

Excmo Sr.. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia de Asturias. Sras y Sres Académicos; Sras y Sres.

En Sesión Plenaria del 30 de octubre del pasado año fue nombrado Académico de Número D. Sergio Herrero Álvarez, Abogado y Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón. Hoy se ha integrado de pleno derecho en esta Academia con la lectura del protocolario Discurso de ingreso al que, por deferencia del nuevo Académico, que agradezco profundamente, tengo el honor de contestar.

Hemos escuchado una brillante exposición de un tema de actualidad permanente, un Discurso construido con el rigor y la claridad que se corresponde con su condición de Abogado, profesión que desempeña con evidente dignidad y excelencia haciendo honor así a la Institución a que pertenece, la Abogacía, de necesaria e insustituible presencia en todo Estado de Derecho que tenga como fin la Justicia.

Se incorpora Sergio Herrero a una Academia en la que desde su inicio siempre han formado y forman parte ilustres miembros de la Abogacía asturiana. Lo hace abanderado por su propios y reconocidos méritos y capacidad.

En efecto, cursó con brillantez sus estudios de Derecho en la Facultad de Derecho obteniendo la Licenciatura en 1987, seguidamente de la cual ingresó en el Colegio de Abogados de Oviedo para ejercer ininterrumpidamente la Abogacía, con dedicación exclusiva a las Ciencias Penales, en todo el ámbito nacional.

Ha participado activamente en la vida corporativa de su Colegio, formando parte de su Junta de Gobierno durante más de 10 años. Desde el año 2005 es Decano por elección del Colegio de Gijón, cargo en el que continua. Es Secretario de la Comisión de Formación del Consejo General de la Abogacía y miembro de la Plataforma de Abogados penalistas europeos.

Su continua dedicación al ejercicio profesional de la Abogacía en sus varias manifestaciones: informes, asesoramientos, defensas judiciales, no le ha impedido antes bien le han facilitado aventurarse con suficiencia en los campos de la docencia y la investigación jurídicas.

De su experiencia docente y organizadora dan cumplida cuenta los cargos y funciones que ha desarrollado a lo largo de estos años. Director de la Escuela de Práctica Jurídica de Gijón desde 1992 a 2000; coordinador del Área de Derecho Penal y Profesor de esa materia en la citada Escuela de Práctica Jurídica hasta el cierre de su actividad. Profesor de Derecho Penal en la Escuela de Práctica Jurídica del Principado de Asturias, con sede en Oviedo, en

el curso académico 2003/ 2004 y Profesor de las asignaturas de Ética normativa y Organización profesional en el máster en Abogacía organizado por la Universidad de Oviedo y los Colegios de Abogados de Oviedo y de Gijón

Ha presentado y defendido ponencias en numerosos Cursos y Jornadas de Estudio. Citaremos, entre aquellos, los Cursos de Formación sobre Derechos Humanos, Justicia penal y Violencia de género organizados por el Consejo General del Poder Judicial en 2010 a 2012 en varios países hispanoamericanos y el Curso organizado por L'Ordre des Avocats de Beyrouth, en el Líbano, año 2010, sobre los sistemas procesales penales europeos y el principio del proceso equitativo. En Jornadas nacionales organizadas por el Colegio de Abogados de Gijón y otras instituciones de ámbito nacional ha presentado diversas ponencias, principalmente sobre la Parte Especial de Derecho Penal español..

Ha dictado clases, como profesor y conferenciante invitado,, en Cursos organizados por la Cruz Roja, la Consejería de la Juventud , el Colegio de Abogados de Gijón y el Colegio de Oficial de Psicólogos de Oviedo.. Ha colaborado igualmente en Cursos de formación y divulgación dirigidos a la Policía Local y ha asistido para actualizar y ampliar su ya consolidada formación jurídica a numerosos Congresos y Seminarios impartidos `por las Universidades de Oviedo, Internacional Menéndez Pelayo, Universidad a Distancia, Consejo General de la Abogacía y la Escuela de Práctica Jurídica del Principado de Asturias.

Como publicista, hemos de señalar su participación como coautor en varias obras colectivas dedicadas monográficamente a cuestiones relacionadas con la problemática social y jurídica de las drogodependencias y otras toxicomanías , publicadas en los años 1996, 1997, 2003 y 2005, y en la publicación del libro “ Acceso a la Justicia y grupos vulnerables” publicado en Buenos Aires en 2012, siendo autor de uno de sus capítulos más importantes. En dichas obras, Sergio Herrero ha dado muestras de su sensibilidad y humanismo. Por último, en esta síntesis de su amplio **curriculum** cabe señalar su regular y constante colaboración en la Revista del Colegio de Abogados de Gijón mediante la publicación de reseñas críticas de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y con artículos y comentarios sobre temas de actualidad suscitados en el ámbito de la jurisdicción penal.

Su Discurso constituye un estudio de la doctrina jurisprudencial referida a los elementos constitutivos del injusto típico de la figura de estafa propia descrita en el artículo 428.1 del vigente Código penal. En él cabe diferenciar dos partes.

La primera, dedicada en primer lugar, a la exposición del estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el significado y contenido de la expresión legal:” engaño bastante”

que describe la conducta típica de la estafa y en segundo lugar al análisis del papel de la víctima que, en tanto sujeto pasivo del engaño y al tiempo agente cocausal del resultado típico, forma parte del tipo objetivo del injusto en la estafa propia. Es la cuestión del llamado deber de autoprotección o autotutela. Ambos temas, engaño típico y posición de la víctima contemplados desde la teoría de la imputación objetiva del resultado.

La segunda parte toma como base de partida determinados hechos de la vida real de problemática caracterización como delitos de estafa, analizando los pronunciamientos judiciales a ellos referidos para encontrar tanto lo que calificará como doctrina jurisprudencial consolidada como su propia posición que terminará reflejando en las conclusiones con que finaliza su trabajo.

Tal vendría a ser la línea metodológica del Discurso que, como he señalado, inicia su andadura con la cuestión inicial de la determinación de la conducta típica de engaño.

El término de engaño tomado en su acepción usual de simulación o disimulación de la realidad, nada dice de los medios o instrumentos mediante los cuales se crea el engaño. Es así un concepto de gran amplitud e indefinición, que de una parte compromete el principio de taxatividad al que debe ajustarse la descripción legal del ilícito penal, y de otra parte deja abierta la puerta a considerar la existencia de un pretendido derecho a la verdad en el campo de las relaciones humanas, de una verdad erigida en objeto de tutela penal, lo que propiciaría la atribución de relevancia penal a cualquier mentira o engaño, tesis evidentemente inasumible como cuida de indicar.

La primer cuestión sería, pues, la de considerar si la expresión legal—engaño bastante—con que se caracteriza la acción típica ha de interpretarse en su usual o común acepción o bien ha de tener un significado más restringido.

La jurisprudencia, apunta Sergio Herrera, parte en principio de la acepción usual . Engaño sería, dice, cualquier tipo de maquinación, ardid o mendacidad que determine o induzca a error; cualquier forma de simulación o disimulación de la realidad en que consiste el acto del engaño. ¿ Valdría entonces cualquier clase de engaño o hace falta un engaño especial?, preguntaba Antón Oneca. Ya Carrara, recordaba Antón, advertía cómo eran tolerados en el humano consorcio constantes ponderaciones incursas en falsedad con fines comerciales, autorizadas o al menos toleradas por los usos mercantiles, de los que, actualmente serían ejemplos las “ mentiras” publicitarias, aceptadas sin embargo como meras exageraciones pero eficaces para incitar al consumo de los productos un tanto engañosamente ofrecidos, o los ofrecimientos y ventas de productos milagrosos y pócimas de todo tipo, siempre presentes a lo largo de la historia, ¿ Cómo no recordar a los personajes

astutos y taimados de nuestra literatura picaresca, sus trucos y embustes, sus trapacerías: Celestina, Lazarillo de Tormes, el buscón D. Pablos? O la proliferación de adivinos, echadores de cartas, que aún hoy pueblan espacios radiofónicos y televisivos en una especie de lucrativo mercado de ilusiones o quimeras.

，“ No podría ome contar quantas maneras fazen los omes engaños los unos a los otros”, afirmaban Las Partidas, según recuerda Esteban Solaz para advertir de una parte, la imposibilidad de acotar por medio de la ley todas las formas posibles de engaño y de otra parte, la necesidad de restringir el ámbito de la mentira punible garantizando el papel de la ley penal como ultima “ratio”.

En ese sentido, Sergio Herrero señala que nuestra jurisprudencia, sobre la base de la acepción usual de la palabra: simulación o disimulación de la realidad, viene a operar en realidad con una noción más restringida. Tomando como punto de partida la directa relación del engaño con el error causado, exige que el engaño empleado pueda ser calificado como idóneo o suficiente para determinar el error e inducir al acto de disposición patrimonial del que deriva el perjuicio patrimonial. Engaño bastante como engaño idóneo para inducir a error.

Hay, es cierto, otras soluciones. Concretar el engaño típico acudiendo a describir los medios o procedimientos para provocar el engaño, como era el sistema seguido en nuestra legislación hasta el reforma de 1983; optar por una definición legal del engaño al modo de los Códigos francés e italiano, o bien omitiendo un concepto legal de lo que sea o en qué consiste en el engaño, configura el tipo penal describiendo lo que el Discurso denomina elementos estructurales: engaño, error, acto de disposición, perjuicio patrimonial. Es ésta la fórmula del Código penal vigente, que sigue en este punto, pero no exactamente la conocida noción de la estafa punible dada por Antón Oneca.

En su análisis de la jurisprudencia señala Sergio Herrero los diversos criterios seguidos para identificar lo que constituye engaño típicamente relevante atendiendo a la eficacia causal de la acción. El criterio de la idoneidad o suficiencia del engaño determinada conforme a módulos objetivos de valoración; La teoría de la equivalencia de condiciones con criterios de corrección. El criterio de la causalidad eficiente o relevante, para terminar, dice Sergio Herrero, con un concepto de engaño conforme al cual será típico cualquier conducta creadora de un engaño que se califique como apta o idónea para inducir a error en una concreta y determinada persona. Se trata, advierte Herrero, de una noción que conjuga un criterio objetivo de medida de la idoneidad, las pautas de valoración social, y un criterio subjetivo que atiende a la persona de la víctima: su condición mental, su cultura, sus capacidades reales de comprensión vistas en el contexto de tiempo y lugar en que se produce

el hecho. Se trataría así de una concepción que conduce, advierte Sergio Herrero, a una mejor delimitación del ámbito de aplicación del delito. De una parte, explica la no punibilidad de los engaños burdos, groseros o inverosímiles, de suyo insuficientes para causar error o engaño; de otra parte, permite reconocer la relevancia penal de aquellas conductas que aun apareciendo objetivamente inidóneas para llevar a engaño desde una perspectiva de normalidad social—la medida del “ hombre medio”, --, han inducido efectivamente a error a personas de menor capacidad o desvalidas intelectual o culturalmente, elegidas por ello como víctimas propiciatorias con esa especial intuición de que parecen estar dotados los auténticos estafadores.

Aclarado el sentido del término engaño bastante según la doctrina jurisprudencial, , la atención de Herrero se dirige hacia otro componente personal del tipo, implícito pero real en la estructura de la estafa: la víctima del engaño. Sujeto pasivo de la maniobra fraudulenta en cuanto receptor del engaño y agente cocausal del resultado típico, tema que aborda Sergio Herrero desde la perspectiva del llamado deber de autotutela o de autoprotección. Rúbrica bajo la que doctrina y jurisprudencia contemplan las situaciones en que la omisión o cumplimiento defectuoso de un pretendido deber de autodefensa por parte de la víctima tendría trascendencia en la construcción del engaño típico de la estafa, determinando en algunos casos la atipicidad del engaño.

Es cierto, como afirmó el TS en la sentencia que cita Sergio Herrero, que el tipo de estafa “ no está exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela, no definido en el tipo ni reclamado en otras infracciones penales”. Pero no es menos cierto, y en ello se afirma este Discurso que en la comprensión del delito de estafa es vital el papel de la víctima titular de ciertos deberes de autoprotección. Y es que el delito de estafa, como señala Sergio Herrero, es un delito de relación, un delito de autolesión o autoría mediata, como se ha dicho por algún sector doctrinal, en el que tiene papel relevante el “ principio de autorresponsabilidad de la víctima.

El tratamiento dogmático de la víctima en el delito de estafa ha de ser planteado, afirma Sergio Herrero con la doctrina mayoritaria, desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, teoría de la tipicidad más que teoría de la causalidad. En efecto, dos son los extremos a considerar: de una parte la cuestión empírica de la causalidad, de otra parte el problema valorativo de la imputación objetiva ( Torío López), y en ese sentido se mueve este trabajo. Señala en efecto, Sergio Herrero que el primer paso consistirá en constatar el curso causal iniciado con el engaño aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones. El siguiente paso, en acreditar en un juicio individualizador, que el resultado típico del perjuicio es imputable objetivamente a la concreta acción de engaño; que la conducta, desaprobada

jurídicamente por cuanto pertenece a las acciones específicas que la norma prohíbe, ha originado o incrementado el peligro que se ha concretado en el resultado. Solo en esas condiciones puede imputarse al engaño el resultado típico del perjuicio patrimonial. Yendo a postulados más concretos, aclara Sergio Herrera que el riesgo que la norma prohíbe en la estafa comprende aquellos engaños intencionados valorados tanto con criterios objetivos, como especialmente desde la perspectiva de la víctima, que son adecuados o susceptibles de inducir o de causar el error. Pero excluiría aquellos casos en que al error causado por el engaño ha contribuido decisivamente la propia víctima por no haber activado sus mecanismos de defensa, por haber actuado con falta de aquella diligencia que le era exigible en la concreta situación; o expresado en otro modo, de haberse comportado con mayor atención o cuidado no hubiera sido engañado. La causalidad de la conducta fraudulenta no bastaría para afirmar la imputabilidad; la conducta devendría atípica, sin sanción penal. A la consiguiente pregunta sobre el fundamento de esos deberes de autoprotección da respuesta el Discurso: tienen su razón de ser en pautas sociales de comportamiento o, en su caso, en la propia relación entre autor y víctima.

La segunda parte de este Discurso analiza la relación autor y víctima tomando como materia de reflexión casos concretos resueltos por el TS. Se trata de un enfoque muy útil en la práctica forense y con sólido apoyo doctrinal, pues, como señaló Torío López, el ámbito de la realidad donde tiene lugar la relación del autor y la víctima—el espacio general social o un determinado sector del tráfico jurídico— es de particular importancia para la comprensión del tipo de injusto en la estafa.

El espacio social general ha venido siendo el campo propicio de las estafas que podríamos llamar clásicas, cuyos protagonistas responden, según algunos autores, a un tipo criminológico: el timador, personaje especialmente hábil en encontrar a la víctima propicia. A ese campo pertenecen con todo derecho—valga la paradoja— sobre todo los timos, múltiples en su variedad e ingeniosos en su ideación y realización. ¿Cómo no recordar a Antonio Ozores y Toni Leblanc en su genial representación del timo de la estampita? ¿O la complicada e ingeniosísima trama fraudulenta de la conocida película “El golpe”? Y junto a ellos los fraudes consistentes en las ofertas de productos milagrosos para la curación de toda clase de enfermedades o las torticeras ofertas de trabajo o de alojamiento, o de halagüeños futuros, de ganancias gratuitas”.

Es estos tipos de estafas donde resulta más relevante el papel de la víctima en la causación de su propio engaño. La condición particular de la víctima, su credulidad unida a la presión de acontecimientos perjudiciales, en otros muchos casos, también la codicia, confluyen decisivamente en la inicial virtualidad ofensiva del engaño, aportando o

descartando ese elemento de antinormatividad exigido para la imputación objetiva. A este tipo de fraudes penales se refiere Sergio Herrero aportando dos casos particulares: la venta de curas imposibles, curas realmente milagrosas a cambio de la entrega de dinero , y la propuesta de obtención gratuita e ilícita de un beneficio a expensas de otra persona que particulariza en el llamado timo de los billetes tintados. Del estudio de la jurisprudencia aplicada a estos casos señala cómo si en un principio la jurisprudencia se inclinaba a negar la estafa calificando la acción engañosa como socialmente inidónea atendiendo al “nivel de información medio”, rectifica de seguida esa interpretación acogiendo la tesis más correcta según la cual la conducta de la víctima, su credulidad y aún su codicia, factores que contribuyen al engaño, no privan a la conducta engañosa del autor de su relevancia penal.

Cuando la relación autor y víctima tiene lugar en un ámbito particular del tráfico, la cuestión se plantea en términos más diferenciados. En ese sentido, acota Sergio Herrero, determinadas sentencias del Tribunal Supremo que a su juicio alzapriman los deberes de protección de la víctima. Se trata de casos en los que de haber actuado la víctima con la atención y cuidado que podía haber puesto y que le era exigible en la concreta situación, no habría incurrido en el error provocado por un engaño de suyo insuficiente. Cabe señalar que en tales o semejantes casos, lo que se niega es la existencia de un fraude punible. El enriquecimiento injusto que deriva, no obstante, de esa clase de hechos, atípicos penalmente, tendría otro tipo de respuesta en el ámbito civil.

Una reflexión final para concluir. Se insiste con acierto en el Discurso sobre la importancia que tiene el concreto ámbito de relación social o de tráfico jurídico en que tiene lugar el hecho dubitable de estafa, así como la relación interpersonal entre el autor y la víctima y sus respectivas condiciones particulares. Tal habrá de ser el planteamiento a adoptar frente a las complejas situaciones con trascendencia económica que se dan en el mundo de los negocios y en particular en el mundo financiero, tan proclive éste en nuestros tiempos a la desaforada especulación, como sería el caso, por ejemplo, de las hipotecas subprime. Merece la pena traer a colación en este sentido, la problemática suscitada a propósito de determinados productos financieros ya en su origen calificadas de alto riesgo: la participaciones preferentes y las obligaciones subsidiarias, productos en su origen lícitos, de lícito comercio, pero condicionados en su comercialización a muy rigurosas exigencias de información, y posiblemente, con igual exigencia a criterios subjetivos relacionados con las personas de sus eventuales adquirentes, aspectos o extremos que podrían ser altamente significativos.

Te felicito por tu incorporación a esta Academia a la que, sin duda alguna, prestarás tu valiosa colaboración. Gracias a todos ustedes por su atención.

