Roj: **STS 826/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:826**

Id Cendoj: **28079120012020100139**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **11/03/2020**
Nº de Recurso: **2525/2018**
Nº de Resolución: **110/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2525/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2525/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de la recurrente Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae) y otros, contra el Auto dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, sin que pueda serle permitido a Adicae ejercer la acusación popular dirigida contra los acusados Narciso y Irene , los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Dña. Mª del Mar Villa Molina y bajo la dirección Letrada de Juan Francisco Llanos Acuña, y los recurridos Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros (Caser) representada por la Procuradora Dña. Andrea Dorremochea Guiot y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Sánchez-Calero Guilarte; la acusada Irene representada por la Procuradora Dña. Sylvia Elisa Scott Glendonwyn Álvarez y bajo la dirección Letrada de D. Ginés Avilés Alcaraz y Narciso representado por la Procuradora Dña. Isabel Juliá Corujo y bajo la dirección Letrada de D. Ginés Avilés Alcaraz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 3 incoó Diligencias Previas con el nº 170 de 2011, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 12 de julio de 2018 dictó Auto que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

"PRIMERO.- En las. actuaciones de referencia, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado n° 170/2011, Pieza Separada de Participaciones Preferentes y Deuda Subordinada, se dictó el día 17-3-2016 por el Juzgado Central de Instrucción n° 3 auto de transformación, en el que, después de varias vicisitudes procesales, se confirió el 17-4-2017 a las partes acusadoras traslado para, en su caso, formular escritos de acusación, lo que cumplimentaron las representaciones procesales de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS y de Nicanor Y OTROS, en tanto que el MINISTERIO FISCAL no presentó escrito en dicho sentido, al considerar que los hechos investigados no eran constitutivos de responsabilidad criminal".

SEGUNDO.- El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"EL TRIBUNAL ACUERDA: El SOBRESEIMIENTO LIBRE Y ARCHIVO de las actuaciones, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas, sin que pueda serle permitido a ADICAE ejercer la acusación popular dirigida contra los dos acusados Narciso y Irene , al carecer de legitimación para ello. Se declaran de oficio de las costas procesales devengadas. Una vez declarada firme esta resolución, deberán alzarse las medidas cautelares impuestas a los acusados y levantarse la suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores incoados. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la recurrente **Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae)** y otros, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la recurrente **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)** y otros, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, todo ello en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiendo que se ha producido una efectiva situación de indefensión para mi representada.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se ha infringido una norma jurídica que debió ser observada en la aplicación de la Ley Penal, concretamente el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo al sobreseimiento de la causa penal en determinadas circunstancias, en relación con los artículos 282 bis y 284.1 y 284.2 del Código Penal y con la jurisprudencia que le resulta de aplicación en su desarrollo; se trata de delitos incluidos en la Sección 3ª del Capítulo XI, Título XIII del Libro II, intitulada "De los delitos relativos al mercado y los consumidores".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión, dándose asimismo por instruidas las representaciones de las partes recurridas, impugnando el recurso y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de marzo de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCO, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), contra el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 12 de Julio de 2018.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, todo ello en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiendo que se ha producido una efectiva situación de indefensión para mi representada.

Debemos señalar, en primer lugar, el iter sucedido en el inicio de las sesiones que determina el proceder del Tribunal en el auto dictado, y así consta que:

"Comparecidas las partes al plenario el día señalado, al inicio del mismo la dirección procesal de la acusación ejercida por Nicanor y otros manifestó que retiraba la acusación, tanto la popular ejercida por el primeramente nombrado como la particular ejercida por los restantes no mencionados específicamente, hasta entonces mantenida.

En cambio, la dirección procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS, se manifestó en igual sentido de retirada de la acusación particular en relación a las personas a las que consideraba perjudicadas, tampoco específicamente nombradas, pero no así respecto a la acusacion de la propia entidad ADICAE, que se mantuvo en su acusación popular contra los dos acusados antes mencionados.

Concedida la palabra al MINISTERIO FISCAL, interesó que, ante la doble retirada de la acusacion afectante a los supuestos perjudicados por los hechos investigados, además de la ejercida por la acusación popular de Nicanor y otros se está en el caso del mantenimiento de la asociación ADICAE como única acusación (con el carácter de popular) personada, la cual carece de legitimación para actuar en este juicio, por aplicación de la doctrina instaurada por la STS nº 1045/2007, de 17 de diciembre. Por lo que considera que procedía la suspensión del plenario, para dictar auto de sobreseimiento libre de la causa.

Conferido el pertinente traslado a las partes, las defensas de los acusados Narciso y Irene y de los responsables civiles directo CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (CASER) y subsidiario BANCO DE SABADELL S.A., se adhirieron a lo manifestado por el Ministerio Público, puntualizando la última entidad nombrada que, ante la inexistencia e perjudicados a que eventualmente indemnizar, ninguna razón de ser tenía su presencia en el procedimiento.

En cambio, la defensa de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), interesó que, en efecto, debía resolverse la cuestión suscitada, para luego continuar el procedimiento suspendido, ante el problema nacional que ha planteado la emisión, comercialización y canje de los productos financieros litigiosos".

Con ello, el Tribunal argumenta que:

"Acerca de la legitimación activa en el proceso penal de la acusación popular, cuando ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular que representa a los perjudicados u ofendidos por el delito hayan decidido la prosecución del procedimiento criminal, existe una consolidada línea jurisprudencial desfavorable a la tesis mantenida en este procedimiento por ADICAE.

Doctrina que comenzó con la STS nº 1045/2007, de 17 de septiembre, y ha continuado en las SSTS nº 45/2008, de 8 de abril; nº 8/2010, de 20 de enero; nº 4/2015, de 29 de enero; nº 277/2018, de 8 de junio, y nº 288/2018, de 14 de junio. Directrices jurisprudenciales que aceptaron la modulación o complemento instaurado en la STS nº 54/2008, de 8 de abril".

Argumentos de base del Tribunal de instancia:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"1.- Existente imposibilidad legal de ADICAE para sostener la acusación popular contra los dos acusados, a raíz de las tantas veces mencionada retirada de la otra acusación popular-particular personada, e incluso la particular ejercida por la misma parte que ahora sólo ostenta la popular de ADICAE, resaltando una vez más que el Ministerio Fiscal nunca ha formulado acusación contra tales dos acusados y que las dos acusaciones particulares han retirado sus cargos contra dichos acusados".

2.- En el art. 782.1 LECr el concepto "acusador particular" no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue".

3.- La STS nº 54/08, de 8-4-2008 en virtud de la cual consagró la llamada "doctrina Atucha". La misma estableció que el criterio aplicado en la sentencia nº 1045/07 no puede extenderse a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican la doctrina allí instaurada.

Además, implantó que en los delitos que carecen, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular, el Ministerio Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. Por ello, en esa clase de delitos, la acción popular no debe conocer restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal.

4.- Acción popular e "intereses colectivos".

La presencia de la acción popular puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal. Lo que viene a significar que cuando el delito en cuestión afecta a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, la acusación popular es suficiente para abrir juicio oral y celebrar el plenario.

5.- El "interés público" y el "interés privado" de la STS 1045/2007. La ausencia de voluntad de persecución y exclusión de la acción popular.

La doctrina que inspira la sentencia 1045/2007, centra su tema decidendi en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y éste es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.2 de la LECrim.

6.- Este Tribunal estima que resulta improcedente la legitimación activa que reclama ADICAE para sostener la acusación popular dirigida contra los acusados Narciso y Irene , por la supuesta comisión de hechos presuntamente constitutivos de los delitos continuado de estafa agravada (previsto y penado en los artículos 248, 249 y 250.6º y 7º del Código Penal), continuado de publicidad engañosa (previsto y penado en el artículo 282 bis del Código Penal) y continuado de maquinación para alterar el precio de las cosas (previsto y penado en el artículo 284 del Código Penal, en la redacción vigente hasta el 23-12-2010, y en el artículo 248.1 y 2, tras su entrada en vigor el 24-12-2010). Lo que conllevará el pronunciamiento de sobreseimiento libre de la causa, con declaración de oficio de las costas procesales generadas.

A tales conclusiones llegamos después de apreciar la imposibilidad de ejercicio del protagonismo acusatorio pedido, ante la acreditada confluencia de criterios del Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares personadas en retirar, éstas últimas, las acciones penales dirigidas contra los acusados, al considerarse resarcidos de los posibles perjuicios causados, en tanto que el Ministerio Público nunca ejerció tal acusación.

Es importante tener en cuenta que en autos no se constata la existencia de más supuestos perjudicados, distintos de los personados y de los que aparecen resarcidos en sus derechos económicos, no dejando margen de actuación a la pretendida acusación solitaria de ADICAE, pues los intereses públicos y particulares reunidos en el procedimiento han manifestado su tajante voluntad de retirada.

Asimismo, es relevante destacar que los delitos que provisionalmente se han venido atribuyendo a los acusados, no protegen bienes jurídicos difusos, colectivos ni meta-individuales, cuya defensa no hubiera sido susceptible de ser monopolizada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares. Precisamente la doble y convergente petición de sobreseimiento libre de tales acusaciones pública y particulares implican un posicionamiento de cierre a cualquier otra pretensión penal, ante la irrelevancia criminal de los hechos.

El mantenimiento de la acusación radicaba en el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, no ejerciendo tal acusación el Ministerio Público, pero sí las acusaciones particulares, cuya doble retirada de acciones para el enjuiciamiento de posibles delitos de carácter eminentemente patrimonial cierra la vía de actuación de la asociación ADICAE como acusación popular.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Ante la inconsistencia penal de los hechos investigados, sólo resta el marco administrativo sancionador -propio de órganos no judiciales inicialmente, cuya suspensión se alzará una vez cobre firmeza esta resolución".

Frente a la pretensión del recurrente de que se le admita la acción popular pese a la postura del Fiscal y la acusación particular no hay que olvidar que el recurrente ha sido parte en el presente procedimiento ejercitando la acción particular de una serie perjudicados y, a su vez, como asociación en concepto de acusación popular, que traía su causa de los supuestos delitos causados a los referidos perjudicados. Pero la postura que se produjo al comienzo del juicio oral en relación a que el recurrente renunció al ejercicio de la acusación particular que venía ostentando, y también fue renunciada por parte de otra acusación particular y popular personada, la circunstancia de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de las actuaciones por entender que los hechos no eran constitutivos de delito provoca el efecto de no poder admitirse la postulación que se pretende, dado que Fiscal y acusación particular no optan por la continuación de la causa y no existe un interés público digno de protección al modo y manera que sostiene la doctrina de esta Sala conforme a continuación se explicita.

Resulta ya de por sí controvertido que la parte haya podido actuar como acusación particular y al mismo tiempo como acción popular, lo que resulta cuestionable por la duplicidad de posición que no encuentra acomodo alguno procesal. Pero si se produce una renuncia, además, en la de acusación particular, el Ministerio Fiscal propone el archivo y no existe interés público digno de protección, además de ser procedimiento en el que ha intervenido la iniciativa particular que ha renunciado a su acción penal es de todo punto aplicable la falta de legitimación de la acción popular para mantener su acusación en el proceso penal, dado que, precisamente, el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento libre, y es de que aplicar lo establecido en el número 1 del artículo 782 de la LECRIM, y en consecuencia es correcto el auto de sobreseimiento libre acordado por la Audiencia y que es objeto de recurso.

El recurrente sostiene que los delitos objeto de acusación permiten sostener la viabilidad de su acción en el proceso aplicando la doctrina del caso Atuxta de esta Sala en sentencia 54/2008. Añade que en el escrito de calificación provisional se calificaron los hechos como un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de publicidad engañosa, y un delito continuado de maquinación para alterar el precio de las cosas. Y que el bien jurídico protegido en ambos delitos conlleva una protección de intereses colectivos por afectar a consumidores. Se sostiene que se trata de delitos relativos al mercado y los consumidores son aquellos delitos de orden socioeconómico a través de cuya previsión legal se pretende sancionar los comportamientos que atentan contra el mercado, la libre competencia y los consumidores.

Pues bien, es sabido que en el sistema establecido en la LECrim. suele distinguirse entre una acusación pública (Fiscal), una acusación particular (la del ofendido o del perjudicado), y la posible personación de la acusación popular, cuando esté admitida (cualquier ciudadano no ofendido ni perjudicado directamente por el hecho delictivo).

Así pues, esta Sala ha tratado la interpretación de la viabilidad de sostenerse la acción popular según las circunstancias concurrentes en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 288/2018 de 14 Jun. 2018, Rec. 1912/2017, donde se desglosa el estudio sobre esta cuestión en los siguientes parámetros:

1.- Interpretación de las doctrinas Botín y Atuxta y diferencias esenciales:

La doctrina proclamada por las doctrinas Botín y Atucha no puede entenderse sin la singularidad de cada uno de los supuestos de hecho a los que esta Sala tuvo que dar respuesta.

A.- STS 1045/2007: El Ministerio Fiscal y la acusación particular representada por la Abogacía del Estado instaron el sobreseimiento de la causa, al estimar que no estaba justificada la perpetración del delito contra la hacienda pública que había determinado la inicial incoación de las diligencias.

Frente a esta petición de cierre, una acusación popular solicitó la apertura del juicio oral, al entender que sí se había acreditado una conducta defraudatoria para el fisco, con grave perjuicio para el erario público.

B.- STS 54/2008: El Ministerio Fiscal pidió el sobreseimiento de la causa que se había seguido contra una autoridad autonómica, considerando que el delito de desobediencia por el que el propio Fiscal había formulado inicialmente querella criminal, no había quedado debidamente justificado.

Frente a esta petición, una acusación popular hizo valer su voluntad de ejercicio de la acción penal, obteniendo la apertura del juicio oral y recurriendo en casación el inicial pronunciamiento absolutorio.

2.- El elemento diferencial.

Existe un dato que diferencia conceptualmente ambos precedentes:

a.- Mientras que en uno de ellos coinciden en la petición de cierre el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

b.- En el segundo está ausente cualquier acusación que invoque la defensa del interés particular del perjudicado.

Y sólo está presente la acusación pública porque el delito por el que se iniciaron las diligencias -desobediencia- es un delito que, por definición, no admite un perjudicado que pueda monopolizar las consecuencias negativas que, para una u otra persona, haya traído consigo la comisión del ilícito penal. Es, por tanto, una exigencia conceptual, ligada a la naturaleza del delito investigado, la que impide la presencia de un perjudicado directo que, invocando su voluntad de mostrarse parte, pueda asumir el ejercicio de la acusación particular.

Esta diferencia, por sí sola, ya podría resultar suficiente para justificar un diferente tratamiento jurídico de situaciones que, en modo alguno, pueden resultar identificadas.

3.-¿Cómo debe interpretarse el art. 782.1 LECRIM a la luz de estas sentencias según la STS 288/2018 de 14 Jun .

El art. 782.1 de la LECrim cierra la puerta del juicio oral -y así sucedía en la STS 1045/2007- en aquellos casos en los que se manifiesta una doble y convergente petición de sobreseimiento, a saber, la que interesa el Fiscal, órgano promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y la que solicita la acusación particular, esto es, la representación legal del perjudicado por el delito.

En el supuesto de hecho que contemplaba la STS 54/2008, nada de esto acontecía. Era el Ministerio Fiscal -por cierto, el mismo que había formalizado inicialmente una querella criminal por la posible comisión de un delito de desobediencia- quien interesaba de forma exclusiva el sobreseimiento de la causa. Ninguna similitud existía entre ambos supuestos.

De hecho, en la segunda de las sentencias -caso Atucha- ni siquiera se dibujaba el presupuesto fáctico al que el art. 782.1 de la LECrim asocia el efecto vinculante en la petición de sobreseimiento, que no es otro que la concurrencia de esa doble voluntad de archivo en ambas acusaciones, la pública y la particular. De ahí que no pudiera aplicarse, en ausencia de acusación particular, un precepto concebido de forma exclusiva para la hipótesis en que el ejercicio de la acción penal, en la fase intermedia, se diversifica con una doble representación de los intereses que pueden llegar a converger en el proceso penal, la de los intereses públicos, a cargo del Fiscal, y la de los intereses particulares, hechos valer por la acusación particular.

La jurisprudencia, por tanto, no avala un entendimiento de la acción popular construido a partir de la imaginaria contradicción entre dos supuestos que no pueden ser equiparados.

El cierre representado por la doctrina Botín, resultado de la coincidente voluntad de archivo asumida por los defensores de los intereses que laten en el proceso penal, no se tornó en frívola decisión de apertura en la doctrina Atucha.

En el primero de los casos, la celebración del juicio oral para reparar un daño que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado declaraban inexistente, habría implicado un retroceso en la evolución histórica que explica los fines del proceso penal.

Habríamos contribuido a resucitar una concepción trasnochada del orden jurisdiccional penal, ocasionalmente convertido en un artificial y frívolo campo de batalla en el que una asociación se arroga la defensa de intereses que ni el Fiscal ni el defensor institucional del patrimonio público reputan dañados.

En el segundo de los casos, por el contrario, admitir la posibilidad de que, mediando una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma enriquecido de una asociación, permite reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto del proceso.

La línea argumental que late en ambas resoluciones no puede ser abordada con el reduccionismo que se aferra a la obviedad de que un delito contra la hacienda pública, por ejemplo, no puede ser indiferente al interés colectivo. Desde luego, no lo es. Tienen razón quienes reivindican la dimensión social de aquel delito, ligada al deber constitucional que alcanza a todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (cfr. art. 31 CE).

Sin embargo, ese mandato constitucional no agota el bien jurídico protegido en los delitos contra la hacienda pública. Antes, al contrario, se aproxima más a la razón de política criminal que justifica el castigo con penas privativas de libertad a todo aquel que, mediante la elusión fraudulenta del pago de los impuestos, menoscabe el patrimonio y las expectativas de ingreso en el erario público. Con todos los matices sugeridos por su tratamiento sistemático, estamos ante un delito de naturaleza patrimonial, por más que su existencia entronque de una manera tan directa con la llamada constitucional a la irrenunciable vigencia del principio

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas. Dicho en palabras de la STS 952/2006, 6 de octubre, se trataría de algo más que un delito patrimonial, pues presenta una clara relación con «... la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del patrimonio estatal, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas».

Pero más allá del resbaladizo debate ligado a la determinación del bien jurídico y a sus efectos en el ámbito de la persecución penal de un delito, lo cierto es que la representación procesal del Estado y la defensa del erario público corresponden a la Abogacía del Estado o al funcionario que asuma la defensa oficial de cualquier otro órgano de la Administración Pública. Es evidente, por tanto, que la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, con todos los añadidos con los que quiera enriquecerse el bien jurídico, es una defensa profesionalizada, que se hace recaer en la Abogacía del Estado o en aquellos funcionarios que en el ámbito autonómico asumen legalmente ese cometido. Y, como tal, no admite su delegación a cualquier ciudadano que quiera suplir lo que interpreta como censurable inacción de los poderes públicos. Así lo establece la Ley 52/1997, 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. En su art. 1 º determina que «la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado». En el presente caso el art. 1º. del Real Decreto 2134/1984, 26 de septiembre y la disposición segunda, apartado A. 3 de su Anexo, prestan cobertura jurídica a la profesionalización de la defensa en juicio de los intereses patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

No cabe, en consecuencia, oponer a la defensa profesional del erario público una entusiasta defensa amateur, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado. La lectura constitucional del proceso penal no es conciliable con la admisión de un *amicus fisci* dispuesto a asumir, sin más apoderamiento que su personal iniciativa, la representación y defensa del erario público en aquellos casos en los que su defensor institucional considera que no ha existido un daño penalmente reclamable. Admitir lo contrario puede conducir a situaciones paradójicas, tanto en lo afectante a la declaración de responsabilidades civiles, incompatibles con el ejercicio de la acción popular, como al efectivo reintegro de esos importes en las arcas públicas sin que ni siquiera exista un acto administrativo de requerimiento de pago al finalmente condenado.

Cuanto antecede hace explicable la conclusión alcanzada por esta Sala en los precedentes citados por la defensa en su recurso.

En efecto, cuando el Ministerio Fiscal y el defensor del patrimonio -privado o público- menoscabado por el delito interesan el sobreseimiento de la causa, el Juez debe acordarlo.

Así lo impone el art. 782.1 de la LECrim, en congruente mandato con la cobertura constitucional de la acción popular -que admite limitaciones legales a su ejercicio- y con el actual estado del proceso penal, entre cuyos fines no se encuentra la simple persecución de un hecho que ni el Fiscal ni la acusación particular consideran delictivo.

El daño o la puesta en peligro de un bien jurídico -sin adentrarnos en los matices funcionalistas que esta afirmación sugiere- está en la base de todo hecho susceptible de dar lugar a la incoación de un proceso penal. Y así ha quedado expuesto en nuestra jurisprudencia.

4.- Alcance de la STS 1045/2007, 17 de diciembre (caso Botín).

En la STS 1045/2007, 17 de diciembre (caso Botín), razonábamos la constitucionalidad de un enunciado legal - art. 782.1 LECrim- llamado a restringir la capacidad de ejercicio de la acción popular. Justificábamos entonces una decisión de cierre a partir de la convergente petición de sobreseimiento del defensor de los intereses públicos y del acusador particular.

Decíamos entonces que «... es perfectamente plausible que cuando el órgano que "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas.

Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular.

Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado. (...).

Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción mediante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma».

En el FJ 14 añadíamos: «... considerando la voluntad expresada por el Legislador en el texto legal, es claro que el Legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular.

En el n.º 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal.

En el n.º 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los "directamente ofendidos o perjudicados".

Por dos veces, por lo tanto, no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos. (...)

Por otra parte, desde la perspectiva de una interpretación subjetiva o histórica se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían «esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular --como representante del perjudicado por la acción delictiva-- y el acusador popular» (B. O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda N.º 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes).

Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito.

Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1 LECrim. es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Es correcto, en consecuencia, concluir que la enumeración es cerrada y que no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal».

5.- Alcance de la STS 54/2008, 8 de abril .

La STS 54/2008, 8 de abril, abordó un supuesto que -como hemos razonado en el FJ 1.3-, presentaba una singularidad bien distante de la presencia de esa doble y reforzada petición de cierre.

Ahora era el Ministerio Fiscal, en ausencia de toda representación particular, a la vista del delito por el que se entabló la querella, quien instaba el sobreseimiento de la causa.

Y así lo razonábamos: «... la doctrina que inspira la sentencia 1045/2007 centra su thema decidendi en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim».

Añadíamos entonces que «... la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis.

Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico».

En similar línea a lo ya expuesto, concluímos que «... esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal».

En consecuencia, es perfectamente entendible que «... *tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, (...) el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público».*

Y concluíamos en los siguientes términos: «... en definitiva, satisfecho el interés público en la persecución del delito y *expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva*. El proceso penal justifica su existencia, entre otros fines, por su carácter de institución pública para la adecuada reparación de los efectos del delito. De ahí que se aproximará más a su ideal cuando la interpretación de las reglas que disciplinan sus distintas fases, se acomode al criterio de que, en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundamentadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim. es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito».

También dábamos respuesta a la tesis defendida por quienes sostienen que el control jurisdiccional del juicio de acusación es garantía suficiente para evitar acusaciones populares infundadas o contrarias a los principios fundamentadores del proceso penal: «no es obstáculo para este entendimiento, la idea de que el control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), siempre permitirá al Juez discernir entre aquellas acusaciones populares fundadas y aquellas otras que no lo son. Cuando el art. 782.1 de la LECrim proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado. (...)

Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal».

6.- Alcance de la STS 8/2010, 20 de enero .

La STS 8/2010, 20 de enero, no se distanció de la doctrina proclamada en los precedentes transcritos.

Antes, al contrario, recordó la compatibilidad entre ambos pronunciamientos y apuntó, con voluntad de síntesis, que

«La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente:

a.- En el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007).

b.- Doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el

Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).

c.- Añadíamos entonces que «...el Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular.

Es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva".

7.- Alcance de la STS 4/2015 de 29 Ene. 2015

"La interpretación literal en que se basaba la doctrina Botín no concurre en este caso (art. 782 LECrim). Para privar de legitimación a la acusación popular se exigía que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular solicitasen el sobreseimiento"

8.- Alcance de la STC 205/2013 de 5 de diciembre

"En el presente caso, como ha sido detallado en los antecedentes, la Sentencia impugnada ha dedicado una especial atención en el fundamento de Derecho primero a exponer las razones en virtud de las cuales se justificaba una conclusión diferente a la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2007 , sobre la interpretación del art. 782 LECrim respecto de la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular.

A esos efectos, se destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su thema decidendi en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECrim , sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.

Pues bien, en atención a lo expuesto debe concluirse que, en los términos en que ha sido desarrollado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina de este Tribunal Constitucional, no cabe apreciar su vulneración en el presente caso. En efecto, la Sentencia impugnada, no sólo desarrolla ampliamente las razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007 , sino que además pone de manifiesto la notable diferencia que se da entre los supuestos analizados en cada una de las resoluciones, lo cual por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad. Además, el criterio sentado en la Sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010 . Por tanto, no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una ratio decidendi sólo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales, por lo que este concreto motivo de amparo también debe ser desestimado".

No se vulnera el principio de igualdad si en la aplicación de las SSTS 1045/2007 y 54/2008 se lleva a cabo teniendo en cuenta cada caso concreto, y en base a las características propias que se desprenden de cada sentencia según se ha expuesto.

9.-Alcance de la STS nº 277/18, de 8 de Junio de 2018 .

"Los criterios sobre la legitimación de la acusación popular, siendo controvertidos, están también relativamente asentados en la jurisprudencia.

Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidad en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público. Según la doctrina de esta Sala, esa situación difiere en puntos sustanciales de la que se presenta cuando el Ministerio Público, órgano imparcial que constitucionalmente tiene atribuida la misión de hacer valer ante los tribunales la legalidad y el interés social y, como consecuencia de ello y entre muchas otras funciones, enarbolar la pretensión acusatoria que entiende procedente en el proceso penal (y, en su caso, oponerse a las improcedentes, lo que es también un interés de toda la sociedad), solicita el sobreseimiento y lo hace en concordancia y sintonía, en confluencia con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito.

El delito de tráfico de influencias pertenece a la primera categoría y por ello hay que aceptar la legitimación de la acusación popular para enarbolar esta pretensión".

Manteniendo la línea ya expuesta se sostiene la exclusión de la acción popular si el Fiscal no acusa, ni la acusación particular, -como ocurre en este caso- en delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos. Es decir, en la línea ya expuesta por la doctrina precedente cifrada.

10.- Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral»."

Ante ello, es preciso poner el énfasis en que, como señala la doctrina más autorizada, resultaba evidente que tal y como declara la STS 54/2008:

1.- En el caso contemplado por la STS 1045/2007 (Caso Botín) instaron el sobreseimiento, tanto el Ministerio Público (como defensor del «interés público») cuanto el Abogado del Estado (en su calidad de ofendido/ perjudicado y defensor, por tanto, del «interés privado»).

2.- En el caso de la STS 54/2008 «... en esta causa (en la del Sr. Alejandro) no existió personada, ni podía haberla, ninguna acusación particular ejercitada por ofendido o perjudicado». La existencia, pues, de un perjudicado personado en la causa Botín y su ausencia en la de Alejandro establece la referida diferencia fáctica.

3.- La esencia de la STS 54/2008 (Atuxta) radica en que: "Es precisamente en este ámbito (en el de la persecución de los delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales) en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público".

4.- En la STS 1045/2007 se hace constar que la STS 1045/2007, de conformidad con la legislación a la sazón vigente, al poner coto a una acusación abusiva, inicia una nueva etapa, en materia de acusación popular en la cual deben los tribunales comprobar que el ejercicio de este derecho cívico y activo se realiza con plena observancia a «las exigencias de la buena fe» (art. 7.1 CC).

5.- Con ello:

a.- Si existen intereses supraindividuales dignos de protección, y no susceptibles de defensa particular, la acción popular es eficaz pese a la postulación de archivo del Fiscal.

b.- En el caso de no ser así, la petición de archivo del Fiscal y la acusación particular veda a la acción popular su continuación.

En consecuencia, ante el alegato del recurrente que pone el énfasis en el bien jurídico protegido en los delitos objeto de acusación es preciso destacar en apoyo de la desestimación del motivo, y en la línea que apoya el Ministerio Fiscal que:

a.- Como ya decíamos en la sentencia 1045/2007 "Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado".

b.- En la sentencia 54/2008 (Caso Atuxta) se expuso que está ausente cualquier acusación que invoque la defensa del interés particular del perjudicado. Y en este caso existía acusación particular tutelando intereses de perjudicados reclamantes que sintiéndose resarcidos renuncian a la acción penal junto con la petición de sobreseimiento que postula el Ministerio Fiscal, siendo este el escenario donde se debe mover el presente caso, y no tanto en la referencia al bien jurídico protegido que alega el recurrente, ya que en su caso, además, existía acusación particular que se renuncia, pero pretende sostener intereses colectivos cuando ha renunciado a su posición de acusación particular, queriendo, no obstante, sostener su presencia como acción popular, lo que es contradictorio y atentatorio a la doctrina ya expuesta de los casos en los que existe opción y posibilidad del ejercicio del interés individual de perjudicados que es renunciado, apartándose del proceso.

c.- La aplicación de la doctrina de la SSTS 54/2008 y 1045/2007 lleva consigo que si el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular la acción popular no se puede mantener, y más cuando ya intervino como acusación particular y renuncia. Existe un contrasentido en sostener un interés público en la forma en la que se ha procedido al apartamiento del proceso de las acusaciones pública y particular, que impiden que se sostenga en este escenario la acusación popular.

d.- Olvida el recurrente que ya expusimos en la STS 54/2008, 8 de abril que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva".

e.- Es el caso ahora sometido a debate, más allá de la sostenibilidad que propugna el recurrente acerca del bien jurídico protegido por los delitos que eran objeto de su escrito de acusación.

Ha habido retirada de la acusación, aunque la doctrina postula en otros sentidos que deben utilizarse en su lugar expresiones como la de petición de sentencia absolutoria, desistimiento de la petición de condena, o renuncia a la acción penal. Y, como mantiene la doctrina, la acusación se podrá retirar en cualquier momento el de las conclusiones definitivas, constituyendo este último lo que podríamos denominar como el *dies ad quem* para la retirada de la acusación. Pero en este caso se retira al inicio del juicio, y, ello, añadido a la no formulación de la acusación por el Ministerio Fiscal, dos acusaciones particulares, una de las que ejercía acusación popular, la ahora recurrente, más otra acusación popular retiran la acusación (AH 4ª de la sentencia). No había perjudicados. O, mejor dicho, los perjudicados que alegaban serlo retiran su acusación y la pretende sostener quien ejercía acción popular por los perjudicados que renuncian a la acusación particular. Este es el escenario que hace inviable el mantenimiento de la acusación popular que se pretende ahora.

f.- La opción a la que se otorga viabilidad se centra en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008). Lejos de ello, en este caso hubo personaciones de acusaciones particulares (2) debidamente retiradas y, una de ellas, nada menos que del propio recurrente.

g.- Y en la STS 4/2015 de 29 Ene. 2015 ya dijimos que:

"La interpretación literal en que se basaba la doctrina Botín no concurre en este caso (art. 782 LECrim). Para privar de legitimación a la acusación popular se exigía que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular solicitasen el sobreseimiento", que es lo que aquí ha ocurrido.

h.- También hemos dicho que cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral, y en este caso concurre con claridad, y ha sido debidamente renunciado y retirada la acusación particular.

i.- La existencia, pues, de un perjudicado personado en la causa Botín y su ausencia en la de Alejandro establece la referida diferencia fáctica entre ambas que se traslada a la presente causa en favor de desestimar el motivo.

j.- En consecuencia, el recurrente pretende construir la legitimación activa en base a un pretendido interés público de su pretensión que no puede sostenerse, ya que no es el énfasis que pretende sostener con el bien jurídico protegido de los tipos penales, sino con el extraño *tablero de juego* que sostiene en la realidad procesal cuando ésta se ha manejado de forma sorprendente al articular él mismo una acusación particular y una acusación popular, lo que resulta anómalo procesalmente, pero más lo es que se haya renunciado a la acusación particular, en base a lo cual el concepto "perjudicado" desaparece y, sin embargo, pretenda sostener un "interés público" cuando los llamados "perjudicados" han renunciado en dos bandas, ya que expusimos que al inicio del proceso la dirección procesal de la acusación ejercida por Nicanor y otros manifestó que retiraba la acusación, tanto la popular ejercida por el primeramente nombrado como la particular ejercida por los restantes no mencionados específicamente, hasta entonces mantenida.

En cambio, la dirección procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS, se manifestó en igual sentido de retirada de la acusación particular en relación a las personas a las que consideraba perjudicadas, tampoco específicamente nombradas, pero no así respecto a la acusacion de la propia entidad ADICAE, que se mantuvo en su acusación popular contra los dos acusados antes mencionados.

Este proceder de retirada de los perjudicados que postularon la acción penal es lo que impide el proceder de una defensa de unos alegados intereses colectivos que se dice defender, cuando los propios perjudicados por los hechos renuncian a la acción penal, lo que lleva a la insostenibilidad de la pretensión de la acción popular, debido a que no puede sostenerse por el recurrente que la protección que ampara su postulación de la protección de intereses públicos colectivos y difusos existe cuando tan solo solicita mantenerlo como asociación, y, sin embargo, los real y directamente perjudicados, que constan en las actuaciones en el relato expositivo que se hace en el auto recurrido en la lista de perjudicados que renuncian expresamente a la acusación particular, impide sostener esa condición de *intereses colectivos* que reclama el recurrente cuando la propia acusación particular en dos bandas, nada menos, -y la propia recurrente en una de ellas- se ha sentido satisfecha y ha renunciado al ejercicio de la misma, lo que debe conllevar la improsperabilidad de la reclamada legitimación de la acción popular.

La tesis que se sostenía desde la sentencia de esta Sala 54/2008 parte de considerar que «sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular» por lo que, «esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal». Sin embargo, todas las acusaciones particulares existentes renuncian a la continuación del proceso penal, siendo una de ellas, a su vez, acusación popular, lo que convierte en anómala la pretensión ejercida, cuando los que podrían sentirse perjudicados reclaman no serlo, en base a lo cual el pretendido "interés público" que se alega se desvanece. Si las propias acusaciones particulares renuncian en su totalidad a la acción penal por no existir nada que reclamar no hay legitimación alguna de quien renunció ya por los reclamantes y quiere reclamar como asociación, porque si los reclamantes no lo hacen no puede llevarlo a cabo el ente asociativo de forma unilateral.

Recordemos e insistimos en el alambicado escenario procesal que se dio en el caso de autos en donde existían sendas acusaciones populares y particulares más el Ministerio Fiscal, que no presentó escrito de acusación, sino que instó el sobreseimiento de la causa al considerar que los hechos investigados no eran constitutivos de responsabilidad criminal. Pero es que, además, la dirección procesal de la acusación ejercida por Nicanor Y OTROS manifestó que retiraba la acusación, tanto la popular ejercida por el primeramente nombrado como la particular ejercida por los restantes no mencionados específicamente, hasta entonces mantenida.

En cambio, la dirección procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) Y OTROS, se manifestó en igual sentido de retirada de la acusación particular en relación a las personas a las que consideraba perjudicadas, tampoco específicamente nombradas, pero no así respecto a la acusación de la propia entidad ADICAE, que se mantuvo en su acusación popular contra los dos acusados antes mencionados. Con ello, de cuatro acusaciones existentes, todas las de los perjudicados existentes renuncian a la continuación, y solo una acción popular de la entidad que avalaba, además, a los perjudicados renunciantes a la acusación particular postula mantenerse. La deslegitimación procesal del

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

recurrente es evidente, según lo ya expuesto. La tesis abstencionista es asumida, no sola y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal, sino por una de las acusaciones populares que existían y por todas las acusaciones particulares que representaban a los posibles perjudicados.

Es sabido que al actor popular no se le exige ser perjudicado (art. 270 LECrim), pero en este caso el recurrente actuaba como acusación particular, y sus "perjudicados" quisieron renunciar, lo que hace insostenible su pretensión unilateral alegando un interés público, cuando los posibles "perjudicados", suyos y de la otra acusación particular se han retirado del procedimiento. No puede existir ese interés cuando todos los que podrían ser perjudicados señalan que no lo son. No puede, con ello, existir un interés legítimo, alegado como público, para que pueda intervenir en el proceso en calidad de acusación popular, cuando como acusación particular se ha retirado y no existe "perjudicado" que reclama y a quien satisfacer el posible daño que se reclama. Ello supone una exasperación del alegado "interés público" que se reclama poniendo el acento en el bien jurídico protegido.

Recuerda la doctrina, asimismo, que atribuido en la LECrim el derecho de acusar *(ius ut procedatur*) al Ministerio Fiscal y a los particulares, es preciso distinguir las distintas cualidades que pueden presentar estos últimos, de forma que la acción exclusivamente «popular» en el más amplio sentido del término, se caracteriza porque puede ejercitarla cualquier ciudadano que se halle en plenitud del goce de sus derechos, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral; o lo que es lo mismo, sin que tenga que tratarse de un ciudadano directamente ofendido o perjudicado por el delito.

Pero si el propio perjudicado que ha accionado penalmente en su momento se retira expresamente de la acusación, e, incluso, como en este caso, habiendo sostenido la asociación que mantenía su acusación particular, no puede ésta misma, bajo el "paraguas" de la acusación popular plantear una acción penal cuando "sus perjudicados" se apartan del proceso penal, porque ello supone un desvanecimiento o una exacerbación del "interés público" que se dice sostener, porque, tal como estableciera la STS de 26 de septiembre de 1997 (caso del síndrome tóxico), la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno. También aquí se refería al rol que debe asumir la acusación popular en el proceso, muy similar en cuanto a su interés al del Ministerio Fiscal, ya que ambos han de actuar guiados por el afán de protección de la legalidad y el interés social, pero que no puede ser sustitutivo del interés de los perjudicados cuando éstos, habiéndose personado, manifiestan que se retiran de la acusación particular por no entender concurrente perjuicio y abandonan el proceso. Ello, en razón a la conectividad interpretativa de las SSTS 1045/2007 y 54/2008.

Por ello, entendió ya el Tribunal Constitucional, en sentencia 64/1999, de 26 de abril que, pese a la conexión entre la acción popular y el derecho a la tutela judicial efectiva no puede sostenerse que del derecho de tutela judicial efectiva pueda derivarse la necesaria existencia de la acción popular en todos los procesos penales, por lo que la acción popular sólo existe cuando la ley la establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva.

Señalar, por último, que en el artículo 71 del Borrador del Código Procesal Penal, que señala las limitaciones objetivas para el ejercicio de la acusación popular, contempla un listado de delitos para cuya persecución y sanción puede interponerse la acción popular, y que son los siguientes: prevaricación judicial, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos, delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal, delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal, delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal, delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General, provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del Código Penal y, por último, delitos de terrorismo.

Alcance de los intereses colectivos y difusos.

Debemos añadir a lo expuesto que con respecto a los intereses colectivos y difusos que se demandan es cuestionable que ello sea así, cuando los propios perjudicados que había, -y en su totalidad muy numerosa- han retirado la acción penal. En cualquier caso, el concepto de acción popular tiene especial importancia en la protección de los denominados "intereses colectivos o difusos", pero no puede desgajarse de la idea de si existen perjudicados que niegan serlo y retiran su acción penal. En cualquier caso, la doctrina señala sobre este punto que cuando nos referimos a intereses colectivos, ha de entenderse que nos hallamos ante un conjunto de individuos, determinados o fácilmente determinables. Y que no se pretende, por tanto, minimizar el grupo en cuanto al número de individuos que lo conformen, sino que sea posible la identificación de todos ello. En este

caso se identificaron y renunciaron a la acusación particular cuando ejerce su asociación, al mismo tiempo, la acusación popular.

Frente al interés colectivo vinculado a la existencia de un conjunto de individuos determinados o determinables, la defensa de los consumidores y usuarios se enfrenta en ocasiones a conductas en las que no es posible la determinación de los sujetos afectados. Pero en este caso sí que lo fueron.

En cualquier caso, este objetivo de la protección de intereses colectivos o difusos es una traslación del proceso civil en materia de consumidores y usuarios al proceso penal en la materia que ahora nos ocupa, y al efecto, la doctrina señala que se pueden establecer cinco razones fundamentales que justifican la existencia de acciones colectivas:

a) En primer lugar una razón de carácter objetivo cual es evitar que una multiplicidad de procesos que desborden a los tribunales (economía judicial).

b) En segundo término una función social de protección de los intereses generales, desde la perspectiva individual no puede darse una respuesta satisfactoria a los abundantes casos de fraude de consumo.

c) La evitación de procesos contradictorios (tan frecuentes en las acciones individuales).

d) La distribución equitativa de las indemnizaciones entre los afectados en los supuestos de que el empresario no pudiera hacer frente a todas ellas.

e) Finalmente, una última razón es el desequilibrio de medios existente entre el consumidor individual y la gran empresa dotada de ingentes recursos económicos para la defensa de sus intereses.

La finalidad y esencia de este interés colectivo que aquí se cita no es trasladable cuando los perjudicados estaban identificados y en su absoluta totalidad retiraron la acusación particular.

La doctrina civil en el análisis de las acciones colectivas las denomina en su origen como las *class actions* típicas del Derecho de los EE.UU. que han venido a denominarse en castellano «acciones de clase».

Recoge la doctrina civilística en la interpretación de estos conceptos que se consideran intereses colectivos los de aquel grupo de perjudicados por un hecho dañoso, cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (art. 11.2 LEC); y se identifican los intereses difusos con los de aquella pluralidad de perjudicados por un hecho dañoso, indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3 LEC).

Por ello, en lo que se refiere a "intereses difusos" no era éste el caso, ya que frente al interés colectivo vinculado a la existencia de un conjunto de individuos determinados o determinables, la defensa de los consumidores y usuarios se enfrenta en ocasiones a conductas en las que no es posible la determinación de los sujetos afectados. Y en este caso lo fueron.

Por ello, la doctrina civil desglosa:

a.- Intereses colectivos: La determinación o fácil determinabilidad de los miembros del grupo deriva precisamente de su cualidad de intereses «individuales homogéneos» que se encuentran en la base de derechos subjetivos individuales. Por ello, podrían perfectamente tutelarse individualmente pero, al resultar referibles a una pluralidad de personas, más o menos numerosa, tienen dicha entidad colectiva.

b.- Intereses difusos: Son referibles al sujeto, no como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando así lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas. No lesionan ningún derecho subjetivo individual o particular, sino determinados bienes comunes; por eso, se dice que «el interés difuso, como tal, no tiene titular, pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo». Y esa es la razón por la que, externamente, los miembros del grupo resultan indeterminados o de difícil determinación.

Con todo, la posición ya mantenida a raíz del análisis jurisprudencial expuesto, la situación de retirada de la acusación particular y popular al inicio del juicio y la petición de sobreseimiento de la fiscalía supone que el abanico de intervención de la acusación popular no sea el que se pretende por el recurrente, y menos defendiendo los intereses que postula que se ha visto que no son tales, y que no pueden sostenerse frente al apartamiento de la acusación particular y popular personada antes.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse que se ha infringido una norma jurídica que debió ser observada en la aplicación de la Ley Penal, concretamente el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo al sobreseimiento de la causa penal

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

en determinadas circunstancias, en relación con los artículos 282 bis y 284.1 y 284.2 del Código Penal y con la jurisprudencia que le resulta de aplicación en su desarrollo.

Resultan de aplicación los mismos argumentos expuestos con anterioridad.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la **Asociación de Usuarios de Banco, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae)**, contra el Auto de fecha 12 de julio de 2018 dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, sin que pueda serle permitido a Adicae ejercer la acusación popular dirigida contra los acusados Narciso y Irene . Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Nacional a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ