

**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 12 Abr.
2010, rec. 1909/2009**

Ponente: Monterde Ferrer, Francisco.

Nº de Sentencia: 315/2010

Nº de Recurso: 1909/2009

Jurisdicción: PENAL

Estafa y atribución pública de la cualidad de abogado cometidas por el funcionario que asesoraba e interponía recursos contenciosos en materia de extranjería a cambio de dinero

FALTA CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título académico. Jefe de negociado de la Dirección Provincial de Tráfico que confecciona recursos contencioso-administrativos en materia de extranjería haciéndose pasar por abogado sin estar en posesión de ninguna titulación, ni inscrito en ninguno de los Colegios Profesionales. Revocación de condena por delito de intrusismo y condena por falta. Actos que, aunque netamente procesales, y que corresponderían en exclusividad a los letrados, son calificados en el caso de leves atendida la falta de complejidad en la intervención del acusado y su participación únicamente en la preparación de un sencillo formulario cumplimentando el trámite inicial de presentación a que se refiere el art. 45.1 LJCA 1998 y la solicitud de asistencia jurídica gratuita, de modo que se subsanase la falta de letrado mediante la designación de abogados del turno de oficio. ESTAFA CONTINUADA. Cobro de importantes cantidades de dinero por la tramitación de permisos de trabajo y residencia, así como de altas en la Seguridad Social, ocultando a los inmigrantes su gratuidad. Engaño bastante para personas que desconocen la normativa

española y carecen de recursos. Coautoría de las dos personas que realizan labores auxiliares.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Las Palmas que condenó a los tres acusados por un delito de estafa continuada y a uno de ellos también por intrusismo profesional, casa y anula la misma en el sentido de absolver por el delito de intrusismo condenando en su lugar al acusado como autor de una falta contra el orden público, confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Texto

En la Villa de Madrid, a doce de Abril de dos mil diez

SENTENCIA

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 1909/2009, interpuesto por la representación procesal de D. Jose Carlos , contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2009 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el Rollo de Sala 46/07 correspondiente al PA nº 129/2006 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de estafa y un delito de intrusismo; habiendo sido parte en el presente procedimiento el recurrente D. Jose Carlos , representado por la Procuradora D^a Raquel Rujas Martín; y como partes recurridas el Excmo. Sr. Fiscal, y el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales y Diplomados en Relaciones Laborales de Gran Canaria y Fuerteventura, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria incoó Procedimiento Abreviado con el nº 129/2006, en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia, que contenía el siguiente **Fallo**:

"1º.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado D. Jose Carlos , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA y UN DELITO DE INTRUSISMO, asimismo ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el primer delito, de TRES AÑOS DE PRISIÓN Y ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, y por el segundo, DOCE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS NO SATISFECHAS; Y LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS POR DOS TERCERAS PARTES (con exclusión de las causadas por la acusación particular), ABSOLVIÉNDOLO DEL DELITO DE DEPÓSITO ILÍCITO DE MUNICIONES.

2º.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados D. Cornelio y Dña. Paulina , ya circunstanciados como autores penalmente responsables de un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA, asimismo ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de NUEVE MESES DE PRISIÓN Y ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA; Y LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS EN UN TERCIO Y POR PARTES IGUALES ENTRE ELLOS (con exclusión de las causadas por la acusación particular).

3º.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados D. Cornelio , Dña. Paulina y D. Jose Carlos a que conjunta y solidariamente indemnicen a los perjudicados referenciados en la declaración de hechos probados, los importes que estos satisficieron y que también se consignan en los mismos, más los intereses legales del art. 576 de la LEC ."

2º.-En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"ÚNICO.- Estando probado y así se declara que durante los años 2000 a 2004 el acusado Jose Carlos , funcionario de la Administración General del Estado adscrito como jefe de negociado a la Dirección Provincial de Tráfico de esta ciudad -en situación de IT habitual durante los últimos 12 años-, prevaliéndose del habitual desconocimiento en materia de legislación sobre extranjería de los inmigrantes que arriban a nuestro país, de la imperiosa necesidad de los mismos de regularizar su situación y de sus evidentes carencias económicas derivadas de

su situación de desarraigo, y haciéndose pasar por gestor en unas ocasiones y en otras por abogado sin que esté en posesión de ninguna de esas dos titulaciones, ni inscrito en ninguno de los Colegios Profesionales, trabó contacto con innumerables ciudadanos de otros países que por esa época llegaron a esta isla buscando un mejor porvenir para ellos y sus familias, y tras solicitarles diversas cantidades que oscilaban entre las 20.000 y las 100.000 pesetas (o sus equivalentes en euros), guiado por un ánimo de enriquecimiento ilícito, se comprometía a gestionar la tramitación de su documentación (básicamente permiso de trabajo y residencia, y en otras ocasiones altas en la Seguridad Social) asegurándoles bien la obtención de la citada documentación, bien su inexpulsabilidad, al hacerles creer que la presentación de recursos en vía contencioso administrativa (que confeccionaba personalmente) les "inmunizaba" frente a eventuales expedientes gubernativos de expulsión.

El citado acusado llegó a confeccionar para sus clientes varios recursos contencioso-administrativos que hacía firmar a éstos junto a una solicitud de asistencia jurídica gratuita, a fin de que advertido en dicha jurisdicción el defecto de la falta de firma de letrado, se subsanase mediante la designación de abogados del turno de oficio, cobrando el Sr. Jose Carlos por toda esta tramitación sin informar a los inmigrantes que la parte administrativa era gratuita, y que en la tramitación contenciosa dispondrían de asistencia letrada gratuita, aprovechándose del desconocimiento de los mismos sobre la significación jurídica de lo que firmaban.

Ninguno de los inmigrantes obtuvo la residencia por las gestiones desarrolladas por el acusado Sr. Jose Carlos , sino a través de la regularización que llevó a cabo el Gobierno español poco después de los hechos.

Mediante el mecanismo citado el acusado, en cuyo domicilio sito en la calle 29 de abril de esta ciudad fueron encontrados más de 1.000 expedientes personalizados con respecto a inmigrantes en los que figuraban las gestiones practicadas y los cobros económicos efectuados o pendientes de realizar por parte de estos, engañó durante la referida época a múltiples ciudadanos, habiendo sido posible localizar a los que siguen:

- Agustín , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 480 euros, por la tramitación de su documentación y la de su hermana, en el verano de 2003.

- Eugenio , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 150 euros, por la presentación de un recurso en vía contencioso administrativa, durante los primeros meses de 2004.
- María Inés , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 70.000 pesetas durante los primeros meses de 2002, por la presentación de la citada documentación y la redacción de un recurso en vía contencioso-administrativa.
- Eugenia , nacional de Uruguay, de quien obtuvo la entrega de 600 euros en el verano de 2003, por las gestiones ya señaladas.
- Rosana , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 100.000 pesetas durante los primeros meses del año 2000 por la tramitación de los permisos de trabajo y residencia y la preparación de un recurso contencioso administrativo.
- Ricardo , nacional de Venezuela, quien entregó en septiembre de 2003, 180 euros por las dos gestiones habituales.
- Celia , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 40.000 pesetas en abril de 2001, a cambio de la tramitación necesaria para la renovación del permiso de residencia.
- Rosario , nacional de Colombia, de quien obtuvo en febrero de 2004, la entrega de 100 euros, por la presentación de la documentación necesaria para la obtención del permiso de residencia, quedando pendientes 80 euros que no fueron entregados.
- Cecilia , nacional de Uruguay, de quien obtuvo en diciembre de 2002 la entrega de 300 euros por las gestiones referidas.
- Modesta , nacional de Colombia, a quien en los primeros meses del año 2000 realizó las gestiones relativas a la tramitación de su permiso de residencia, reclamándole cantidades inconcretas de dinero, que ésta no llegó a entregar.
- Conrado , nacional de Colombia, a quien en enero de 2003, cobró la cantidad de 240 euros por la formalización de un recurso contencioso administrativo, al habersele denegado a este último la obtención de los permisos de residencia y trabajo.

- Ildefonso , nacional de Colombia, de quien obtuvo a primeros de 2001 la entrega de 120.000 pesetas, más 150 euros algunos meses más tarde por el asesoramiento en la obtención de la 2ª residencia como estudiante.

- Secundino , nacional de Colombia, de quien recibió en enero de 2001 la cantidad de 90.000 pesetas por la redacción y presentación de la documentación necesaria para la obtención de los permisos de residencia y trabajo del anterior y su esposa Emilia y la redacción de los sucesivos recursos contencioso-administrativos.

- Argimiro , nacional de Colombia, de quien obtuvo 100.000 pesetas a finales de 2003, por las gestiones ya descritas.

- Sara , nacional de Colombia, de quien obtuvo en 2001 la entrega de 140.000 pesetas por la redacción y presentación de las solicitudes de permiso de trabajo y residencia, así como de un recurso contencioso-administrativo, dado que los primeros fueron denegados.

- Custodia , nacional de Colombia, de quien consiguió en febrero de 2002 la entrega de 100.000 pesetas, por los permisos de trabajo y residencia y redacción del ulterior recurso contencioso administrativo.

- Penélope , nacional de Colombia, a quien en abril de 2001, cobró 200.000 pesetas, por las anteriores gestiones relativas a su permiso de trabajo y residencia y los de su hijo Justiniano .

- Caridad , nacional de Colombia, de quien obtuvo en enero de 2003 la entrega de 240 euros por los permisos y recurso contencioso al ser denegados los primeros.

- Jose Pablo , nacional de Colombia, de quien obtuvo en enero de 2001 la cantidad de 50.000 pesetas, por la tramitación de los permisos de trabajo y residencia y la presentación del posterior recurso contencioso.

- Benigno , nacional de Colombia, de quien obtuvo la entrega de 600 euros, durante el mes de marzo de 2001, por las gestiones habituales.

- Salome , nacional de Colombia, de la que recibió en enero de 2001 la cantidad de 80.000 pesetas, por las gestiones descritas.

- Laureano , nacional de Colombia, de quien obtuvo en junio de 2003 la cantidad de 360 euros, por la redacción y presentación de los permisos de trabajo y

residencia y la confección de un recurso contencioso administrativo al ser rechazados los primeros.

En el interior del domicilio de Jose Carlos , fueron halladas dos armas inutilizadas (calibres 22 y 28 respectivamente) además de dos cajas de munición militar 9 mm parabellum conteniendo cada una de ellas 50 y 43 proyectiles respectivamente.

Los acusados D. Cornelio y Dña. Paulina , con pleno conocimiento de la actividad desarrollada por Jose Carlos y participación lucrativa en las ganancias por éste obtenidas, le auxiliaban en el mantenimiento y ejecución de toda la operación descrita, también con ánimo de enriquecimiento ilícito, bien realizando funciones de recepción de los inmigrantes en el domicilio y despacho del anterior, bien redactando personalmente los diferentes formularios utilizados, acompañando a los inmigrantes a las dependencias de la Delegación del Gobierno, o presentando ellos mismos personalmente o por correo las referidas solicitudes, actividades todas estas, que por el volumen de inmigrantes contactados, no hubiera podido realizar por sí solo" .

3º.-Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Jose Carlos , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 29 de junio 2009 , emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4º.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 17 de noviembre de 2009, la Procuradora D^a Raquel Rujas Martín, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

Primero , por **infracción de ley** , al amparo del art. 849.1 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE , y de los arts. 248, 249 y 74 CP .

Segundo , por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por **error en la apreciación de la prueba** , basado en documentos que demuestran la actuación errónea del juzgador.

5º.- La representación procesal del acusador particular, y el Ministerio Fiscal, por medio de escritos fechados respectivamente el 9 y 17 de diciembre de 2009, evacuando el trámite que se les confirió, y por la razones que adujeron,

interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

6º.- Por providencia de 5 de marzo de 2010 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 6-4-010, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se formula con un doble contenido por **infracción de ley** , al amparo del art. 849.1 LECr., por vulneración del art. 248, 249 y 403 CP , y por infracción de **precepto constitucional** , al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 de la LECr., y 24 CE, en relación con el derecho a la **presunción de inocencia** , de modo que, interpretando la real voluntad impugnativa, podemos entender que, junto a argumentos que encajan en la crítica a la prueba practicada, como insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, expone otros que corresponderían al *error iuris* , por falta de concurrencia de los elementos integrantes de los tipos de estafa y de intrusismo aplicados .

1. Por lo que se refiere a la alegación de **presunción de inocencia** , deberemos recordar que el motivo esgrimido, viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12-2-92); o como ha declarado el TC (S^a 44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que, una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS de 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr ., no correspondiendo al Tribunal de casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC 126/86, de 22 de octubre).

Por tanto, cuando en esta vía casacional se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado,

para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando, también, que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12-7).

2. Para el recurrente no son suficientes las declaraciones de los 16 testigos que declararon en la vista y los expedientes encontrados en el registro de la vivienda del acusado, para constituir prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, ya que afirma que de todos los testigos solamente tres o cuatro manifestaron haberse sentido engañados, y todos coincidieron en que el acusado no se presentó como abogado, sino como asesor para gestionar sus papeles.

Sin embargo, como apunta el Ministerio Fiscal, las conclusiones que extrae el Tribunal de instancia son lógicas y aceptables, conforme a las reglas de la experiencia y el sentido común. Y, en efecto, el Tribunal *a quo* , después de citar las declaraciones de los coacusados que aceptaron la certeza de los hechos, se refiere a que la defensa del acusado, ahora único recurrente, ni puso en duda la relación de los testigos con el último, ni el pago de dinero por aquéllos, limitándose a calificarlo de "meras propinas". Y significa la Sala de instancia, como elementos corroboradores de las conclusiones a que llega, las declaraciones de los testigos, del modo siguiente:

"1º.- El testigo Conrado señala que abonó 40.000 ptas. para que le prepararan la documentación para el permiso de residencia. Que se lo denegaron y que le interpusieron un recurso que firmó él, obteniendo la residencia por otro cauce, a través de la regularización, añadiendo que el acusado le indicaba que si le paraba la policía les exhibiese el recurso para evitar ser expulsado, lo que no era cierto en cuanto la eventual interposición de recursos no tiene efectos suspensivos.

2º.- Sara , si bien no llegó a abonar cantidad alguna mencionó que él se identificó ante ella como abogado, y que como ella no quería pagar hasta ver resultados, él le indicó que la llamaría sin hacerlo de forma efectiva.

3º.- Agustín señaló directamente que conoció a Jose Carlos como abogado, y que aún cuando él no se identificó como tal, se lo habían recomendado como abogado,

y que como ella no quería pagar hasta ver resultados, él le indicó que la llamaría sin hacerlo de forma efectiva.

4°.- María Inés señala que le hablaron de Jose Carlos como abogado, y que además trabajaba para Tráfico, aunque admite que él no se presentó como Letrado. Dicha testigo señaló que el acusado le dijo que no se preocupara que seguro que iba a obtener la residencia. Pagó al acusado la cantidad de 70.000 ptas., llegando a decirle él mismo que si llegaba a ser necesaria la interposición de recurso (algo no solo probable sino seguro al no cumplir dicha persona los requisitos para obtener la residencia) debía pagar otras 70.000 ptas., pero que si lo abonaba por adelantado había descuento y le cobraría solo 120.000, lo que constituye una expresión indudable no sólo del puro y exclusivo ánimo de lucro, sino del implícito reconocimiento de la improsperabilidad de la petición de residencia.

5°.- Almudena . Dicha testigo señaló que se lo recomendaron como abogado y que conseguía la residencia para los inmigrantes. Señala que lo llamaba "abogado" y que él nunca lo desmintió. Pagó al acusado 180 €, si bien le dijo que si no le daban el permiso de residencia (lo que aseguró que no pasaría), recurrirían y tendría que pagarle otros 180 €, lo que no hizo la testigo porque como afirma se sintió engañada, obteniendo la regularización por el Gobierno.

6°.- Eugenia . Pagó 600 €, y le denegaron la residencia, obteniéndola a través de la regularización general del Gobierno español. Señala que él se identificó ante ella como abogado, y aunque es cierto que firmó algo relacionado con la solicitud de asistencia jurídica gratuita, desconocía que estaba pidiendo abogado de oficio cuando interpuso el recurso que él le preparó.

7°.- Celia pagó 40.000 ptas. por un trámite, la renovación del permiso de residencia, gratuito y de muy probable concesión, como así fue.

8°.- Cecilia . Pagó 300 € siéndole denegada la residencia, recordando que presentó recurso contencioso y que firmó solicitud de asistencia jurídica gratuita pero que ignoraba cuál era su significado.

9°.- Modesta . Fue la única que nada abonó porque, como señalara en el plenario, no se fiaba, indicando que él le dijo que podía acelerar el procedimiento porque "tenía buenas amistades".

10º.- Secundino . Abonó unas 90.000 ptas. por él y por su mujer, sin que llegara a obtener la residencia gracias a sus gestiones, obteniéndola a través de la regularización.

11º.- Argimiro Abonó 600 €. Señaló que le denegaron el permiso de residencia que le preparaba el acusado, y que le preparó el recurso contencioso, recordando que le nombraron un abogado de oficio, obteniendo la residencia finalmente por la regularización que llevó a cabo el Gobierno español.

12º.- Custodia . Abonó 100.000 ptas. sin que llegara a obtener la residencia a través de él, sino con la regularización. Señala que ante ella se presentó como abogado, y que él fue quien le elaboraba todos los formularios, recordando que le nombraron una abogada de oficio, señalando que el acusado fue quien le presentó el recurso en lo contencioso.

13º.- Penélope . Abonó 200.000 ptas. por ella y por su hijo, y aunque no le prometió la concesión señala que sus gestiones no le sirvieron de nada, obteniendo la residencia por otra vía.

14º.- Caridad . Abonó 40.000 ptas., no obteniendo la residencia, lográndola con la regularización general del Gobierno español.

15º.- Jose Pablo . Pagó 50.000 ptas., sin que se la dieran llegando a recurrir en la vía contenciosa.

16º.- Benigno . Pagó 600 €, no obteniendo la residencia lográndola con la regularización general del Gobierno español".

Además el Tribunal *a quo* indica que al margen de ello, no cabe desconocer el resultado de la diligencia de entrada y registro efectuada en la vivienda que utilizaba para sus fines por funcionarios del CNP que se ratificaran en ella en el plenario, en el sentido de encontrar allí, perfectamente clasificados por trámites y nombres, copia de más de mil expedientes de extranjería, conducta que frontalmente choca con el mero asesoramiento puntual sin intervención activa de ninguna clase en la confección de las solicitudes de trabajo, residencia y recursos contenciosos.

Y sobre el aprovechamiento con animo de lucro, se destaca en la sentencia de instancia que **la única conclusión razonable con la base fáctica proporcionada con las aludidas pruebas, es que efectivamente el Sr. Jose Carlos se encargaba de**

gestionar toda la documentación ante la Delegación del Gobierno relativa a permisos de trabajo y residencia, elaboraba los recursos ordinarios, e incluso confeccionaba los recursos contenciosos administrativos que firmarían los interesados, pasándoles a la firma al mismo tiempo, aprovechándose del desconocimiento que estos tenían de los términos en que se redactaban, solicitudes de asistencia jurídica gratuita que presentarían adjuntando a su recurso contencioso, al ser consciente de que la intervención de letrado ya era preceptiva para el trámite procesal, de modo que cobraba por el recurso pero asumiendo que les serían nombrados abogados del turno de oficio para toda la tramitación ordinaria, convalidándose así el defecto observado.

Y añade que, por otro lado, aunque la defensa del Sr. Jose Carlos alude a una supuesta ONG en cuya virtud, y siempre con pretendido afán de ayuda, habría llevado a cabo su conducta, consta al folio 31 de las actuaciones (documental incorporada como prueba al amparo del art. 726 a instancia del Fiscal y no impugnada) que no figura inscrita, ni solicitud al respecto, ninguna ONG con el nombre de "Organización no Gubernamental Prohispanoamérica M. Elkin Patarroyo", siendo sorprendente que trabajando el Sr. Jose Carlos en la Delegación del Gobierno, y mostrando amplios conocimientos en materia de extranjería, haya obviado inscribirse en el Registro Oficial de ONGs adscrito a la Agencia Española de Cooperación Internacional, de la misma manera que tampoco consta inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones (folio 32).

Por otra parte, en relación al hecho de que el acusado se hiciera pasar por abogado, precisan los jueces *a quibus* que de las más de veinte testificales practicadas en el plenario se derivan datos distintos, mas ello no implica que se den contradicciones, sino que unos señalaran que en su asunto el acusado se presentó ante ellos como abogado, y en otros, en cambio, omitía cualquier referencia a su cualificación profesional, si bien admitiendo que muchos de los inmigrantes se dirigían a él con los términos de "licenciado" o "doctor", que los propios testigos aclaraban en el plenario que es el modo usual que tienen en sus países de origen, fundamentalmente los colombianos y los venezolanos, en dirigirse a los abogados o personas que ostentan una titulación superior, sin que el acusado en momento alguno lo desmintiera en cuanto a la ausencia de su condición de abogado.

Y, finalmente, y en relación al alcance y cualidad del asesoramiento prestado por los acusados, dice la Sala *a quo* que sirva de buena muestra la prueba documental propuesta, al efecto, por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 726 de la LECrim., y no impugnadas por las defensas, en concreto los folios 26 a 948, 1315 a 1691,

resaltando a título particular y como ejemplo de intrusismo, los recursos contenciosos obrantes a folios 1640 a 1642, 1683 a 1684, y 1697, siendo digno de resaltar, por su sentido sistemático, el amplísimo informe policial ratificado en el plenario y obrante a los folios 1321 a 1614, con los anexos correspondientes, y que muestra claramente el entramado creado principalmente por el Sr. Jose Carlos encaminado claramente a prestar una actividad retribuida de asesoramiento con finalidad de lucro.

3. En cuanto a las **figuras jurídico penales aplicadas**, por lo que se refiere a la estafa, como precisa el Tribunal *a quo* de la declaración de hechos probados se deriva que el Sr. Jose Carlos, con la colaboración de los otros dos acusados quienes se beneficiaban económicamente de ello, se venía dedicando a prestar asesoramiento jurídico a gran cantidad de extranjeros obteniendo un importante beneficio patrimonial a la vista de las distintas cantidades que de ellos cobraba, tal y como se deriva de las declaraciones testificales de los mismos. Ciertamente que el servicio que estos requerían era prestado por el acusado, como se deriva de la documentación obrante en autos, y que en aquellos supuestos en que interpuso recurso contencioso-administrativo, se preocupó en adjuntar al mismo solicitud de trámite procesal, como resulta legalmente exigible. Ahora bien, ello no significa ausencia de perjuicio patrimonial por cuanto el acusado Sr. Jose Carlos, con la colaboración de los otros dos, percibió importantes cantidades de dinero de los distintos inmigrantes, notoriamente superiores a las que resultaría exigible, sin que les informase que la tramitación puramente administrativa no les suponía coste alguno, y omitiéndoles el dato, también sustancia, de que para la interposición del recurso contencioso era precisa la asistencia de letrado y que al carecer él de dicha titulación, condecorador de que les sería designado de oficio, les hacía firmar la correspondiente solicitud de asistencia jurídica gratuita que todos ellos admitieron que desconocían cuál era su significación, si era para solicitar un abogado.

Dicho de otro modo, los tres acusados se lucraron abiertamente a toda costa de gran número de inmigrantes a los que cobraban importantes cantidades de dinero por prestarles un servicio que era gratuito, llegando a urdir el plan de conseguirles de forma efectiva asistencia de letrado cuando legalmente llegaba a ser exigible (los recursos contenciosos), a fin de evitar ser descubiertos. No parece razonable, ni se cree por ello esta Sala, que el Sr. Jose Carlos haya actuado por puro afán de altruismo cuando cobraba cantidades que oscilaban entre las 20.000 y las 100.000 ptas. a personas que conocía carecían de recursos, por asesorarles y

gestionarles unos trámites, los permisos de residencia, que eran gratuitos, llegando a formalizar recursos contenciosos para los cuales carecía de la titulación académica precisa.

Y cabe, para finalizar, resaltar el contexto socioeconómico de las personas que acudían a él, lo que tiene una indudable proyección en el engaño bastante como elemento normativo del delito de estafa. Se trataba de inmigrantes irregulares no solo con desconocimiento de la normativa española, sino sin recursos económicos, y que justamente llegaban a España buscando una situación más favorable de la que disponían en sus países de origen, y a los que el acusado aseguraba que obtendrían la residencia pese a ser conocedor, justamente porque al ser funcionario de la Delegación del Gobierno y conocedor de la normativa administrativa en materia de extranjería, que tal circunstancia no era posible en más del 90% de los casos, como así fue en la realidad en que a todos se les denegó llegando a obtenerla por la regularización llevada a cabo por el Gobierno Español entre los años 2004 y 2005. Pese a ello, ningún reparo tuvo en cobrarles importantes cantidades de dinero asegurando, pese a que conocía que no era así, que obtendrían la residencia gracias a sus trámites. Incluso les indicaba que pusieran en el recuadro relativo a las profesiones que desempeñarían en España trabajos que los propios inmigrantes le indicaban no estar cualificados, con evidente finalidad defraudatoria.

Y en cuanto al delito de intrusismo , previsto en el inciso primero del párrafo primero del art. 403 CP , si bien hay que compartir, como destaca la propia sentencia de instancia -de acuerdo con nuestra STS 934/2006, de 29 de septiembre -, que ninguna relevancia penal tiene la previa actividad de asesoramiento puramente administrativo, que no invade las *funciones propias* del ejercicio profesional de la abogacía, no podemos coincidir con los jueces a quibus , sobre que sí se incurre en tal invasión por la elaboración de recursos contenciosos administrativos, dado que aunque el art. 23 de la L 29/98, de 13 de julio , que regula la Jurisdicción Contencioso-Adva., precisa que en sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador, pero serán asistidas , en todo caso, por Abogado, y que en sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado , del f actum no se desprende inequívocamente que el acusado hubiere realizado actos propios del ejercicio profesional de la abogacía.

En efecto, solo se declara probado que "el citado acusado llegó a confeccionar para sus clientes varios recursos contenciosos- administrativos", admitiendo que se los hacía firmar a los clientes y la solicitud de asistencia jurídica gratuita, de modo que se subsanase la falta de letrado mediante la designación de abogados del turno de oficio, que lógicamente, habrían de ocuparse de todos los trámites ulteriores del procedimiento.

No se precisa en el factum que hubiera existido complejidad en la intervención del acusado, lo que unido a la levedad o sencillez del trámite inicial, a que se refiere el art. 45.1 de la citada Ley 29/98, de 13 de julio , consistente en un "escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso", bien autoriza a pensar que el hoy recurrente se limitó a preparar o rellenar un formulario como los utilizados por sus auxiliares los coimputados Cornelio y Paulina , que no fueron acusados de intrusismo.

Todo ello, sin perjuicio de considerar que los hechos declarados probados autorizan a atribuir al Sr. Jose Carlos la falta , prevista en el art. 637 CP , consistente en la "atribución pública de la cualidad de profesional amparada por título académico que no se posea", actividad plenamente probada y descrita fácticamente.

Por todo ello, el motivo ha de ser parcialmente estimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo, se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por **error de hecho en la apreciación de la prueba** , basado en documentos que demuestran la equivocación del juzgador.

1.Los requisitos exigidos por reiterada jurisprudencia de esta Sala (Cfr. STS de 17-7-2006, nº 822/2006), para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una *verdadera prueba documental* , y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de *evidenciar el error* de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo *directo* , es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite *no* se encuentre en *contradicción* con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea *importante* en cuanto tenga *virtualidad* para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

5) También la doctrina de esta Sala admite *excepcionalmente* la virtualidad de la prueba *pericial* como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

2.El propio recurrente, sin llegar a desarrollar el motivo, reconoce que no ha podido formalizarlo por no haber designado expresamente los documentos exigidos para la acreditación del referido error.

Consecuentemente, el motivo tiene que ser desestimado.

TERCERO.- Estimado parcialmente el recurso, procede declarar de oficio las **costas** del mismo, de acuerdo con las previsiones del art. 901 LECr .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **haber lugar a estimar en parte** el recurso de casación, por infracción de precepto constitucional, e infracción de ley, interpuesto por D. Jose Carlos , contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2009 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , en causa seguida por delitos de estafa e intrusismo, declarando de oficio las **costas** del recurso.

Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dictará, al tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Jose Manuel Maza Martin **D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Jose Antonio Martin Pallin**

En la Villa de Madrid, a doce de Abril de dos mil diez

SEGUNDA SENTENCIA

En la causa correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 129/06, incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas, fue dictada sentencia el 4 de junio de 2009 , por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que condenó a D. Jose Carlos "*...como autor penalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA y UN DELITO DE INTRUSISMO, asimismo ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el primer delito, de TRES AÑOS DE PRISIÓN Y ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, y por el segundo, DOCE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS NO SATISFECHAS; Y LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS POR DOS TERCERAS PARTES (con exclusión de las causadas por la acusación particular), ABSOLVIÉNDOLO DEL DELITO DE DEPÓSITO ILÍCITO DE MUNICIONES.*

2º.- *QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados D. Cornelio y Dña. Paulina , ya circunstanciados como autores penalmente responsables de un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA, asimismo ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de NUEVE MESES DE PRISIÓN Y ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA; Y LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS EN UN TERCIO Y POR PARTES IGUALES ENTRE ELLOS (con exclusión de las causadas por la acusación particular).*

3º.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados D. Cornelio , Dña. Paulina y D. Jose Carlos a que conjunta y solidariamente indemnizen a los perjudicados referenciados en la declaración de hechos probados, los importes que estos satisficieron y que también se consignan en los mismos, más los intereses legales del art. 576 de la LEC ."

Dicha sentencia ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de nuestra sentencia anterior y los de la sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

En su virtud, los hechos declarados probados son constitutivos de los mismos delitos por los que fueron condenados los acusados, salvo del delito de INTRUSISMO, comprendido en el art. 403 CP por el que también fue condenado el acusado, D. Jose Carlos , que debe ser sustituido por la FALTA prevista en el art. 637 CP , de atribución pública de la cualidad de profesional.

SEGUNDO.- En consecuencia, debemos **absolver** al recurrente del referido delito de intrusismo, declarando de oficio las costas correspondientes de la instancia; y **condenarle** en concepto de autor de la referida FALTA a **la pena de multa de 20 días , con cuota diaria de 6 euros** , y a las costas de la primera instancia correspondientes a un juicio de faltas.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, incluidas las condenas recaídas por el delito continuado de estafa, penas accesorias resultantes y responsabilidades civiles.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a D. Jose Carlos del delito de intrusismo, ya referido, declarando de oficio las costas correspondientes de la instancia; y

debemos condenarle y **le condenamos** en concepto de autor de una FALTA CONTRA EL ORDEN PÚBLICO, a **la pena de multa de 20 días , con cuota diaria de 6 euros** , y a las costas de la primera instancia correspondientes a un juicio de faltas

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, incluidas las condenas recaídas por el delito continuado de estafa, penas accesorias resultantes y responsabilidades civiles.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.