

Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa

JOSE MANUEL VALLE MUNIZ

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como es sabido, por mor de la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de junio de 1983, la tipificación de las estafas sufre una importante metamorfosis. Dejando, ahora, a un lado la tan deseada supresión del sistema de cuantías en la medición de la pena, interesa resaltar la *positivización de un concepto general* del delito de estafa. Superándose, en consecuencia, la excesiva casuística que la anterior regulación provocaba.

Así, reza el vigente artículo 528 del Código Penal: «Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero». De esta forma, sin duda, aparece el engaño o conducta engañosa como elemento nuclear del tipo de injusto.

Ciertamente, no faltaríamos a la verdad si dijésemos que engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, pero tampoco mentiríamos si identificásemos el engaño con la muleta o capa de que se sirve el torero para engañar al toro (1). La multiplicidad de acepciones parece, pues, evidente. Y, sin embargo, debe ser tarea del intérprete buscar el significado preciso de las conductas descritas en los tipos penales, a fin de conseguir, con la mayor concreción posible, el máximo respeto a las exigencias del principio de legalidad y, a la postre, de la seguridad jurídica.

Empresa que no será nada fácil en delitos que, como el de estafa, parece que requieran un cierto grado de indeterminación, por otra parte, político-criminalmente aceptable. Hasta el punto, que algún autor ha resaltado como una de las especificidades características del delito que nos ocupa: «la relativización del principio de legalidad que le es immanente» (2).

Sea como fuere, no será objeto de este pequeño trabajo dar respuesta a la necesaria delimitación típica del engaño jurídico-penalmente relevante. Más modestamente, en las líneas que siguen, intentaremos

(1) Recoge ambas acepciones, entre otras, el *Diccionario ideológico de la lengua española* —Julio Casares, de la Real Academia Española.

(2) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADPCP, 1985, p. 336.

aportar algunas reflexiones en torno a la idoneidad de las conductas omisivas para configurar el tipo objetivo del delito de estafa.

La problemática en torno a la capacidad de determinadas omisiones, silencios o reticencias, para engendrar el engaño típico requerido en la estafa, ha sido y es, reiteradamente, planteada por la doctrina (3).

Y ello no debe extrañar, pues, a nuestro juicio, aparecen aquí las inevitables tensiones que emergen cuando se pretenden aplicar las construcciones dogmáticas elaboradas en la Parte General del Derecho penal a las específicas modalidades típicas, olvidando, frecuentemente, que las singulares características que presentan los distintos delitos imponen al jurista la necesidad de elaborar una verdadera dogmática propia de la Parte Especial.

En consecuencia, se trata de averiguar si las conductas omisivas pueden llegar a configurar la conducta típica exigida en el tipo de estafa. Lo que, por mor de la especial naturaleza del engaño, se traduce en dilucidar si el *callarse algo que se sabe* contiene el desvalor

(3) La bibliografía que se ocupa de las conductas omisivas en la estafa es, ciertamente, inabarcable. Permítasenos por ello reseñar, solamente, alguna entre las más relevantes: TOLOMEI, *Della truffa e di altri frodi*, Roma, 1915, pp. 174 y ss.; MANCI, F., *La truffa nel codice penale italiano*, Torino, 1930, pp. 110 y ss.; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale*; Torino, 1963, 4.ª ed., puesta al día por el prof. Pietro Nuvolone, T. IX, pp. 631 y ss.; PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, pp. 196 y ss.; CORTESE, G., *La struttura della truffa*, Nápoles, 1968, pp. 146 y ss.; MARINI, G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, pp. 86 y ss.; SAMMARCO, G., *La truffa contrattuale*, Milano, 1970, pp. 164 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, I, 8.ª ed., revisada y puesta al día por Luigi Conti, Milano 1981, pp. 289 y ss.; con especial interés por la referencia jurisprudencial D'AMBROSIO, V., *La truffa*, en «Giurisprudenza sistematica di Diritto penale», dirigida por F. Bricola e V. Zagrebelsky, PE. (coordinada por V. Zagrebelsky), Torino, 1984, p. 1310. Entre la doctrina germánica: CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE-SCH RÖDER, 22. Aufl, München, 1985, par. 263, pp. 1584 y ss.; LACKNER, *StGB Leipziger Kommentar*, 10 Aufl. Berlín-New York, 1979, par. 263, núm. 52-72; SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, Besonderer Teil, von H. J. RUDOLPHI und E. HORN, Frankfurt am Main, 1984, par. 263, núms. 40-47; NAUCKE, *Zur Lehre von strafbarem Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie*, Berlín, 1964, pp. 214 y ss.; GRÜNWARD, G., *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, en Festschrift für H. Mayer, Berlín, 1966, pp. 281 y ss.; BOCKELMANN, *Betrug verübt durch Schweigen*, en Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1971, pp. 437 y ss.; TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, en JUS, 1971, pp. 181 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, Berlín - New York, 1972, pp. 81 y ss.; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, Kehl, 1978, MAAS, *Betrug verübt durch Schweigen*, Giessen, 1982. Entre la literatura española cabe destacar a: ANTÓN ONECA, J., *Estafa*, en NEJ, IX 1958, pp. 64 y s.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. II, 2.ª ed., a cargo de García Valdés, Madrid, 1977, pp. 599 y s.; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, 2.ª ed., (revisada y renovada), Madrid, 1974, pp. 289 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho penal español*, P. E., 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 480; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, P.E., 6.ª ed., Sevilla, 1985, pp. 244 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y s., MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Madrid, 1982, pp. 262 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, en «Comentarios a la legislación penales», dirig. por Cobo del Rosal, T. V., Vol 2.º, Madrid, 1985, pp. 1168 y 1184 y s.; y, recientemente, GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, p. 282 y ss.

suficiente requerido en la estafa. Es decir, ¿cuándo y cómo el silencio puede aparecer como punible a título de estafa?

Desde luego, hemos de dejar de lado el supuesto de estafa por ocultación de gravamen, recogido expresamente en el párrafo 2.º del artículo 531 CP: «el que dispusiera de un bien libre, sabiendo que estaba gravado...». Pues parece obvio que, como indica Muñoz Conde, «... implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte» (4).

Centrándonos en la problemática general, la afirmación de que una omisión puede constituir el engaño bastante para producir error e inducir a la realización del acto de disposición patrimonial, ha sido sostenida en base a dos tipos de argumentaciones. Así, por un lado estarían los que reconducen el silencio a la teoría de los *actos concluyentes*. Por otro lado, en cambio, se situarían aquellos autores que tratan el silencio como *una particular hipótesis de omisión* (5). Lo que, en el delito que nos ocupa, supone reconducir el tema a la estructura típica de la omisión impropia o comisión por omisión. En este sentido, el propio Antón Oneca (6) ha admitido la posibilidad de reconducir el silencio a la doctrina general sobre las conductas omisivas, haciendo salvedad en aquellos casos en que, por la especial configuración de los hechos, aparecieran en realidad como actos concluyentes. A nuestro entender, es necesario examinar por separado ambos supuestos. Esto es, analizar en primer lugar aquellos silencios susceptibles de constituir una conducta concluyente y, por lo tanto, positiva; para, en segundo término, pronunciarnos sobre la posibilidad de realización típica de la estafa mediante comisión por omisión (7).

II. EL SILENCIO COMO CONDUCTA «CONCLUYENTE»

El tema de la validez del silencio para producir efectos jurídicos no se circunscribe, como es sabido, al campo penal. De este modo, cobra especial relevancia para nuestro estudio el tratamiento del que ha sido objeto en el ámbito civil, concretamente en la posibilidad de valorar el silencio como declaración de voluntad en las relaciones contractuales.

(4) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., p. 244. Sin embargo, algún autor niega el carácter omisivo del engaño en la estafa del párr. 2.º del art. 531, defendiendo su contenido activo en base a que «el precio y otras condiciones contractuales dan a entender que la cosa está libre». Vid. BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1184.

(5) Esta bipartición metodológica es resaltada por PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., pp. 196 y s.

(6) ANTÓN ONECA, *Estafa*, cit., pp. 64 y s.

(7) No compartimos, por lo tanto, la posición de PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., pp. 197 y ss.; cuando trata unitariamente ambos supuestos, rechazando la posibilidad de que las dos vías apuntadas sean entendidas como alternativas, es decir, recurrir a la construcción omisiva impropia sólo cuando no quepa reconducir el silencio a un acto concluyente: «Cualificación normativa e interpretación de la manifestación engañosa son dos perspectivas íntimamente conexas, dos caras del mismo fenómeno jurídico. No puede pretender relevancia y protección la interpretación que no sitúa la conducta en el seno de una encuadratura jurídica» (p. 198).

Es opinión dominante que la manifestación de voluntad contractual admite tanto la *forma expresa* como la *tácita* (8). Entendiendo por declaraciones de voluntad tácitas, siguiendo a Díez-Picazo, aquéllas en que «una persona realiza un determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual. La declaración de voluntad tácita es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes (per facta concludentia)» (9). Cabe preguntarse, entonces, si el silencio es asimilable a la adopción de ese determinado comportamiento susceptible de ser valorado como declaración tácita. La respuesta no es sencilla. Sin duda, el silencio, considerado aisladamente, nada transmite. Pero, también es cierto que, como afirma Puig-Brutau, «basta que exista en determinadas circunstancias, en lo que lo normal sería no callar, para que se perciba que la solución no puede darse tajantemente en uno u otro sentido» (10).

Así, por ejemplo, continuando con el autor citado, «el silencio tendrá el valor de una declaración, incluso de una declaración expresa, cuando las partes así lo hayan dejado convenido de antemano respecto a una situación perfectamente delimitada» (11).

Especialmente acertada, nos parece la postura de Díez-Picazo cuando sostiene que, «el problema del silencio no puede recibir una respuesta unívoca y general para todos los casos. La solución depende, en cada hipótesis concreta, de la valoración que debe atribuirse en las circunstancias del supuesto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y con el sentido objetivo que razonablemente debe atribuirse a la conducta omisiva» (12).

El silencio, por tanto, bajo determinados condicionamientos puede considerarse como una verdadera manifestación de voluntad. Tarea interpretativa, entonces, en la que pueden resultar de especial ayuda la valoración de algunas circunstancias: a) Si existe o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; b) los usos generales del tráfico; c) los usos individuales de los contratantes (13).

De este modo, parece perfectamente posible dotar al silencio, en algunos casos, de valor concluyente. Desde luego, la doctrina penal, en mayor o menor medida, así lo viene sosteniendo. Incluso reconduciéndolo, a nuestro entender acertadamente, a verdaderas acciones positivas. Así, en ejemplos de Antón Oneca: «El que en un restaurante come y no paga, engaña, no por haber callado su falta de dinero, sino porque la acción de entrar en el establecimiento y pedir un cubierto

(8) Vid. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 112 y ss. No obstante, algún sector de la doctrina civilista admite junto a las formas expresa y tácita, la denominada presunta. Vid., por todos, PUIG-BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, 2.ª ed., Barcelona, 1978, pp. 59 y ss.

(9) Ob. cit., p. 112.

(10) PUIG-BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., p. 61.

(11) Ob. cit., p. 62.

(12) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 113.

(13) Reseñados por Díez-PICAZO, Ob. cit., p. 114.

daba a entender su capacidad y disposición al pago; quien, sin la debida autorización, presenta la cartilla de ahorros ajena, estafa, no por callar la sustitución, sino porque hace suponer al empleado que es al titular a quien paga; si, para acreditar solvencia, se induce a errar mediante un balance, no es por la omisión de deudas, sino porque, al consignar sólo los créditos, se dio una idea falsa de la situación económica, etc....» (14).

Pensamos, que para que el silencio sea capaz de producir error e inducir al acto de disposición, debe de manifestarse como concluyente. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone (15). Del mismo modo, devendrá concluyente aquel silencio que, en virtud de determinados parámetros, como los usos del tráfico, la existencia de un deber jurídico de manifestarse, la costumbre, la cualidad de la persona, etc., adquiere una significación engañosa evidente (16).

Así, por ejemplo en las relaciones contractuales, cuando una de las partes oculta a la otra una información esencial sobre el objeto del negocio, siendo así que de la propia regulación legal del contrato o de los principios jurídicos que lo informan, se derive el imperativo de prestar la información, se deberán observar todas las circunstancias que rodean dicha relación. Desde luego, en estos supuestos, habrá que estar a la existencia de un determinado deber jurídico de informar entendido, no en el sentido de fundamentar una posición de garante, lo que implicaría llevar el supuesto, nada más lejos de nuestra intención, a la construcción omisiva impropia, sino como criterio interpretativo que, unido a todos los demás posibles, permita reconducir la conducta omisiva a una actividad engañosa inequívoca. Como afirma Sammarco, «el problema, entonces, no es tanto reafirmar la irrelevancia para nuestros fines de un silencio que opera en vía puramente omisiva, cuanto establecer en relación a las indicaciones derivadas de los usos sociales y del presupuesto normativo, cuando el silencio se torna concluyente y opera bajo forma de lenguaje convencional» (17).

No obstante, este autor, a pesar de exigir al silencio un significado concluyente, termina por reconducir estos supuestos a la solución dogmática de la comisión por omisión. En su virtud, exigirá para la imputación del resultado a la conducta del agente la obligación de un deber de actuar, tal y como preceptúa el párrafo 2.º del artículo 40 CP italiano («No impedir un resultado, cuando se tenía la obligación jurídica

(14) ANTON ONECA, *Estafa*, cit., pp. 64 y s., vid.: Notas 53 y 54 del texto citado, en p. 64.

(15) Vid. BOCKELMANN P., *Betrug verbüt durch Schweigen*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1971, p. 437, donde viene a manifestar que el silencio es un hecho particular en el contexto de una declaración que se presenta como completa constituye un engaño mediante acción concluyente. En general, Vid. CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE y SCHRÖDER, cit., par. 263, núms. 16 - 21, y bibliografía allí citada; Cfr. TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, *JUS*, 1971 pp. 181 y ss.

(16) Vid. SAMMARCO, *La truffa...*, p. 168.

(17) Ob. cit., p. 116.

de impedirlo, equivale a ocasionarlo» (18). Contrariamente, nuestra postura supone reconducir aquellas conductas omisivas que revelen un concreto y evidente significado engañoso, a conductas concluyentes y, en este sentido, positivas. Como afirma Grasso, «en hipótesis de este género sólo aparentemente se da relieve a un comportamiento omisivo, en realidad la conducta tomada en consideración es una conducta activa» (19).

De este modo, determinados supuestos que se ejemplifican como modalidades omisivas, son, en realidad, comportamientos activos (20). Así, suelen citarse las STS de 25-septiembre-1970 (A. 3.568) y 22-enero-1975 (A. 177), donde se estimó delito de estafa en la solicitud de un préstamo bancario, al haber omitido el solicitante deliberadamente la insolvencia que padecía (21); y la STS de 6-diciembre-1974 (A. 5.116), al suscribir un seguro sin declarar el accidente ya habido (22). Sin embargo, podría ser posible mantener aquí la existencia de un engaño activo, si, como apunta Bajo, «... se ha preguntado expresamente si el solicitante es solvente o ya ha sufrido un accidente para denegar la solicitud en dicho caso; mantener la solicitud del préstamo o del seguro implica responder negativamente a la pregunta» (23).

Con todo y con ello, una vez constatada la significación concluyente del silencio y, en consecuencia, afirmada la existencia de una actitud positiva engañosa, no estamos en disposición, todavía, de sostener el carácter típico del mismo.

En efecto, es posible que ese silencio o reticencia, deviniendo concluyente no traspase, empero, los marcos propios de la mera ilicitud civil. Lo que podrá ocurrir frecuentemente, como ya apuntaba Quin-

(18) Ob. cit., pp. 170 y ss.; en el mismo sentido, manifiesta MARINI, *Profilo della truffa...*, cit., p. 87: «Primera condición —cuya falta, a nuestro entender, precluye cualquier otra solución— es, entonces la presencia de una obligación de actuar que, en la especie que nos interesa, puede ser la de decir aquello que se sabe (más correctamente: no ocultar en todo o en parte aquello que se sabe)».

(19) GRASSO, Giovanni, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 160.

(20) Recientemente, en un profundo estudio sobre la omisión, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La omisión penal: aspectos conceptuales*, (Tesis doctoral), T. II, Barcelona, 1985, ha reconducido los casos en que el engaño bastante para poder producir error se articula por medio de un silencio, a estructuras comisivas: «El silencio, ciertamente, posee, en determinadas circunstancias, un indudable contenido de significado; de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar el error en otra persona. Sin embargo, estimo erróneo incluir tales casos en una presunta realización típica omisiva de la estafa» (p. 639). Aunque el autor no fundamenta su postura, directamente, en la existencia de un actuar concluyente, sino en una reelaboración del concepto de omisión. Así, partiendo de que la omisión se conceptualiza como «la falta de realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico en peligro» (vid. pp. 244 y ss.), niega la misma en base a que «lo que realmente sucede es que la conducta del sujeto (...), realiza directamente el sentido del tipo» (p. 639). (...) «debe, por tanto, advertirse la existencia de una realización típica comisiva (p. 640).

(21) No entramos, ahora, en la dudosa adecuación típica del engaño por medio de ocultar la solvencia a una entidad bancaria. Teniendo en cuenta la inferioridad de condiciones del individuo frente a la concreta entidad crediticia. Vid., en sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, *Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de 'letras vacías' o no comerciales*, en ADPCP, 1977, pp. 525 y ss., especialmente 537 y ss.

(22) Citados en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600.

(23) BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit..., pp. 1184 y s.

tano: «... las puras conductas omisivas de callar defectos o vicios de las cosas, a no ser que se trate de los concretos gravámenes a que se refiere el párrafo segundo del artículo 531, no parecen susceptibles, por regla general, de encuadrarse en la estafa, dando lugar tan sólo a las responsabilidades civiles de saneamiento previstas en los artículos 1.184 y siguientes del Código civil y 336 y 342 del de comercio» (24).

Del mismo modo, es perfectamente imaginable que, el silencio, conforme las maquinaciones insidiosas requeridas por el artículo 1.269 del CC para la existencia del dolo vicio del consentimiento, anulando, en consecuencia, el contrato, pero, en ningún caso, generando responsabilidad penal a título de estafa.

En definitiva, para sostener el carácter típico del silencio, además de demostrar su carácter concluyente, deberá satisfacer, al igual que cualquier otra conducta engañosa, las exigencias derivadas de la adecuación a la norma del artículo 528 CP.

En este sentido, a nuestro entender, el camino correcto pasa por la afirmación de la *imputación objetiva* del resultado a la conducta del agente (25). Ello, supone rechazar la virtualidad de las distintas teorías

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600.

(25) La restricción de la responsabilidad penal en el plano normativo de la imputación objetiva empieza a ser hoy ampliamente reconocido. Desde luego, es la postura dominante en Alemania: Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, P.G., trad. y adiciones de S. Mir y F. Muñoz Conde, Vol. I, Barcelona, 1981, pp. 376 y ss. y abundante bibliografía allí citada; ROXIN, C., *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en «Problemas básicos del Derecho Penal», trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 128 y ss. (publicado por primera vez en la Festschrift für R.M. Honig, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss.); JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* Berlín - New York, 1983, pp. 163 y ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I: El hecho punible*, trad. de la 2.ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid, 1982, pp. 75 y ss.; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen, 1982, páginas 91 y ss.; En nuestro país, hemos de destacar como claro precursor de la problemática de la imputación objetiva a GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 99 y ss.; también, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, pp. 299 y ss.; en la actualidad, buena parte de la doctrina española acoge la teoría de la imputación objetiva: BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal español II. El hecho punible*, Madrid, 1985, pp. 48 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito (Derecho Penal. Parte General)*, Madrid, 1984, pp. 172 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en «La Ley», tomo, 1983/3, pp. 277 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (comentario a la Sentencia T. S. 20-5-1981)*, en «Actualidad Jurídica», VII, 1981, pp. 78 y ss.; IDEM, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales*, en RD Cir., 1984, pp. 275 y ss.; MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, cit., p. 394; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, pp. 22 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Introducción al Derecho Penal*, P.G., Barcelona, 1981, pp. 111 y s. y 142 y s.; ROMERO, Gladys, *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en CPC, núm. 19, 1983, pp. 157 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 255 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 27 de enero de 1984)*, en «La Ley», núm. 1044, octubre de 1984, pp. 1 y ss.; TOLEDO y UBIETO, E., OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito (I)*, pp. 73 y ss.; también utiliza la

causales para delimitar el engaño típicamente relevante (26) y, en consecuencia, supone también el entendimiento de la causalidad y de la imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto.

De esta forma, para la afirmación del engaño jurídico-penalmente relevante deberán utilizarse los *criterios normativos* de la moderna teoría de la imputación objetiva (27). Criterios que, por otra parte, atraviesan todavía hoy la fase de elaboración. Su aplicación práctica, por ello, es compleja. Sin embargo, y sin ánimo de afirmar nada definitivo sobre el tema, las especiales dificultades que en sede contractual presentan determinadas modalidades de engaño para sobrepasar la mera ilicitud civil (art. 1.269 CC) y configurar el tipo penal de estafa, hacen especialmente fructífero, en este ámbito, la utilización del «*criterio del fin de protección de la norma*» (28). No compartimos, pues, el criterio de aquellos que reducen su invocación a determinadas constelaciones típicas imprudentes. Esta parece ser la postura de Gómez Benítez, quién, siguiendo a Roxin, afirma: «... en los delitos dolosos no existe un marco autónomo para este criterio, ya que en éstos, todos los casos son reconducibles a los de creación o incremento del riesgo, pudiéndose concluir que, efectivamente, los resultados que no son manifestación del riesgo creado o incrementado no pertenecen a la esfera de protección de la norma y, por tanto, no son objetivamente imputables a la acción del autor» (29). No obstante, este mismo autor re-

teoría de la imputación objetiva, aunque ubicando el problema en sede de antijudicialidad, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español*, P.G., Barcelona, 1984, pp. 227 y ss.

(26) Gran parte de la doctrina propone la utilización de la teoría de la causalidad adecuada: ANTÓN ONECA *Estafa*, cit., p. 63; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, cit., pp. 283 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal*, P.E., T. II., cit., pp. 594 y ss.; PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., 1955, pp. 234 y ss.; NAUCKE, *Der kausalzusammenhang Zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug*, en *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 109 y ss.; Por lo que respecta a nuestro Tribunal Supremo, también el terreno de la causalidad será el elegido para determinar el engaño típico. Hemos de reconocer, empero, que en el tema que nos ocupa, se inclina a buscar un concepto de causa más limitado que el de la equivalencia de las condiciones. Lo que ya no resulta tan fácil, es saber cual utiliza realmente. Así, es relativamente frecuente encontrarnos con la afirmación de que el engaño ha de ser «idóneo, relevante y adecuado» (STS 5 y 25-III y 24-IX-81, A: 1047, 1215 y 3391), o, también «adecuado, eficaz y suficiente» (STS. 3-XII-82, A: 7375; 12-XII-84, A: 6721; y 24-V-85, A: 2533, etc....). De lo que parece desprenderse la aplicación, indiscriminada y arbitraria, de la teoría generalizadora de la adecuación, la individualizadora de la causalidad suficiente y la normativa de la relevancia.

(27) En nuestra doctrina son escasos los autores que delimitan el engaño típico en sede de imputación objetiva. A favor de este planteamiento se han pronunciado, expresamente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, cit., pp. 338 y ss.; TORIO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en libro homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 885 y ss.; VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, en «La Ley», núm. 1030, septiembre 1984, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses...*, cit., pp. 272 y ss.

(28) Además del ámbito contractual, el criterio del fin de protección de la norma ha sido utilizado en la llamada estafa procesal. Vid. TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado típico...*, cit., pp. 883 y ss., especialmente p. 889.

(29) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica...*, cit., p. 191.

conoce que determinados supuestos de estafa (por lo tanto tipos dolosos) «deben ser remitidos directamente a la idea del fin de protección de la norma» (30).

En consecuencia, a nuestro juicio, la aplicación de este criterio es perfectamente posible, pues aún cuando sea utilizado, también, en vía civil (31), su contenido debe ser, razonablemente, distinto en el terreno penal. Como reconoce Roxin: «... sus respectivos contenidos tienen que ser distintos siempre que las divergentes metas de la justa reparación del daño, por un lado y de la reacción adecuada político-criminalmente, por otro, requieran soluciones discrepantes» (32).

Pero, sostener que la delimitación del engaño típico debe hacerse, por lo menos en el ámbito contractual, a partir de la esfera de protección que despliega el delito de estafa es, aunque fundamental, solamente el punto de partida.

El criterio del fin de la norma debe ser dotado de contenido. Para ello no deben olvidarse, en el plano general, los principios político-criminales que deben informar a toda reacción penal, especialmente, ahora, el de intervención mínima. Además, y como punto de partida nuclear, *habrá que orientar la función protectora de la estafa desde el bien jurídico tutelado*. En este sentido, no debemos olvidar la conceptualización económico-jurídica del patrimonio ajeno como objeto de protección (33). Sin duda, bien distinto a la libre formación de la voluntad de las partes y la buena fe en las relaciones contractuales que con la configuración del dolo vicio del consentimiento se pretende preservar.

Todo ello, además, deberá confrontarse a la luz de los principios que iluminan las relaciones contractuales y, especialmente la relación contractual concreta objeto de enjuiciamiento. Sin duda, la numerosa y poliforme tipología contractual (sin olvidar los contratos atípicos) que muestra nuestro Ordenamiento Jurídico así lo exige

Tarea que, obviamente, ni podemos, ni pretendemos realizar en estas pocas páginas. Baste ahora, por ello, dejar señalado el camino dogmático idóneo, a nuestro entender, para realizarla.

III. CRITICA Y RECHAZO DE LA ESTRUCTURA IMPROPIA DE OMISION

Aún cuando las referencias serán obligadas, conviene centrarnos, en este punto, en el derecho positivo español. Pues, contrariamente a los textos penales italiano (art. 40, párrafo 2.º) y alemán (párrafo 13), el nuestro no reconoce positivamente el tipo de omisión impropia (34).

(30) GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido...*, cit., p. 341.

(31) Vid. LANGE, H., *Adaquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente*, en *Juristenzeitung*, 1976, pp. 198 y ss., especialmente, p. 201; también, STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübingen, 1968, Colección Recht und Staat, 364/365

(32) ROXIN, *Reflexiones...*, cit., p. 141.

(33) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung*, Berlín, 1969, p. 372.

(34) Párrafo 13, 1) del StGB: «Comisión por omisión. El que omitiere evitar

Con todo, es evidente su afirmación a nivel doctrinal y, en consecuencia; la posibilidad de reconducir determinadas conductas omisivas a su construcción dogmática.

En su momento, ya señalamos la aceptación de esta hipótesis por Antón Oneca. En la actualidad, también es mayoritario el sector doctrinal que no rechaza tal posibilidad. Como botón de muestra basten las inequívocas palabras de Rodríguez Devesa: «El engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión (no sacar del error existiendo obligación de hacerlo)» (35).

En efecto, sentado que la tipicidad de los silencios idóneos para producir error debe pasar por la demostración de su valor concluyente, las conductas puramente omisivas quedarían reducidas a lo que, efectivamente, afirma Rodríguez Devesa, esto es, aquellas que consisten en «no sacar del error existiendo obligación de hacerlo».

Con ello, se sitúa la tipicidad de las *conductas estrictamente omisivas* en el terreno dogmático de la *comisión por omisión*.

Como es sabido, la punibilidad de la omisión de impedir un determinado resultado típico, encuentra fundamento en su equivalencia con la realización activa del mismo. En consecuencia, para afirmar que «el no sacar del error preexistente» realiza el tipo de estafa por comisión por omisión, habrá que demostrar que ello *equivale o corresponde* a la utilización de un engaño bastante para producir error e inducir al acto de disposición patrimonial, tal como exige en el art. 528 CP. En otros términos, *no sacar del error a alguien sería igual que engañarlo*. Ni que decir tiene que el peligro de erosión del principio de legalidad y, a la postre, de la seguridad jurídica es evidente (36). Como es sabido, dos son los criterios generalmente utilizados para afirmar la equiparación entre la omisión impropia y su tipo de comisión (37). En primer lugar, la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado, esto es, que el omitente se encuentre en una *posición de garantía* con respecto al bien jurídico tutelado (38). En segundo lugar, que la no evitación de

un resultado, perteneciente a un tipo penal, sólo será punible según este tipo si está jurídicamente emplazado a que ese resultado no tenga lugar y siempre que la omisión equivalga a la realización del tipo penal por un hacer». Por lo que respecta al Ordenamiento jurídico español, ni el Código penal vigente, ni la PANCP de 1983 recogen cláusula semejante. Probablemente, las dificultades que la comisión por omisión presenta frente a las garantías derivadas del principio de legalidad, han inducido al legislador al rechazo de un reconocimiento explícito del tipo de comisión por omisión. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, P.G., cit. pp. 282 y ss.; especialmente crítico, QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, P.G., cit. pp. 147 y ss. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, P.G., cit., pp. 583 y ss.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, P.E., cit., p. 480. Vid., también, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., pp. 244 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y s.; OLIVA GARCÍA, *La estafa...*, cit., p. 290; Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600; BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1184.

(36) Vid. nota 34.

(37) Vid. por todos, JESCHECK, *Tratado...*, P.G., cit., pp. 854 y ss.

(38) Vid., con amplias referencias bibliográficas, JESCHECK, ob. cit., pp. 854 y ss. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottingen, 1959, pp. 283 y ss.; en nuestro país: MIR PUIG, *Derecho penal*, P.G., cit., pp. 264 y ss.;

ese resultado se corresponda (equivalga) a su realización activa. Ambos criterios presentan serios problemas de comprobación dada su excesiva generalización.

Por lo que respecta al primero de ellos, la determinación de la posición de garante no estará exenta de dificultades. Toda vez que, como afirma el profesor Quintero, «la ley penal no dice quien es garante, y desde luego pueden darse casos en los que concurren distintas posiciones «especiales»; y del mismo modo son diversas las «fuentes de nacimiento de los 'deberes de garante', y no todas serán unánimemente aceptadas como tales en orden a fundamentar la responsabilidad criminal» (39). El resultado será, como subraya Bustos, «la tendencia a ampliar su ámbito, con lo cual se hace casi interminable la posibilidad de delitos de omisión impropia» (40).

En la estafa, por tanto, deberá constar el deber jurídico de informar a la otra parte, o, como afirma Marini «... no ocultar en todo o en parte aquello que se sabe» (41). Deber de informar que debería encontrar sustento en el principio de la buena fe en las relaciones contractuales, en los usos del tráfico y, en fin, en la concreta relación dialéctica entre los sujetos.

Con todo, los principales problemas para afirmar la tipicidad de la estafa por comisión por omisión los encontramos en el segundo criterio de equivalencia. En efecto, el tipo de omisión impropia exige, además de la especial posición del autor, *que la omisión equivalga a la realización del tipo penal por un hacer*. Se trata, a juicio de Stratenwerth, «de establecer sí, y en qué medida, la omisión presenta las modalidades de comportamiento activo que la ley menciona en el supuesto de hecho de los delitos de comisión, y si éstas pueden realizar el contenido específico de ilicitud» (42). Lo que, cabalmente, sólo podrá determinarse a partir del caso concreto, con la interpretación pormenorizada de las diferentes modalidades típicas de la Parte Especial (43).

Sin embargo, no todos los delitos de resultado (44) admiten la GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., pp. 591 y ss.; críticamente, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pp. 283 y ss.

(39) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, P.G., cit., p. 149.

(40) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, P.G., cit., p. 283. La actitud de extender los supuestos de omisión impropia es rechazada por el autor, por no compadecerse con los principios político-criminales informadores de lo penal: «... no se considera que el injusto de los delitos de omisión no puede ser igual que el de los de acción, en virtud del principio de última ratio del Derecho penal (una profusión de deberes de evitación imposibilita la vida social), por el contrario, se va indiscriminadamente a la creación de tipos de omisión en todos los casos de tipos de acción, lo cual contradice la finalidad del legislador que sólo en pocos casos ha creado delito de omisión (los llamados propios)».

(41) MARINI, *Profili...*, cit., p. 87.; en idéntico sentido, SAMMARCO, *La truffa...*, cit., pp. 166 y ss.

(42) STRATENWERTH, *Derecho penal...*, P.G. cit., p. 306.

(43) En este sentido, STRATENWERTH, ob. cit., p. 306; JESCHECK, *Tratado...*, cit., pp. 863 y s.; BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 192 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, P.G., cit., pp. 604 y s.

(44) Por supuesto, excluimos de la modalidad impropia de omisión a los delitos de mera actividad. No obstante, siendo mayoritaria, no es postura unánime. Vid., en torno a la polémica, SILVA SÁNCHEZ, *La omisión...*, cit., pp. 630 y ss.

construcción técnico-jurídica de la omisión impropia. Pues, en muchos la descripción típica de la conducta cierra el paso a tal posibilidad (ej., delitos de propia mano, delitos de apropiación, delitos que castigan una determinada conducción de la vida), y en otros, la naturaleza del resultado conduce a la misma situación (ej., mutilar). Por ello, la comisión por omisión encuentra su mejor acogida en los delitos llamados «resultativos», es decir, aquellos en que «... el tipo de delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer» (45).

Es evidente, que la estafa no es un tipo totalmente abierto, ya que el perjuicio patrimonial debe inflingirse mediante un engaño. Nos encontramos, pues, ante uno de los delitos que la doctrina alemana denomina «*verhaltensgebundene delikte*», es decir, aquellos en que es exigida una determinada forma de acción. Cabe preguntarse entonces, ¿admiten estos delitos la forma omisiva impropia?

Desde luego la doctrina dominante en Alemania así lo entiende, aplicando precisamente a los mismos el segundo criterio de equivalencia recogido en el párrafo 13 del StGB (46).

Sin embargo, el propio Jescheck resalta la dificultad para encontrar los criterios de correspondencia: «En todo caso —señala el autor— habrá que fijarse tanto en el ámbito de lo injusto como en el de la culpabilidad, así cuando el autor mismo ha provocado (involuntariamente) el error o cuando ha abusado de una relación de confianza especialmente estrecha» (47).

Por este camino, entonces, se está afirmando que el no sacar de un error a alguien cuando éste haya sido previa e *involuntariamente provocado*, o bien se haya quebrantado una determinada relación de confianza, *equivale a engañar* y, en consecuencia, deberá estimarse la tipicidad de la conducta a título de estafa.

A nuestro entender, esta postura no merece sino un *absoluto re-*

(45) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, cit., p. 145. Lo que para el autor ya merece una primera crítica político-criminal: «Resulta entonces que la omisión impropia exige entender que los tipos de delito de resultado en los que cabe su invocación (aquellos que no habiendo prefigurado el modo de acción contengan un resultado alcanzable activa o pasivamente), son tipos totalmente abiertos, lo cual en buena técnica legislativa conviene evitar» (p. 149).

(46) Vid. JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 864 y nota 60. De este modo, con especial referencia a la estafa, CRAMER, *StGB Kommentar*, cit., núm. 45b), parág. 263, basándose en la descripción legal («generación o *mantenimiento* de un error») afirma que: «Es igualmente suficiente una omisión, cuando un error ya existente no se aclara tal como lo prescribe el deber jurídico». Y más adelante sostiene que, «un error existente definitivo, sin embargo, ya no puede reforzarse. Si éste sólo vuelve a confirmarse, queda excluido el parág. 263, a menos que se trate simultáneamente de una omisión que falte al deber». (núm. 46, parág. 263). Se aparta, en cambio, de la doctrina dominante, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen, 1982, pp. 682 y s.; también, BOCKELMANN, *Betrug...*, cit., pp. 441 y ss., limitando el ámbito de la omisión a la provocación de un error.

(47) JESCHECK, *Tratado...*, cit., pp. 864 y s.; más ampliamente, Vid. MAASS, *Betrug verübt...*, cit., pp. 52 y ss. y 86 y ss.; KÜNE, *Geschäftstüchtigkeit...*, cit., pp. 80 y ss. y 96 y ss.; LACKNER, *Leipziger kommentar*, cit., pp. 45 y ss.

chazo. Pues, como acertadamente subraya Grasso, «se trata de una construcción analógica de tipos penales, cuyos contornos escapan a cualquier predeterminación» (48). Es evidente que ello no se compadece con el correcto entendimiento del principio de legalidad, uno de cuyos fines primordiales reside en el mantenimiento de la seguridad jurídica (49).

Recientemente, el profesor Bajo reclama para los supuestos de omisión su enclave en el ámbito de lo civil, dado el menor desvalor de acción que representan. En cualquier caso, para el autor, «es difícil que una omisión cumpla la exigencia típica de maquinación engañosa (escenificación) idónea y bastante para inducir a error» (50).

La postura de Bajo se apoya, entonces, en una conceptualización del engaño típico como una *mise en scène* o puesta en escena: «... la exigencia por parte del artículo 528 de que el engaño sea bastante para inducir a error (...), y a la vez inductor del acto de disposición patrimonial pone de relieve la necesidad de que la simple mentira vaya acompañada de una *maquinación* o *maniobra fraudulenta* que reúna estas características de susceptibilidad de producir dichos resultados (error y acto de disposición). Se está exigiendo, pues, en la ley algo parecido a lo que se exige en la doctrina y en la legislación francesa cuando se requiere una puesta en escena (*mise en scène*)...» (51).

Sin embargo, pensamos que este no es el camino idóneo para negar la tipicidad de las conductas omisivas en la estafa. Y ello, porque la configuración del engaño como una maquinación o escenificación fraudulenta plantea serios inconvenientes. A nuestro juicio, esta tesis es cuestionable, cuando menos, por tres tipos de consideraciones, a saber:

a) De la exigencia legal de que el engaño sea bastante para producir error (art. 528 CP), no se deriva en absoluto el requisito de que éste se traduzca en —se instrumentalice a través de— maquinaciones o maniobras fraudulentas. Antes bien, el término «*bastante*» debe ir referido a la suficiencia y proporcionalidad del engaño para conseguir sus fines. Lo que deberá determinarse, según apuntamos, en base a los criterios normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva.

b) La susceptibilidad del engaño para producir los resultados de error y acto de disposición, no dependerá de su puesta en escena. En determinado contexto y en concretas condiciones, la manifestación falsa o mentirosa puede ser adecuada para alcanzar el injusto provecho económico.

c) Por último, la reducción del engaño típico a las maniobras o maquinaciones fraudulentas, no es válida para conseguir el fin, presumiblemente, perseguido. Esto es, el dejar para el campo de los ilícitos

(48) GRASSO, *Il reato omissivo...*, cit., pp. 162 y s.

(49) En contra, no encuentra ninguna dificultad para admitir la comisión por omisión en la estafa. GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y ss.; IDEM, *Teoría...*, cit., pp. 604 y s.; y GONZÁLEZ RUS, *Los intereses...*, cit., pp. 282 y ss.

(50) BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1168; véase también pp. 1184 y s.

(51) Ob. cit., p. 1166.

tos civiles aquellos engaños que no presentan dicha caracterización. Y ello sencillamente porque los textos legales no lo permiten. En efecto, cuando el artículo 1.269 del Código civil define el dolo vicio del consentimiento en las relaciones contractuales, hace referencia expresa a las «*maquinaciones insidiosas*» que inducen al otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Maquinaciones insidiosas que, por tanto, también, pueden conformar sólo un ilícito civil y, en consecuencia, insuficientes por sí solas para ser constitutivas del engaño exigido en el tipo de estafa. En otros términos, la pretendida exigencia penal de que el engaño consista en maniobras o maquinaciones («puesta en escena»), plantearía de nuevo el problema de qué maquinaciones serían constitutivas de ilícito civil y cuáles de estafa.

Así pues, semejante construcción típica del engaño no parece que sea fundamento suficiente para negar la admisibilidad de las conductas omisivas en el tipo de estafa.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, la descripción típica de la modalidad de acción en la estafa, esto es *el engaño bastante* para producir error e inducir la disposición patrimonial *cierra el camino a la tipicidad de meras conductas omisivas*, pues, en ningún caso, podrán éstas realizar la conducta prohibida, so pena, claro está, de hacer caso omiso de las garantías que el principio de legalidad proclama en un Estado de Derecho. Con mayor razón, desde luego, en el derecho español donde, como es sabido, no existe regulación positiva alguna de la estructura impropia de omisión. Con lo que parece correcto tender con cautela en la admisión de tales delitos y, en consecuencia, como ha señalado parte de nuestra doctrina «... aplicar los criterios generales restrictivos del Derecho penal a la creación de estos injustos, más aún si sólo surgen en gran medida del intérprete» (52).

En conclusión, sólo las conductas omisivas que posean una valoración concluyente, y por tanto reconducible a un hacer comisivo, podrán ser idóneas para integrar el tipo de estafa, claro está, si además cumplen los requisitos limitadores de la imputación objetiva. Por el contrario, aquellos silencios que se limiten, en vía puramente omisiva, a no sacar de un error a alguien, deberán considerarse atípicos, por lo menos en lo que se refiere al delito de estafa (53).

Si bien, dicha atipicidad deberá basarse, como hemos pretendido demostrar, en el rechazo de la construcción típica de comisión por omisión, y no en la exigencia legal de una especial escenificación (*mise en scène*) de la conducta engañosa, a nuestro juicio, inexistente (54).

(52) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., p. 283.

(53) Vid. NAUCKE, *Zur lebre...*, cit., pp. 214 y ss.

(54) Por lo demás, también BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., parece admitir la posibilidad de la estructura impropia de omisión en algunos supuestos del delito de estafa: «... si el omitente tuviere un deber especial de eliminar el error en que incurre el otro por la inactividad de aquél» (p. 1168).