realizar a atenuación	189
V. Conclusión	196

CAPÍTULO V

EL CONCEPTO DE "INTERRUPCIÓN
DE CURSOS CAUSALES SALVADORES"

I. Introducción	199
II. La interrupción de salvamentos que provienen de la naturaleza, en los que no existe un tercero "salvador"	200
1. Introducción	200
2. La habitualidad del riesgo	201
3. Necesidades características del bien	202
4. La existencia de un salvamento "en curso"	205
III. La interrupción de salvamentos que provienen de un tercero "salvador"	208
IV. Interrupciones de cursos causales salvadores iniciados por la víctima o el autor: remisión	213
V. Interrupciones de cursos causales salvadores y omisión.....	213

TERCERA PARTE

PLANTEO Y PUESTA A PRUEBA DE LA HIPÓTESIS

Introducción	219
--------------------	-----

CAPÍTULO I

PRIMERA PARTE DE LA HIPÓTESIS: NECESIDAD
LINGÜÍSTICA DE LA "OMISIÓN POR COMISIÓN"

I. Formulación.....	221
II. Fundamentación	222
III. ¿Implica el principio de legalidad un obstáculo para esta primera parte de la hipótesis?	223

CAPÍTULO II

SEGUNDA PARTE DE LA HIPÓTESIS: UNA DISTINCIÓN MATERIAL

I. Formulación	229
II. Fundamento y formulación de enunciados adicionales	235

CAPÍTULO III

TERCERA PARTE DE LA HIPÓTESIS:
LOS PROBLEMAS COLATERALES DE CIERTOS CASOS
ESTUDIADOS EN MATERIA DE "OMISIÓN POR COMISIÓN".
COMPLEMENTOS A LA DISTINCIÓN MATERIAL

I. Enunciación	245
II. Fundamentación y formulación de nuevos enunciados.....	246
1. Fundamentación del enunciado C y formulación de un enunciado adicional	246
2. Desistimientos de salvamentos iniciados por uno mismo	252
3. La participación activa en la omisión ajena.....	258

CAPÍTULO IV

SÍNTESIS DEL ENUNCIADO DE LA HIPÓTESIS
Y POSICIONAMIENTO DE ÉSTA EN RELACIÓN
CON LAS VÍAS DE SOLUCIÓN EXISTENTES

I. Enunciación de la hipótesis completa	261
II. Posicionamiento de la hipótesis propuesta en relación con las vías de solución existentes	263

CAPÍTULO V

PUESTA A PRUEBA DE LA HIPÓTESIS

I. Introducción	267
II. Variantes más complejas de los casos Meyer-Bahlburg.....	268
1. El caso de la cueva	268
2. El caso del tercero que cierra la puerta de la casa	276
III. Aplicación de la conclusión del punto anterior a los casos Ranft	277
IV. La <i>omissio libera in omittendo</i> y la <i>actio libera in omittendo</i>	282
1. ¿Modificación a la hipótesis a partir de estos casos?	282
2. El argumento de la <i>omissio libera in omittendo</i> de Struensee.....	285
V. Combinación de la <i>omissio libera in causa</i> con los casos Ranft	290

VI. Precisiones sobre el acabamiento de la tentativa de salvamento	292
1. Reserva de chances seguras de retractación de un salvamento	292
2. Implicancias para los casos Meyer-Bahlburg.....	298
VII. Nuevamente sobre el caso de la desconexión del respirador (y problemas conexos)	301
1. Planteo del problema	301
2. La cuestión a resolver.....	304
3. Características que tornan al caso complejo.....	305
4. La solución propuesta	309
5. Cuestiones problemáticas adicionales de los casos de necesidades duraderas	313
a. Necesidades duraderas, promesas de ayudas temporales.	313
b. Necesidad subsistente más allá del deber de tolerar ..	314
c. Necesidades duraderas resueltas al momento en que el autor entra en escena	315
d. Necesidades duraderas relativas al cuerpo del autor.	317
6. La tesis de Frister sobre la definición de la omisión y la comisión en el manejo de máquinas.....	317
7. <i>Excursus</i> : la posición de McMahan y sus implicancias para el caso del respirador	325
VIII. La cuestión de las cadenas de delitos	330
IX. El garante interviniente en una omisión propia del autor principal	333

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

I. Método de exposición.....	339
II. Presentación sistemática de las conclusiones de la investigación.....	340
III. Enunciación sintética de las principales conclusiones de la tesis	348
Bibliografía	351