Administración de Justicia

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035
Teléfono: 914934580,914933800
Fax: 914934579

37051540
N.I.G.: [redacted]

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 192/2020
Origen:Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid
Procedimiento Abreviado 80/2018

Apelante: ASOCIACION "JUSTICIA Y SOCIEDAD", IZQUIERDA UNIDA y FEDERACION "LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES" y OBSERVATORI DE DRETS HUMANS
Procurador D./Dña. JOSE MIGUEL MARTINEZ-FRESNEDA GAMBRA y Procurador D./Dña. JAVIER FERNANDEZ ESTRADA
Letrado D./Dña. JUAN MORENO REDONDO y Letrado D./Dña. MARIA ISABEL ELBAL SANCHEZ

Apelado: D./Dña. ALBERTO DURAN RUIZ DE HUIDOBRO, D./Dña. JOSE MANUEL MORENO ALARCON, D./Dña. MARIA CARMEN NAVARRO FERNANDEZ RODRIGUEZ y PARTIDO POPULAR y D./Dña. MINISTERIO FISCAL
Procurador D./Dña. ANTONIO MARIA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, Procurador D./Dña. ESTHER PEREZ-CABEZOS GALLEGO y Procurador D./Dña. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL
Letrado D./Dña. ESTEBAN MESTRE DELGADO, Letrado D./Dña. CARLOS GOMEZ-JARA DIEZ, Letrado D./Dña. JESUS IGNACIO SANTOS ALONSO y Letrado D./Dña. ENRIQUE MOLINA BENITO

SENTENCIA Nº 271/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN SÉPTIMA

ILMAS SRAS.
Dª ÁNGELA ACEVEDO FRÍAS
Dª CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA
Dª TANIA GARCÍA SEDANO

En Madrid, a trece de julio de dos mil veinte.

VISTO, por esta Sección Séptima de esta Audiencia Provincial en la causa instruida en el RAA 192/2020, el recurso de apelación interpuesto por el

Procurador de los Tribunales Procurador D JOSE MIGUEL MARTINEZ-FRESNEDA GAMBRA en nombre y representación de **IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACION "JUSTICIA Y SOCIEDAD" y FEDERACION "LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES"** y el Procurador D JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA en nombre y representación de **OBSERVATORI DE DRETS HUMANS** contra sentencia de fecha cuatro de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado Penal nº 31 de Madrid; habiendo sido parte en él los mencionados recurrentes, IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACIÓN "JUSTICIA Y SOCIEDAD" y FEDERACIÓN "LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES" y OBSERVATORI DE DRETS HUMANS , a través de sus representaciones procesales, y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, JOSE MANUEL MORENO ALARCON, ALBERTO DURAN RUIZ DE HUIDOBRO, MARIA CARMEN NAVARRO FERNANDEZ RODRIGUEZ y PARTIDO POPULAR, por medio de sus respectivas representaciones procesales, impugnando los recursos, actuando como Ponente la Magistrado Ilma. Sra. Dña. Ángela Acevedo Frías.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid en el procedimiento que más arriba se indica se dictó sentencia en fecha cuatro de septiembre de 2019 en la que consta el siguiente relato de hechos probados: "**PRIMERO**.- Hechos acreditados. Se considera probado que la relación laboral entre Luis Bárcenas Gutiérrez y el acusado Partido Popular quedó en suspenso por causa de excedencia el 16 de abril de 2010, coincidiendo con el cese de aquél como senador. El empleado había ejercido funciones de gerente del partido hasta 2008 y de tesorero hasta 2010. En el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2010 y el 31 de enero de 2013, en que el partido le dio de baja en la Seguridad Social, se desarrolló una relación negocial simulada entre el sr. Bárcenas y el Partido Popular, desprovista de la efectiva prestación

de servicios por cuenta ajena que es propia del contrato de trabajo. Durante ese tiempo, el Partido Popular abonó a Luis Bárcenas una retribución mensual, le dotó de equipos informáticos y una secretaria y le cedió el uso de la sala de reuniones Andalucía, en la sede del partido ubicada en la calle Génova nº 13 de Madrid.

Desde junio de 2009, el sr. Bárcenas tenía atribuida la condición de imputado en las diligencias previas 275/2008 tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, conocida como causa Gürtel. El 17 de enero de 2013 se publicó en prensa la recepción por ese órgano de una comisión rogatoria cumplimentada desde Suiza, en la que se desvelaba la titularidad del sr. Bárcenas de cuentas bancarias en las que tenía depositadas importantes cantidades de dinero. Tras conocerse esta información, el Partido Popular comunicó a Luis Bárcenas, a través de su empleado Antonio de la Fuente Escudero, director de seguridad del partido y cuñado de aquél, que se le prohibía el acceso a la sede de la formación política.

El 18 de enero de 2013, el diario El Mundo publicó la existencia de supuestos sobresueldos pagados por Luis Bárcenas a dirigentes del Partido Popular. En las ediciones escritas de los días 31 de enero y 3 de febrero de 2013, el diario El País publicó documentos manuscritos facilitados por el sr. Bárcenas, de los que supuestamente se desprendía la existencia de una contabilidad oculta en el Partido Popular.

En un día no determinado del mes de febrero de 2013, el acusado Alberto Durán Ruiz de Huidobro, con DNI [redacted] director de los servicios jurídicos del Partido Popular desde noviembre de 2010, ordenó al empleado de la gerencia Francisco Javier Colás Jiménez que abriera la sala Andalucía, la cual había permanecido cerrada desde que el 14 de enero de 2013 Luis Bárcenas hubiera accedido a ella por última vez. La estancia se abrió mediante una llave disponible en el departamento de seguridad. En el interior, además de efectos personales del sr. Bárcenas, había tres equipos informáticos que habían sido utilizados por aquél: un ordenador de sobremesa perteneciente al partido y dos ordenadores portátiles: un Apple MacBook Pro con número de serie W893430666E y un Toshiba Libretto 100 CT. Este último había sido adquirido el 14 de septiembre de 1998 en el establecimiento Exporland por el Partido Popular, a través de su informático Javier

Barrero Merino. Los tres equipos quedaron bajo la custodia del acusado José Manuel Moreno Alarcón, con DNI [redacted], director del departamento de sistemas de información del Partido Popular desde el 21 de febrero de 2011. El disco duro del ordenador Apple había sido sustituido en el establecimiento Universomac por encontrase averiado, después de que el 31 de octubre de 2012 Luis Bárcenas encargara por su cuenta la reparación del portátil. El 13 de noviembre de 2012, el comercio entregó el equipo reparado al sr. Bárcenas, junto con el disco duro dañado en el interior de una carcasa.

El 1 de marzo de 2013, Luis Bárcenas interpuso denuncia ante la policía, en la que relataba que Alberto Durán había forzado la cerradura de la puerta de su despacho de la sede de Génova nº 13 y se había apropiado de diversos efectos de su propiedad, entre los que se encontraban dos ordenadores portátiles. Las diligencias previas 604/2013, incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid a resultas de dicha denuncia, concluyeron mediante auto de sobreseimiento libre de fecha 21 de abril de 2013, que devino firme al no haberse interpuesto recurso contra el mismo.

El mismo día 1 de marzo, el sr. Bárcenas dirigió un burofax a la acusada Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, con DNI [redacted], gerente del Partido Popular desde julio de 2010 y también tesorera desde mayo de 2012, por el que requería que fueran puestos a su disposición los efectos personales y profesionales de su propiedad de los que miembros del partido se habían apropiado indebidamente, entre los cuales mencionaba dos ordenadores portátiles. Por burofax de fecha de 7 de marzo de 2013 dirigido a los abogados del sr. Bárcenas, Alberto Durán comunicó que no constaba la existencia en las dependencias del partido de ningún equipo informático propiedad del requirente, al mismo tiempo que le informaba de su disposición para la retirada de sus efectos personales. Ésta tuvo lugar el 14 de marzo de 2013, cuando Sergio Javier Ríos Esgueva y Cristian Vélez González, por encargo de Luis Bárcenas, retiraron 27 cajas con documentación y efectos personales, un cuadro y un trineo.

En un día no determinado del mes de mayo de 2013 o próximo a éste, José Manuel Moreno recibió la indicación de Alberto Durán de proceder a la reasignación de los ordenadores, por ser firme el sobreseimiento libre. El responsable de informática

comprobó el contenido de los discos duros de los dos portátiles y sometió ambos soportes a un procedimiento de borrado seguro mediante la ejecución de un programa que realiza 35 sobre-escrituras en sucesivas pasadas, basado en el método Gutmann. Tras el borrado, rayó los dos soportes de almacenamiento y se deshizo de ellos. Dejó el ordenador Toshiba sin disco duro, por tratarse de un modelo obsoleto no reutilizable, y el Apple, pendiente de la instalación de un nuevo disco duro, para su posterior reasignación a otro empleado del partido. El sr. Moreno instaló el sistema operativo Mac OS X en el nuevo disco duro entre los días 2 y 3 de julio de 2013.

José Manuel Moreno había sido nombrado el 18 de octubre de 2012 responsable de seguridad de protección de datos personales, con el cometido de coordinación y control de las medidas definidas en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, vigente en aquel momento. El borrado seguro que llevó a cabo el sr. Moreno era conforme con el protocolo interno implantado en el Partido Popular en el marco del documento de seguridad que, por imperativo de dicho reglamento, había sido confeccionado en cumplimiento de las recomendaciones sobre medidas de seguridad en materia de protección de datos, incluidas en el informe de abril de 2012 emitido por la empresa de auditoría Écija, por encargo de la formación política al tiempo de asumir el sr. Moreno la dirección del departamento de sistemas de información. El protocolo interno de borrado seguro también se adecuaba a la Guía sobre almacenamiento y borrado seguro de información redactada en 2011 por el Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO, sociedad estatal adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

El 15 de julio de 2013, Luis Bárcenas entregó en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 un soporte de almacenamiento tipo pendrive, con archivos que el imputado afirmaba haber extraído del ordenador Toshiba. Por auto de 16 de agosto de 2013, el juzgado dispuso requerir al Partido Popular a fin de que, en el plazo de cinco días, pusiera a su disposición los dos ordenadores portátiles que el sr. Bárcenas hubiera ostentado en su sede. La formación política requerida hizo entrega de los dos equipos al órgano judicial el 20 de agosto de 2013.

SEGUNDO.- Hechos no acreditados. No han quedado demostrados los hechos siguientes:

- si el ordenador Apple MacBook Pro con número de serie W893430666E pertenecía en propiedad a su usuario Luis Bárcenas o al Partido Popular.
- que en los discos duros de los ordenadores Toshiba Libretto y Apple MacBook Pro hubiera almacenado algún dato o archivo en el momento en que José Manuel Moreno procedió al borrado seguro y destrucción de los soportes, como tampoco que, de haber existido algún contenido en ese instante, tuviera un valor económico significativo y no estuviera a salvo, mediante copiado total o parcial, en el pendrive entregado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 o en otro soporte de almacenamiento, bien conservado por Luis Bárcenas, bien incluido en los servidores de correo corporativo del Partido Popular.
- que Luis Bárcenas hubiera logrado extraer o copiar algún archivo desde el disco duro dañado que le fue entregado por Universomac el 13 de noviembre de 2012, después de que este establecimiento hubiera instalado en el ordenador Apple un nuevo disco en sustitución del averiado.
- que la acusada Carmen Navarro hubiera tenido alguna clase de intervención activa en la autorización, adopción o ejecución de la decisión de aplicar el procedimiento de borrado seguro de los discos duros de los dos ordenadores portátiles.
- que la intención de los acusados José Manuel Moreno, al proceder al borrado seguro y destrucción de los discos duros, y Alberto Durán, al ordenar la aplicación del protocolo de borrado seguro implantado en el Partido Popular, fuera la de causar un menoscabo económico a Luis Bárcenas.
- que en el momento del borrado y destrucción de los discos duros, los acusados Alberto Durán, José Manuel Moreno y Carmen Navarro, con conocimiento de la realización de las conductas que estaban siendo investigadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 sobre una supuesta contabilidad oculta del Partido Popular, y a sabiendas de que esos hechos podían ser constitutivos de

uno o varios delitos, cuya comisión podía acreditarse mediante el contenido de esos discos duros, tuvieran la intención de eliminarlo para así impedir o dificultar esa demostración.

TERCERO.- Hechos acreditados relativos a la cuestión previa. Se declara probado que las presentes actuaciones se iniciaron por auto de incoación de diligencias previas de fecha 27 de septiembre de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, en virtud del auto de inhibición parcial dictado el 19 de septiembre de 2013 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en relación con hechos que podían ser constitutivos de delitos de daños informáticos y encubrimiento. Durante la instrucción, se personaron como acusaciones populares las entidades Izquierda Unida–Los Verdes, DESC, ADADE y Unión Progreso y Democracia (UPyD). Luis Bárcenas Gutiérrez, perjudicado por el supuesto delito de daños informáticos, se personó en calidad de acusación particular el 24 de enero de 2016. Mediante providencia de 30 de marzo de 2016 se tuvo a UPyD por apartada y desistida de la acusación popular.

El 26 de julio de 2016 se dictó auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado. Previamente, mediante informe de 20 de mayo de 2016, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. En virtud de providencia de 14 de septiembre de 2016, se tuvo por desistido del ejercicio de la acción penal a Luis Bárcenas Gutiérrez, perdiendo su condición de acusación particular, con reserva expresa de acciones civiles. Presentaron escritos de acusación por delitos de daños informáticos y encubrimiento las acusaciones populares Izquierda Unida–Los Verdes, DESC y ADADE. En el auto de 30 de noviembre de 2017 se declaró abierto el juicio oral contra Alberto Durán Ruiz de Huidobro, José Manuel Moreno Alarcón y Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, por delitos de daños informáticos y encubrimiento, así como contra el Partido Popular por delito de daños informáticos. En el trámite del artículo 783.1 LECrim, el Ministerio Fiscal formuló calificación provisional absolutoria para los cuatro acusados mediante informe de 25 de enero de 2018, que ratificó en el trámite de calificación definitiva del juicio oral.”

El fallo de la referida sentencia es del tenor literal siguiente: "Se ABSUELVE a Alberto Durán Ruiz de Huidobro del delito de daños informáticos y del delito de encubrimiento, antes definidos, por los que se ha formulado acusación.

Se ABSUELVE a José Manuel Moreno Alarcón del delito de daños informáticos y del delito de encubrimiento de los que venía siendo acusado.

Se ABSUELVE a Carmen Navarro Fernández-Rodríguez de los delitos de daños informáticos y encubrimiento por los que ha sido planteada acusación.

Se ABSUELVE al Partido Popular del delito de daños informáticos por el que ha sido acusado.

Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 LECrim, contra la misma se puede interponer recurso de apelación en el plazo de diez días, ante este mismo Juzgado y para su resolución por la Audiencia Provincial.

Notifíquese esta resolución a Luis Bárcenas Gutiérrez.

Expídase testimonio de la presente resolución, que quedará unido a las actuaciones, incorporándose el original al libro de sentencias."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo los motivos de impugnación que obran en el escrito unido a la causa.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso al Ministerio Fiscal y al resto de las partes personadas, presentándose los escritos de impugnación sobre la base de que la sentencia objeto de recurso es plenamente ajustada a Derecho, solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Juzgado de lo Penal más arriba referido se remitieron a este Tribunal los Autos originales con todos los escritos presentados y, recibieron que fueron, se señaló como día de la deliberación el día de hoy.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de apelación contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid en primer lugar por la representación de la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), que ejerce la acusación popular en el presente procedimiento.

1) La primera alegación que se realiza por la referida parte es vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental al juez imparcial, solicitándose por ello la nulidad del juicio.

Expone la parte recurrente que en la primera sesión del juicio oral se planteó por las defensas, en el trámite de cuestiones previas, que se anulara el auto de apertura de juicio oral, por entender que en aplicación del art. 782.1 de la LECr, las acusaciones populares no estaban legitimadas para acusar, en solitario, a los cuatro acusados por el delito de daños informáticos, dado que ni el Ministerio Fiscal ni el directamente afectado lo habían hecho por dicho delito. Dicha cuestión ya la habían planteado las defensas en la fase intermedia

interesando que se aplicara la denominada “doctrina Botín” lo que reprodujeron al inicio del acto del juicio oral.

El juez a quo decidió resolver la cuestión en la sentencia una vez practicada la prueba, permitiendo la práctica de ésta por los delitos por los que se formulaba acusación, esto es, por daños informáticos que se dirigía contra tres personas físicas y una jurídica, y por el delito de encubrimiento por entender que así, en el supuesto de que este Tribunal al resolver el recurso de apelación llegara a una conclusión diferente sobre la cuestión planteada pudiera conocer también la valoración sobre la prueba realizada por el Juzgador.

La parte recurrente entiende que ello implicaba condicionar un futuro recurso de apelación como el presente, ya que no había necesidad de anular el juicio en vía de apelación y este Tribunal se veía vinculado por el principio de inmediación que condiciona ineludiblemente la valoración de la prueba.

Por lo anterior y partiendo de que la opinión del juzgador a quo era conforme a lo pretendido por las defensas, esto es que se excluyera de la acusación el delito de daños informáticos se considera que las dos razones que se ofrecen para ello en la sentencia evidencian la vulneración invocada del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

En primer lugar el Juzgador considera necesaria la práctica de toda la prueba puesto que la misma es común para ambos delitos y ello evita duplicidades lo que según la parte recurrente se debe en gran medida a que estamos ante un concurso medial de delitos y que uno de ellos se comete necesariamente para perpetrar el segundo, apreciando el Juzgador una absoluta dependencia de uno y otro.

La parte recurrente mantiene que en la sentencia recurrida se produce una incongruencia porque, tras lo anterior, se realiza en la misma una división entre uno y otro delito de forma, a su entender, artificiosa, cuando precisamente la parte recurrente invocaba, para no aplicar la literalidad del art. 782.1 de la LECr,

el concurso ideal de los delitos a enjuiciar, en el sentido de que para cometer un delito cuyo bien jurídico protege intereses difusos o colectivos, se habría perpetrado un delito de daños informáticos, cuyo fin no era otro que destruir datos que habrían de ser examinados por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el seno de una investigación pública y notoria que estaba afectando al Partido Popular. Por ello considera la parte recurrente que el dilatar la resolución de la cuestión previa sobre la aplicabilidad de la doctrina Botín al dictado de la sentencia carece de lógica interna.

Sin embargo entiende que es el segundo motivo aducido en la sentencia para permitir el enjuiciamiento de los cuatro acusados por el delito de daños el que implica una flagrante indefensión para ella porque partiendo de la estimación de la aplicación de la doctrina Botín se procede a enjuiciar a quien no debería sentarse en el banquillo de los acusados para que la valoración de la prueba se encuentre ya practicada bajo el principio de inmediación, insustituible por el órgano ad quem, salvo anómalas excepciones, y así pierda eficacia o reste margen de defensa a las acusaciones y sólo a ellas.

La razón de dicha indefensión según la parte recurrente es en primer lugar que, si se hubiera resuelto la cuestión y hubiera anulado el auto de apertura de juicio oral, en ese momento no cabría, obviamente, realizar pronunciamiento alguno sobre absolución o condena, y la remisión de la resolución de la cuestión al momento de la sentencia se hace por conveniencia por si esta Audiencia tiene un criterio dispar, dejando ya valorada la prueba con los efectos indicados.

Se afirma también que no le compete al Juzgador resolver si en el supuesto de que este Tribunal no estuviera conforme con su resolución sobre la cuestión previa no deba procederse a la reiteración del juicio puesto que esta decisión le compete a la Audiencia Provincial conforme a lo establecido en los arts. 790 y ss de la LECr y, en consecuencia, debió de decidir sin prever el resultado de la prueba a efectos del dictado del fallo de la sentencia, y concluye que si el juzgador decidió diferir la resolución sobre la cuestión previa al

momento del dictado de la sentencia es porque sólo contempló la absolución, nunca la condena, considerando llamativa esa anticipación antes de la celebración de juicio. Se mantiene esto porque se considera que sería ilógico e irracional que se enviara un mensaje a la Audiencia Provincial sobre la aplicación de la doctrina Botín y, además de condena de los acusados y que, desde el inicio, tenía pensado absolver.

Por ello se alega que se produce una vulneración de un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por impedir el acceso a los recursos, ya que el juzgador no debió anticiparse y suplir las funciones de la Sala ad quem, y si este Tribunal tiene un criterio dispar en relación a la doctrina Botín sólo cabe la anulación del juicio, no entendiéndose que se difiera su pronunciamiento a resultas de la práctica de la prueba cuando se trata de un requisito de procedibilidad que impide que se celebre el juicio contra las personas afectadas.

Igualmente se mantiene que se ha vulnerado el derecho fundamental al juez imparcial porque el Juzgador tuvo presente siempre la absolución, reiterando la parte recurrente que es ilógico que considerando que debe aplicarse la doctrina "Botín" hubiera facilitado a la Sala una valoración probatoria con resultado de condena.

En relación con esta cuestión y respecto el momento de resolución de la falta de legitimación planteada hay que comenzar por recordar que, según se desprende de las actuaciones, tras la instrucción de la causa se dictó el 26 de julio de 2016 auto de incoación de procedimiento abreviado por los presuntos delitos de daños informáticos del art. 264.1 del C.P. y delito de encubrimiento del art. 451.2 del C.P., siendo considerados presuntos responsables de los mismos, de manera indiciaria, a Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, Alberto Durán Ruiz de Huidobro, José Manuel Moreno Alarcón y al Partido Popular, este último exclusivamente respecto del primero de dichos delitos puesto que no está prevista la responsabilidad penal de personas jurídicas para el segundo, denegándose el sobreseimiento que solicitaban las defensas y el Ministerio Fiscal.

Dicha resolución fue objeto de recurso de reforma y de apelación, siendo desestimados ambos, el de apelación por auto de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2017.

Con posterioridad al auto de transformación en procedimiento abreviado, el 14 de septiembre de 2016, Luis Bárcenas Gutiérrez, que estaba personado como acusación particular, desistió del ejercicio de la acción penal, dejando de ostentar en consecuencia tal condición de parte acusadora, de forma que, manteniendo el Ministerio Fiscal su petición de sobreseimiento, la acusación la mantenían, exclusivamente, las partes personadas como acusación popular.

La representación en ese momento de Carmen Navarro Fernández-Rodríguez y del Partido Popular presentó el 23 de noviembre de 2017 escrito alegando que no era posible la apertura del juicio oral en estas condiciones en aplicación del art. 783.1 de la LECr, solicitando por ello el sobreseimiento libre respecto del delito de daños informáticos para todas las partes y del delito de encubrimiento para Carmen Navarro, a lo que se adhirió la representación de José Manuel Moreno Alarcón.

El Juzgado de Instrucción no resolvió esa cuestión de manera independiente, sino que en fecha 30 de noviembre de 2017 dictó auto de apertura de juicio oral manteniendo en el fundamento de derecho cuarto que en la fase intermedia el Juzgado de Instrucción no puede resolver este tipo de cuestiones y que ello debe producirse en el trámite del art. 786.2 de la LECr, esto es en el planteamiento de las cuestiones previas ante el órgano de enjuiciamiento, introduciendo no obstante en el segundo párrafo de dicho fundamento de derecho su criterio respecto a la conexión entre los dos delitos objeto de investigación y la imposibilidad por ello de aplicación de la denominada doctrina Botín respecto del delito de daños informáticos, debiendo posibilitarse a su entender que la cuestión se planteara ante el órgano de enjuiciamiento.

Ninguna de las partes, ni las defensas, ni evidentemente las acusaciones populares hoy recurrentes, alegaron cuestión alguna ni formularon recurso contra dicha resolución ni interesaron la nulidad de la misma. Es cierto que contra el auto de apertura de juicio oral no cabe recurso alguno, salvo en lo relativo a la situación personal, pero la Instructora denegaba una petición de sobreseimiento en el seno de dicha resolución, y tampoco se instó por nadie un posible incidente de nulidad por la forma en la que había sido resuelta la cuestión planteada.

De esta forma, en el momento de la celebración del acto del juicio oral, y en el trámite de las cuestiones previas del art. 786 de la LECr , tal como se refleja en la sentencia y se comprueba al ver la grabación del acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal y las defensas alegaron la falta de legitimación de las acusaciones populares para formular acusación por el delito de daños informáticos, incluyendo las defensas en dicha cuestión también el delito de encubrimiento, oponiéndose a tal cuestión las acusaciones populares. Las defensas que habían planteado la cuestión interesaron expresamente la nulidad del auto de apertura de juicio oral y que la cuestión fuera resuelta con carácter previo a la celebración del juicio oral, mediante auto, dada la incidencia de su estimación, en general en el supuesto de que la falta de legitimación fuera admitida totalmente, y en particular en el supuesto del delito de daños informáticos puesto que es el único por el que se formulaba acusación contra el Partido Popular quien, de esta forma dejaría de ostentar la posición de acusado en el juicio oral.

El Juzgador, admitiendo el perjuicio que, por lo expuesto, con ello se podía ocasionar a los acusados, entendió que era preferible resolver la cuestión planteada en sentencia y por lo tanto tras la práctica de la prueba, en lugar de con carácter previo, puesto que así podría, en cualquier caso, valorar dicha prueba para el supuesto que entendía probable como efectivamente sucedió, de que se formulara recurso de apelación contra la sentencia, no existiera causa de nulidad de la misma e incluso del juicio por no haberse realizado tal valoración. Ante tal decisión las defensas formularon protesta, no así las partes ahora recurrentes que,

por lo tanto hay que entender que se mostraron conformes con ella, pese a lo cual, y dado que la resolución de la cuestión es contraria a sus intereses, recurren la decisión que en su momento acataron.

A este respecto hay que decir, en primer lugar, que el planteamiento por la parte recurrente de por qué, a su entender, el Juzgador resolvió de esta manera resulta absolutamente inaceptable, y que ningún asomo de indicio se desprende, ni cabe deducir, respecto a que esa fuera la razón de tal decisión.

Se mantiene que el Juzgador decidió diferir tal resolución al momento del dictado de la sentencia con un planteamiento tan grave como que el mismo ya tenía pensado, antes de practicar la prueba, que iba a absolver a los acusados y que además quería dejar expuesta su valoración de la prueba para que la misma vinculara a este Tribunal en el momento de resolución del recurso contra la sentencia. Es evidente que no cabe pensar que un juez pueda realizar tal planteamiento, que el mismo se contradice completamente con el esfuerzo y rigor jurídico que se desprende de la simple lectura de la sentencia, y que, además, al entender de la Sala el resolver sobre la cuestión previa en sentencia y no en auto no sólo está justificado sino que, especialmente dada la forma en que se desarrollaron las actuaciones, era la decisión jurídicamente correcta aunque en su momento las defensas no estuvieran conformes y ahora no lo estén las partes recurrentes.

Hay que partir para ello de que lo que prevé el art. 786.2 de la LECr es que “El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones

planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia".

Del contenido de dicho precepto se desprende evidentemente que no está previsto en el procedimiento abreviado un trámite de cuestiones de previo pronunciamiento, con el dictado de un auto para la resolución de las mismas y el correspondiente recurso como sucede en el procedimiento sumario ordinario, sino el planteamiento al inicio del acto del juicio de las cuestiones previas, cuya resolución se prevé que el Juez o Tribunal realice, hay que entender que oralmente en el acto del plenario, fundamentándolo luego en sentencia, puesto que contra la decisión no cabe recurso alguno sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión se reproduzca en el que se interponga contra la sentencia.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en diversas resoluciones, como la STS 173/2008, de 22 de abril o la STS 511/2011 de 16 de mayo incluso en relación con cuestiones que pueden poner fin al procedimiento como la prescripción del delito, de forma que, partiendo del diverso tratamiento dado por la LECr a la tramitación de las cuestiones previas en el procedimiento ordinario y en el abreviado, considera que el momento y la forma en la que se deben resolver las cuestiones previas en éste último procedimiento es en la sentencia dictada tras la celebración del juicio oral y no por auto previo, con una doctrina que es plenamente aplicable a la alegada falta de legitimación de la acusación popular que ahora nos ocupa.

En la referida STS 511/2011 se expone que "Ciertamente el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite tratar en la sesión de comienzo del juicio oral las mismas materias que constituyen el objeto de los artículos de previo pronunciamiento en el denominado procedimiento ordinario (artículo 666 y siguientes de la misma ley).

Ahora bien, en el abreviado, la tramitación se limita a un turno de intervenciones, tras las cuales el Juez o Tribunal, resuelve en el mismo acto y con exclusión de cualquier recurso interlocutorio. En el ordinario, además de una tramitación diversa, con admisión de prueba documental, la decisión admite recursos devolutivos interlocutorios. En el caso de alegarse prescripción, cabe un recurso devolutivo contra la decisión que la proclama y que, además, ha de ser precisamente la de sobreseimiento libre y no sentencia. No obstante lo cual es doctrina jurisprudencial reiterada que la adopción de tal decisión no es ineludible con tal adelanto y que es aconsejable la remisión a la sentencia, tras la plena celebración del juicio oral, cuando el Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión depende.

Tales diferencias de tratamiento de la misma cuestión, según el procedimiento en que se suscita, no pueden dejar de afectar a la cuestión que aquí se nos propone.

La primera es que el legislador parece presuponer que el procedimiento solo cabe que concluya por sentencia y no por auto de sobreseimiento. Porque es en el recurso contra ésta en el que cabe reiterar la pretensión ante el órgano ad quem tal como autoriza, pero también impone, el inciso final del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citado. La conclusión mediante sentencia, por otra parte, al menos en principio, presupone la celebración del juicio oral y, por ello, de la prueba. Siquiera no exija que en la misma, de estimarse que concurre el presupuesto de la prescripción se eluda entrar a decidir las demás cuestiones que la declaración de extinción de responsabilidad hace innecesario examinar (Sentencia del TS de 22 de octubre de 1994)".

En el presente supuesto el Juzgador difiere su pronunciamiento al dictado de la sentencia, lo que implica por un lado que deniega lógicamente la solicitud de nulidad del auto de apertura de juicio oral, puesto que ello hubiera supuesto, ineludiblemente la suspensión del acto del juicio oral y la devolución de las

actuaciones al Juzgado de Instrucción para que se dictara uno nuevo, no pareciendo que la Instructora, que ya había expuesto su versión sobre el asunto fuera a dictar una resolución diferente, y por otro que resolverá en la sentencia la cuestión por los motivos que expone oralmente en el plenario. Así en el mismo el Juzgador expuso, como argumento para tal decisión, perfectamente posible de acuerdo con la Jurisprudencia expuesta, que el perjuicio que ello suponía para el Partido Popular de tener que ser enjuiciado era inferior al que podía conllevar para todos los acusados y para el resto de las partes el hecho de que tuviera que celebrarse el juicio por separado para ambos delitos, o que, incluso, se tuviera que volver a celebrar por los dos.

Ninguna objeción puede plantearse por lo tanto a la decisión del juez a quo, que se estima correcta y ajustada a Derecho, sin que pueda compartirse el rebuscado planteamiento y del que no existe prueba alguna, de que el juez a quo sabía que iba a absolver y en consecuencia pretendía, además de estimar la alegación de falta de legitimación de la acusación popular, dejar expuesta su valoración de la prueba para que, en el caso de que este Tribunal considerara que las acusaciones populares sí estaban legitimadas para ejercer la acción penal por el delito de daños informáticos, se viera vinculado por dicha valoración y por el sentido absolutorio de la misma. Hay que tener en cuenta que la decisión la toma el juez a quo al inicio del acto del juicio, sin haber practicado prueba alguna, manifestando incluso que en ese momento todavía no sabe su decisión respecto de la cuestión previa planteada, no pudiéndose admitir, en absoluto, que el Juzgador iniciara ya el acto del juicio con una decisión tomada no ya sobre la cuestión previa sino sobre los hechos y la prueba que respecto de los mismos iba a practicarse en el plenario. Por el contrario lo que se desprende de su decisión es que pretendió resolver la cuestión de la mejor manera para evitar una nulidad del juicio y la necesidad de su repetición (que no podría haber vuelto a celebrar él mismo), con el perjuicio que ello supondría para todas las partes.

Habría que añadir por último, que incluso entendiendo la falta de legitimación de las acusaciones populares en relación con el delito de daños

informáticos, y, en consecuencia, la imposibilidad de sancionar por el mismo a los presuntos autores aunque los hechos resultaran acreditados, no sería factible, por la evidente relación entre la destrucción de los efectos informáticos y del supuesto contenido de los mismos con el delito de encubrimiento, no analizar la prueba practicada en relación con dichos hechos.

Como consecuencia de lo expuesto se considera que en modo alguno se ha causado indefensión a la parte recurrente por la decisión adoptada por el Juzgador de resolver la cuestión previa planteada en la sentencia tras la celebración del acto del juicio y que no cabe la nulidad de la sentencia y del juicio por este motivo.

2) Como segundo motivo del recurso se alega también por la misma parte la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por aplicación indebida del art. 782.1 de la LECr en relación con el delito de daños informáticos solicitando la nulidad del juicio oral.

Se mantiene que en el presente caso nos encontramos ante un concurso medial de delitos en el que un delito (el de daños informáticos) se habría perpetrado para cometer otro (el delito de encubrimiento), teniendo ambos una relación tan intensa de dependencia, causalidad y necesidad que resulta imposible la valoración de ambos delitos por separado, ya que la finalidad de uno y otro convergen en el momento en que mediante la destrucción de datos informáticos se habría conseguido eliminar pruebas necesarias para la investigación judicial de unos hechos concretos.

Por lo tanto, según la parte recurrente, si en el delito de encubrimiento encontramos intereses difusos o colectivos a proteger, por lo que las acusaciones populares estarían legitimadas para acusar aunque no lo hiciera la Fiscalía o el directo perjudicado, es indudable que esos intereses difusos a proteger también están en el delito de daños informáticos ya que el objetivo compartido de ambos

no es otro que frustrar una investigación judicial mediante destrucción absoluta de los datos informáticos contenidos en los soportes.

La parte recurrente afirma que el Juzgador aborda este problema desde una ilógica separación de ambos delitos que se encuentran en concurso medial, considerando artificiosa dicha separación y que la misma produce una incongruencia interna en la sentencia, en la que, según la parte recurrente, se enfoca el concurso ideal de delitos como un obstáculo para su enjuiciamiento por separado, pese a que un hecho no habría sido cometido sin la concurrencia del otro por lo que la relación entre ambos es inescindible.

También se alega que en la sentencia recurrida se expone que no se puede tener en cuenta el concurso ideal de delitos porque no es asumible anticipar los efectos de dicho concurso ya que ello presupondría una condena considerando la parte recurrente que no se puede reducir la noción del concurso medial de delitos a sus efectos penológicos y que el planteamiento de la sentencia es incongruente con que el juez a quo en la misma afirme que los hechos y la prueba es común para ambos delitos.

Entiende la recurrente que con introducir el concepto de concurso de delitos no se anticipa la condena como pretende el jugador sino que previene o anuncia que la prueba abarcará una serie de hechos compartidos y que antes de aplicar la regla penológica del art 77 del C.P. es necesario valorar si existe el concurso de delitos, considerando que el razonamiento ofrecido por el juez a quo es irracional en cuanto cae en un reduccionismo que impide que se atienda a la cuestión correctamente y vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Partiendo por lo tanto de que se anticipa la existencia del concurso ideal de delitos ya en los escritos de conclusiones provisionales, y que esto viene determinado por la relación de necesidad entre ambos, considera la parte recurrente que ello excluye la aplicación de la denominada doctrina Botín, y que,

dado que el Juzgador la ha aplicado, procede la nulidad del juicio y no sólo en relación al delito de daños informáticos, sino respecto de ambos, estrechamente vinculados entre sí.

Del anterior planteamiento se desprende que la parte recurrente lo que mantiene es que los dos delitos, el de daños informáticos y el de encubrimiento se encuentran en una situación concursal, de manera que uno es el medio para cometer el otro y que por lo tanto no se puede escindir el examen de ambos para valorar la legitimación del ejercicio de la acción popular como considera que hace el Juzgador en la sentencia recurrida, solicitando, también por esta cuestión la nulidad de la sentencia.

A este respecto habría que comenzar por decir que en el supuesto de que la Sala acogiera la pretensión de la parte recurrente la consecuencia no tendría que ser la nulidad de la sentencia sino, en su caso, la admisión de la legitimación de la acusación popular para ejercer la acción por ese delito, para lo cual no habría problema alguno puesto que se habría practicado la prueba respecto del mismo, común ciertamente para ambos delitos en su mayor parte, que es, hay que reiterar, la finalidad que tenía el Juzgador al resolver la cuestión no con carácter previo, sino en sentencia una vez practicada toda la prueba propuesta y admitida.

Respecto al fondo de dicha cuestión, efectivamente este Tribunal entiende que la consideración de una situación concursal entre delitos no se realiza exclusivamente con una finalidad penológica a efectos de aplicación del art. 77 del C.P., sino que dicha situación concursal existe, y, por ello, deben aplicarse las reglas previstas por el legislador en el referido precepto.

Sin embargo, como expone el Juez a quo en la sentencia recurrida, también es cierto que para valorar si existe dicha situación concursal que conlleva a efectos penológicos la aplicación de las normas establecidas en el art. 77 del C.P. es preciso que los delitos que están en concurso no sólo existan sino además sean perseguibles. No lo serán en diversos supuestos al no cumplirse las

condiciones especiales que para ello puedan exigirse, como la falta de denuncia del perjudicado o agraviado, los que puedan ser afectados por una excusa absolutoria o incluso si uno de los delitos en concurso ha prescrito.

A este respecto hay que recordar que si bien es cierto que el art. 131.4 del C.P. establece que "En los supuestos de concurso de infracciones o infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave" la Sala Segunda en sentencias como la STS 166/2018 de 11 de abril, recordando la doctrina anterior expuesta en resoluciones como la STS 813/2012 de 17 de octubre mantiene que «la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de la prescripción de los delitos integrantes de un concurso medial ha de aplicarse partiendo siempre de la premisa de que el delito fin se cometa antes de que prescriba el delito medio. De no ser así, que es precisamente lo que sucede en este caso, el delito medio ha de considerarse prescrito una vez que transcurra el plazo previsto en el artículo 131 del C. Penal. De modo que transcurrido el tiempo previsto para la prescripción del delito medio no cabe que este reviva cuando, una vez consolidada la prescripción, se materialice el delito fin. Puede decirse por tanto que el complejo concursal medial no llega a constituirse, de ahí que no quepa aplicar los plazos prescriptivos propios de esa unidad jurídica».

En consecuencia, en términos de la citada resolución, para que exista el complejo concursal medial como consecuencia del cual se aplicarán en el momento de determinación de la pena las reglas del art. 77 es necesario que el mismo pueda constituirse y ello será posible si cada uno de los delitos que lo conforman es perseguible. Por ello no sólo no resulta irracional como se pretende, el análisis que realiza el Juzgador, por separado, de la posibilidad de ejercer acción por cada uno de los dos delitos que podrían haber formado en este caso el complejo concursal medial, sino absolutamente ajustado, puesto que en el supuesto de que entienda, como así lo hace, que la acusación popular puede formular acusación por un delito sí y otro no, no existe ya concurso medial porque, en virtud del principio acusatorio, no hay una parte legitimada para ejercer la acusación respecto de uno de los dos delitos que conformarían el

concurso y en consecuencia éste no existe, al igual que sucedería si uno de dichos delitos hubiera prescrito antes de que se cometiera el otro y no pudiera, en consecuencia, exigirse responsabilidad penal por el mismo.

Mantiene también la parte recurrente que si en el delito de encubrimiento encontramos intereses difusos o colectivos a proteger, que es el motivo por el que las acusaciones populares estarían legitimadas para acusar aunque no lo hiciera la Fiscalía o el directo perjudicado, es indudable que esos intereses difusos a proteger también están en el delito de daños informáticos ya que el objetivo compartido de ambos no es otro que frustrar una investigación judicial mediante destrucción absoluta de los datos informáticos contenidos en los soportes.

A este respecto hay que decir que el juez a quo expone perfectamente en la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 782 de la LECr y la imposibilidad en consecuencia de abrir el juicio oral a instancia únicamente de una acusación popular cuando el Ministerio Fiscal ha interesado el sobreseimiento y el perjudicado por el delito ha desistido del ejercicio de la acción penal, con la excepción de aquéllos supuestos en los que por tratarse de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva o de naturaleza difusa o carácter metaindividual, en los que no existe la posibilidad de un interés particular defendido por una acusación particular, la acción popular manteniendo un criterio diferente al del Ministerio Fiscal que ha interesado el sobreseimiento, sí podría ejercer la acción en defensa de esos intereses sociales y colectivos.

En aplicación de dicha doctrina de la que son exponentes relevantes las STS 1045/2017 de 17 de diciembre, la denominada “doctrina Botín”, la STS 54/2008 de 8 de abril, dictada en el que se conoce como “caso Atutxa”, recogida igualmente en otras que se citan en la sentencia recurrida, y que se analizan en la también citada en la sentencia recurrida STS 288/2018 de 14 de junio, el Juzgador llega a la conclusión de que en el delito de daños informáticos el bien jurídico protegido no es en ningún caso de naturaleza colectiva ni difusa ni metaindividual, que tiene un perjudicado que en su momento ejerció la acusación

particular y quien, sin embargo, tras el dictado del auto de incoación de procedimiento abreviado desistió de continuar con el ejercicio de la acción penal, y que en consecuencia, dado que el Ministerio Fiscal ha interesado el sobreseimiento, no cabe admitir la legitimación de las acusaciones populares para formular acusación respecto del referido delito de daños informáticos.

Por el contrario en relación con el delito de encubrimiento sí admite la legitimación de las acusaciones particulares, en aplicación de idéntica doctrina y en contra del criterio mantenido por las defensas en el acto del juicio oral, por tratarse de un delito contra la Administración de Justicia en el que el bien jurídico protegido, en consecuencia, no puede ser asociado a un interés particular.

La parte recurrente sin embargo, discrepa de dicha interpretación por entender que el "objetivo" de ambos delitos es el mismo en el presente caso, esto es el entorpecer la acción de la Justicia, en concreto la investigación que se estaba llevando a cabo en el Juzgado Central de Instrucción. Confunde evidentemente dicho planteamiento la supuesta finalidad pretendida, en su tesis, por los acusados, que expresamente se encuentra recogida en el art. 451 3º del C.P. cuando exige para el delito de encubrimiento que la conducta descrita en dicho precepto esto es el ocultar, alterar, o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, se realice "para impedir su descubrimiento", con el bien jurídico protegido por el delito que es lo que, en aplicación de la doctrina expuesta legitimaría a la acusación popular en solitario para el ejercicio de la misma.

La finalidad, el objetivo según se mantiene en el recurso, de impedir la investigación del delito es un requisito del delito de encubrimiento que se exige para sancionar el mismo, en el que el bien jurídico protegido es la correcta Administración de Justicia que no puede verse entorpecida por terceros ajenos al mismo, pero el delito de daños informáticos, está incluido en el Título XIII del CP dentro de los delitos contra el patrimonio y en concreto en el Capítulo IX,

esto es dentro de los delitos de daños, en el que el objeto del delito es incorporal o inmaterial puesto que se trata de elementos informáticos, pero que tiene que reunir la condición de ajenidad, esto es de ser perteneciente a una persona que, con su destrucción, resulta perjudicado por la acción descrita en el art. 264 del C.P.

No cabe por lo tanto plantearse, que el bien jurídico protegido por el delito de daños informáticos pueda ser de naturaleza colectiva, difusa o metaindividual, puesto que los datos que se mantiene que pueden haber sido borrados tienen que pertenecer a alguien, y de hecho el supuesto perjudicado se había personado en tal condición, sin perjuicio del interés que en la investigación seguida ante el Juzgado Central de Instrucción pudieran tener tales datos y del que pudiera despertar en la ciudadanía dada la presunta participación en los hechos de un partido político.

Se comparte en consecuencia la conclusión a la que llega el Juzgador en la sentencia recurrida respecto a la falta de legitimación de la acusación popular para ejercer la acción por el delito de daños informáticos, desestimándose también este motivo del recurso.

3) Como tercer motivo del recurso se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, dado que la parte recurrente solicitó complemento de la sentencia al amparo del art. 267.5 de la LOPJ a lo que se le dio respuesta en auto de 18 de noviembre de 2019 denegando dicha solicitud. El fundamento de la misma era la expresa impugnación de la prueba pericial propuesta y aportada extemporáneamente por la defensa del Partido Popular, si bien también había sido propuesta por la del acusado José Manuel Moreno Alarcón, sin que se diera respuesta a dicha pretensión que igualmente había sido formulada por la acusación Izquierda Unida-Los Verdes y otros.

Se expone que la referida prueba pericial fue propuesta por los acusados expresados en sus escritos de defensa y admitida por el Juzgado en el auto de uno

de febrero de 2019 sin que dicha prueba hubiera sido aportada, requiriendo el órgano jurisdiccional a las referidas partes para que la aportaran en providencia de 7 de junio de 2019, presentando la representación del Partido Popular por vía telemática un escrito el día 13 de junio de 2019 por la tarde en el que se decía que se acompañaba el informe pericial de parte aunque el mismo no se adjuntaba en realidad, al parecer por exceso de cabida, en el preceptivo traslado a las partes, siendo presentado el informe en el Juzgado, de forma sorprendente al entender de la parte recurrente, pese a lo cual las partes no recibieron dicho documento.

El 14 de junio de 2019 se celebró la primera sesión del juicio oral y al finalizar la sesión se solicitó por las partes acusadoras que se les diera traslado de dicho informe, lo que no se hizo hasta el 20 de junio de 2019, solicitando la parte recurrente la suspensión del juicio, al menos de la sesión destinada a la prueba pericial, por evidente indefensión creada por la defensa del Partido Popular que a su entender actuó con palmaria mala fe, lo que no fue admitido, dejando la parte recurrente su respetuosa protesta al respecto.

Se considera por ello que la aportación del objeto de la pericia fue extemporánea y se señala que la parte que introdujo de esa forma la pericial interrogó sobre la misma al testigo Luis Bárcenas, pese a que la prueba no se encontraba al acceso de las partes.

Pese a lo anterior en el auto el Juzgador expone que admitió plenamente la prueba aunque fue incorporada extemporáneamente y además le dio plena validez aunque el objeto de pericia contenía aspectos jurídicos que debían ser valorados por el propio juzgador.

La parte recurrente afirma que expuso los motivos de impugnación de dicha prueba en su escrito de 25 de junio de 2019, luego reproducido el 26 de junio al comienzo de la sesión del juicio oral recordando que el objeto de la pericia propuesta y admitida era “el procedimiento de borrado seguro de información, en aspectos de carácter técnico y normativo, generales así como

particulares aplicables al Partido Popular y análisis técnico del pen drive aportado por Luis Bárcenas Gutiérrez en su declaración del pasado 15 de julio de 2013 ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5, así como de los ordenadores objeto de estos autos a fin de analizar, desde una perspectiva técnica, el concreto pen drive y los ordenadores objeto de estos autos".

Los motivos de impugnación de la pericial aportada fueron que se realizaba en la misma una interpretación de la normativa atinente a la protección de datos, siendo inadmisible una pericial sobre el Derecho, conocimiento que ya tiene el juzgador, y porque se realiza un análisis sobre la verosimilitud de la declaración del testigo Luis Bárcenas Gutiérrez en fase de instrucción, realizando los peritos de la defensa del Partido Popular juicios de valor respecto a ello y llegando a insinuar que el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 podría haber manipulado el pen drive aportado por el testigo.

Se afirma en el recurso que pese a ello se incorporó dicha prueba pericial y las valoraciones de los peritos fueron también a la sentencia que se recurre para el reforzamiento de los argumentos, lo cual, la parte recurrente considera que merecía al menos una explicación.

En relación con esta cuestión hay que decir en primer lugar que se desconoce cuál es la razón por la que se efectúa tal alegación, salvo el que la parte recurrente quiere mostrar su discrepancia sobre la forma en que se presentó la referida prueba pericial, fue admitida y se les dio traslado de ella, así como en relación con el contenido de la misma, a su entender improcedente y que en consecuencia no debía haber sido admitida, y respecto al hecho de que el Juzgador no accediera a completar la sentencia en el sentido interesado ya que no se anuda petición alguna a tal motivo del recurso, lo que sería suficiente para su desestimación.

En todo caso, y comenzando por el momento en el que se propuso y practicó dicha prueba, según se desprende de las actuaciones, en el trámite

correspondiente la representación del Partido Popular en su escrito de conclusiones provisionales propuso, entre los medios de prueba la ratificación del informe pericial realizado por la firma Grant Thornton Forensic y en concreto por los peritos Alfonso Bravo García y Cristina Muñoz-Aycuens, anunciando que la misma sería aportada con anterioridad al acto del juicio oral y explicando el objeto de la misma. Dicha prueba fue admitida por el Juzgado de lo Penal en el auto de uno de febrero de 2019, y la representación del Partido Popular aportó el informe pericial el día 13 de junio de 2019, esto es el anterior al comienzo de la celebración del juicio oral.

La parte recurrente no planteó ninguna cuestión previa al inicio de dicho acto, ni impugnó la forma en que la prueba pericial referida había sido propuesta y admitida, si bien es cierto que al final de la primera sesión del acto del juicio oral las acusaciones populares pusieron de manifiesto que les había llegado el escrito del Partido Popular pero no el informe que se acompañaba al mismo, lo que al parecer era debido a que no era posible por Lexnet dado el peso del documento. En ese acto se acordó que se le diera traslado de dicho informe el día 17 de junio de 2020 sin que se opusieran a ello las partes, dictándose diligencia de ordenación en esa fecha en la que se hacía constar que se había aportado por copia del informe para el resto de las partes a las que se daba traslado a través del Salón de Procuradores, siendo notificada dicha resolución a la parte recurrente.

En la sesión del día 20 de junio, la segunda en la que se celebró el acto del juicio, las acusaciones populares alegaron que habían recibido ese mismo día el informe pericial, que era extenso y complicado y que no tenían tiempo para examinarlo en el período que faltaba hasta el día 27 en que se practicaba la prueba pericial sobre el mismo, solicitando que se aplazara dicha sesión. El Juzgador denegó dicha pretensión puesto que había una semana para que las partes pudieran conocer y examinar el informe y que el mismo era suficiente ya que debían ser los peritos quienes aclararan los términos del informe de manera comprensible para quienes no eran expertos en la materia, compartiéndose por este Tribunal tal decisión. De hecho basta ver la grabación de la sesión para

comprobar que las defensas de las acusaciones populares preguntaron de forma extensa y en profundidad a los peritos sobre el contenido de su informe, demostrando que habían tenido perfecto conocimiento del mismo.

Por ello y sin perjuicio de compartir que, efectivamente el Partido Popular pudo y debió aportar su informe con su escrito de defensa puesto que en el mismo anunciaba la proposición de dicha pericia, y si no, al menos con tiempo suficiente para no perjudicar al derecho del resto de las partes y no obligarles a hacer un esfuerzo que no era imprescindible puesto que dispuso de un período suficiente para ello desde la admisión de las pruebas hasta el acto del juicio oral, debiendo haber sido requerido por el Juzgador para que lo presentara con un tiempo razonable, ninguna indefensión se le ha causado a la parte recurrente con la forma en la que finalmente fue aportada dicha pericia.

En cuanto a la alegación de que el testigo Luis Bárcenas fue interrogado sobre el contenido de tal pericia, hay que decir que al ver la grabación de la sesión en la que se practica dicha prueba testifical se comprueba que ello no es así, sino que se establece durante el interrogatorio de uno de los Letrados de la defensa una especie de discusión entre el mismo y el testigo, manteniendo el referido Letrado que la respuesta del testigo era contraria a lo que se desprendía de la prueba pericial practicada, a lo que el testigo responde que cómo va a haber una pericia sobre unos ordenadores que sólo son la carcasa, siendo zanjada la discrepancia por el juez a quo que hace ver al Letrado que no puede entrar en discusión con el testigo sino solamente interrogarle, por lo que no es cierto que se preguntara al testigo sobre el fondo de la pericial que en ese momento acababa de recibir la parte recurrente.

En cuanto a la impugnación sobre el contenido de la pericia, se comparte con el juez a quo que dicha impugnación es la forma en la que la parte que la alega hace ver su discrepancia u oposición con el contenido de la prueba impugnada pero no requiere un expreso pronunciamiento al respecto.

En todo caso en este supuesto el motivo de la impugnación es que el informe pericial analiza las declaraciones del testigo Luis Bárcenas, y, además, hace valoraciones jurídicas que no pueden ser objeto de pericia porque el Juzgador conoce las normas.

Respecto a esta cuestión hay que decir que al inicio de la sesión del acto del juicio en la que se practicó la pericia el Juzgador efectivamente expuso que se había presentado por las acusaciones populares escritos impugnando la pericial por estos motivos, lo que el Juzgador resolvió oralmente en ese acto, exponiendo que, sin perjuicio de la valoración que pudiera efectuar de la prueba en la sentencia, él no podía controlar el contenido del informe pericial antes de su presentación pero que intentaria que por las partes no se formularan preguntas en relación con las cuestiones por las que se realizaba la impugnación. Puede comprobarse, no obstante, al ver la grabación del juicio que las propias acusaciones populares, durante la ratificación de los peritos, en ocasiones introducen las valoraciones que los mismos realizan en el informe pericial sobre la citada testifical, y les preguntan sobre ello, y que una vez también lo hace un Letrado de la defensa si bien en relación a una cuestión técnica, teniendo que manifestar el Juzgador que la pregunta que hacen tiene contenido jurídico sobre el contexto del proceso. Finalmente el Juzgador valora en la sentencia recurrida los aspectos técnicos de la pericia, no el contenido normativo de la misma ni las valoraciones sobre la declaración del testigo que pudiera incluir el informe.

Por todo lo anterior y en consecuencia no entiende este Tribunal que se haya ocasionado vulneración alguna a la parte recurrente con la admisión y práctica de la prueba pericial por los motivos alegados en el recurso.

4) En el cuarto motivo del recurso se alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error en la apreciación de la prueba y valoración probatoria irracional alejada de máximas de experiencia, solicitando la anulación del juicio.

Mantiene la parte recurrente que el error que alega tiene que ver con el enfoque, claramente parcial y reducido que hace el Juzgador acerca de la prueba practicada, considerando que tal error es inmenso y parte del olvido del contexto histórico en el que los delitos se cometieron, lo que al entender de la parte recurrente es de gran relevancia, puesto que las pruebas cobran significado y coherencia interna en relación a dicho contexto constituido por un hecho público y notorio como era la existencia de un procedimiento judicial cuyo objeto de investigación era una contabilidad B del partido que gobernaba en ese momento, y la sentencia por ello deviene ilógica, deslavazada, incongruente y desconectada de la prueba practicada.

En relación con esta cuestión hay que recordar que la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias por vía de recurso ha sido reiteradamente objeto de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, estableciendo ambos Tribunales limitaciones importantes a tal revisión.

Dicha doctrina parte de la STC 167/2002, de 18 de septiembre que establece, en el último párrafo de su Fundamento Jurídico Primero, que: “En casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”.

En consecuencia, el criterio unánime de dicha resolución dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional es que, en las pruebas que exigen la inmediación y la contradicción para su valoración, no puede el tribunal de apelación sustituir el criterio del Juez a quo, ya que carece en tales casos de las condiciones exigidas por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y ello supondría una vulneración de los principios de publicidad, inmediación y contradicción,

integrados en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), siendo este criterio reiterado en otras posteriores como las STC 170/2002 de 30 de septiembre y 200/2002 de 28 de octubre, o la posterior de 20 de diciembre de 2005.

En la sentencia del Pleno de dicho Tribunal de 11 de marzo de 2008 se mantiene la misma interpretación, "el problema constitucional de la garantía de inmediación se ha planteado en nuestra doctrina jurisdiccional como un "límite" para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 192/2004, de 2 de noviembre, FJ 2) derivado "del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en particular del principio de inmediación que rige el proceso penal" (STC 192/2004, FJ 2). Así, la STC 167/2002, perfilando tal límite, concluye que "en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (FJ 1). La ratio de la decisión que adoptamos en nuestra STC 167/2002 de que "ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías" es, por tanto, que la Audiencia Provincial había procedido "a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción" (FJ 11). A la misma conclusión y por la misma razón se llega en numerosas Sentencias posteriores: "la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2;

200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, entre otras)" (STC 31/2005, de 14 de febrero, FJ 2).

Así, "la Constitución veda ex art. 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido; esto es: sin inmediación en pruebas cuya valoración requiere la garantía de inmediación" (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 9); así, "forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen -sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio- y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo" (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 111/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 112/2005, FJ 2; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2).

Idéntico criterio es aplicado en sentencias como la de 28 de abril de 2009 según la cual "En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 115/2008, de 29 de septiembre, y 49/2009,

de 23 de febrero), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria justificada en una diferente valoración de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testificales, que, por su carácter personal, no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Más en concreto, y por lo que se refiere a la rectificación de conclusiones derivadas de pruebas de carácter personal, también ha reiterado este Tribunal que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, STC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2) “.

De igual manera se mantiene y aplica este criterio por la Sala Segunda del TS con una constante doctrina expuesta en la reciente STS 111/2020 de 11 de marzo en la que, partiendo de la jurisprudencia constitucional expuesta realiza un análisis recordando la inexistencia del denominado "derecho a la presunción de inocencia invertido" de titularidad del acusador al que se refieren numerosas resoluciones como la STS 486/2019, de 15 de octubre conforme a la cual , respecto de una sentencia absolutoria dictada por un tribunal en apelación de una sentencia que había condenado en la instancia expone que "Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de

inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006 , FJ 3).

Así en la citada STS 111/2020 se recuerda que “la jurisprudencia de la Sala Segunda, ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).

Si bien, efectivamente, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre ó 901/2014, de 30 de diciembre).

De modo que, advierte la última de las resoluciones citadas, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como

la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre).

Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones”.

A lo anterior hay que añadir, en relación con el recurso de apelación que, que tras la reforma introducida en la LECr por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, el art. 790.2 establece que “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de

la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada" por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 792 "La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2".

Con idéntico criterio al expuesto en la STS 111/2020, en la de 12 de marzo de 2019, STS 755/2018, la Sala Segunda aclara, de igual manera, en cuanto al concepto de irracionalidad o arbitrariedad que "La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS 350/2015 de 21 de abril).

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable".

En el presente supuesto y respecto al recurso cuyos motivos se están examinando, la parte recurrente solicita la nulidad de la sentencia y del juicio, siendo preciso que tal como dispone el art. 790.2 de la LECr, se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica o el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, puesto que no se alega por dicha parte

la omisión sobre alguna de las pruebas practicadas y que puedan ser relevantes.

Para ello deben aplicarse los criterios jurisprudenciales expuestos, de forma que no cabe la anulación de la sentencia dictada por el Magistrado Juez de lo Penal por entender que sería más apropiada la valoración de la prueba que realiza la parte recurrente ni tampoco porque este Tribunal pudiera considerar que sería otra la que habría realizado, sino que sin invertir, en aras a la salvaguarda de la tutela judicial efectiva de las acusaciones, el derecho a la presunción de inocencia de los acusados que el Juzgador ha tenido en cuenta para llegar a su conclusión absolutoria, deben quedar justificados algunos de los motivos previstos en el art. 790.2 de la LECr.

La parte recurrente, que se reconoce consciente de que no puede llegar por el motivo aludido a un resultado de condena, solicita la anulación del juicio por los siguientes errores de la sentencia recurrida que, según afirma vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva:

A) Error de falta de contextualización relatando los hechos de interés público y conocidos en cuyo contexto se produjeron los que son objeto del presente procedimiento.

En el recurso se recuerda, que encontrándose investigado D. Luis Bárcenas Gutiérrez por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, se conoció, a través de los medios de comunicación que el mismo tenía una cuenta en una entidad bancaria con varios millones así como la presunta existencia de sobresueldos pagados por Luis Bárcenas a dirigentes del Partido Popular lo que provocó la incoación de un procedimiento en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, mediante la formación de una pieza separada, causa conocida coloquialmente como “Papeles de Bárcenas”, todo lo cual como señala la parte recurrente era un hecho público y notorio que tuvo un gran impacto mediático,

siendo por ello indiferente al entender de la recurrente lo que los acusados mantengan en relación con el conocimiento propio de estos hechos.

Es evidente que no cabe acoger que el Juzgador no tenga en cuenta ese contexto para la valoración de la prueba practicada cuando expresamente recoge tales hechos en el relato fáctico de la sentencia recurrida: "…Desde junio de 2009, el sr. Bárcenas tenía atribuida la condición de imputado en las diligencias previas 275/2008 tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, conocida como causa Gürtel. El 17 de enero de 2013 se publicó en prensa la recepción por ese órgano de una comisión rogatoria cumplimentada desde Suiza, en la que se desvelaba la titularidad del sr. Bárcenas de cuentas bancarias en las que tenía depositadas importantes cantidades de dinero. Tras conocerse esta información, el Partido Popular comunicó a Luis Bárcenas, a través de su empleado Antonio de la Fuente Escudero, director de seguridad del partido y cuñado de aquél, que se le prohibía el acceso a la sede de la formación política.

El 18 de enero de 2013, el diario El Mundo publicó la existencia de supuestos sobresueldos pagados por Luis Bárcenas a dirigentes del Partido Popular. En las ediciones escritas de los días 31 de enero y 3 de febrero de 2013, el diario El País publicó documentos manuscritos facilitados por el sr. Bárcenas, de los que supuestamente se desprendía la existencia de una contabilidad oculta en el Partido Popular…

El 15 de julio de 2013, Luis Bárcenas entregó en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 un soporte de almacenamiento tipo pendrive, con archivos que el imputado afirmaba haber extraído del ordenador Toshiba. Por auto de 16 de agosto de 2013, el juzgado dispuso requerir al Partido Popular a fin de que, en el plazo de cinco días, pusiera a su disposición los dos ordenadores portátiles que el sr. Bárcenas hubiera ostentado en su sede. La formación política requerida hizo entrega de los dos equipos al órgano judicial el 20 de agosto de 2013".

El entorno judicial y mediático en el que se producen los hechos es igualmente objeto de análisis por el Juzgador en el apartado 5.6 del fundamento de derecho quinto relativo a la valoración por lo que no cabe acoger esta primera alegación relativa al supuesto error de valoración de la prueba.

B) El que se trata de un concurso medial entre el delito de daños informáticos y el de encubrimiento de manera que el primero se perpetra para cometer el segundo, por lo que existe una unidad de pensamiento y de voluntad para lograr la destrucción de los datos contenidos en ambos discos duros que contienen prueba que afectan al Partido Popular y sus dirigentes en la investigación seguida en la Audiencia Nacional.

A este respecto no cabe sino reiterar lo expuesto por este Tribunal respecto a que no cabe apreciar el referido concurso por cuanto que uno de los dos delitos que conformarían el mismo, el de daños informáticos no es perseguible en el presente procedimiento al no haberse formulado acusación por parte legitimada para ello, lo cual no obsta para que pueda valorarse la prueba en relación con la totalidad de los hechos enjuiciados, puestos que los supuestos daños habrían sido, presuntamente, la forma utilizada para hacer desaparecer el objeto del delito.

En todo caso es evidente que si este Tribunal considera que no cabe apreciar el concurso referido por los motivos expuestos, no procede la estimación de una insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica porque el Juzgador no analice los hechos, según se afirma con una unidad de pensamiento y de voluntad, lo cual tampoco es como la parte recurrente mantiene, ya que si bien es cierto que en la sentencia se valora la prueba relativa a los elementos de cada uno de los supuestos delitos por separado, la razón de ello no es que descarte que los hechos estuvieran en la unidad de pensamiento y voluntad alegada sino con la finalidad de valorar si esos delitos podrían haberse cometido por reunir los requisitos precisos en cada uno de ellos, sin perjuicio de que luego, de ser así, fueran constitutivos de concurso.

C) Error en la apreciación de la prueba en relación con el delito de encubrimiento, al margen de máximas de experiencia o irracional.

Se recuerda que la parte recurrente acusó por un delito de encubrimiento por la realización de actos que implicaron necesariamente la eliminación-inutilización de los discos duros que contenían los datos requeridos por la autoridad judicial en la investigación que se seguía ante el Juzgado Central de Instrucción a partir de los asientos contables elaborados por el tesorero del Partido Popular, D. Luis Bárcenas.

Considera la parte recurrente que los dos elementos objetivos del tipo, esto es el actuar con posterioridad a la comisión del delito encubierto y eliminar los instrumentos o elementos del delito son un hecho no controvertido, y que la sentencia recurrida hace una valoración irracional del elemento subjetivo apartándose ostensiblemente de las máximas de experiencia.

Afirma la parte recurrente que el elemento subjetivo del delito, el conocimiento de la comisión del delito encubierto, no puede determinarse por la declaración autoexculpatoria del acusado, y al Juzgador le parece verosímil la declaración del Sr. Moreno, acusado de ser el autor material de la destrucción, sobre su más completa ignorancia acerca de la existencia de la investigación judicial cuando ello era un hecho público y notorio y según constante Jurisprudencia el Juzgador puede apreciarlo así.

En tercer lugar la parte recurrente afirma que a juicio del Juzgador es una presunción contra el reo el suponer el conocimiento de los acusados de la operativa financiera contable y tributaria supuestamente delictiva desplegada en el seno del Partido Popular entre 1990 y 2008, pero el tipo penal del encubrimiento no exige conocer los pormenores del delito ni su calificación jurídica ni todas las circunstancias que lo rodean, siendo suficiente conocer que existe un hecho que puede ser constitutivo de delito, no siendo precisa siquiera una investigación judicial ni que exista una condena, y en este caso la

investigación partió de la publicación de los asientos contables del Sr. Bárcenas, lo que tuvo notoriedad pública.

A juicio de la parte recurrente no puede caber la duda que introduce el juez a quo puesto que destruir los discos duros que contenían los ordenadores usados por el Sr. Bárcenas constituía una auténtica osadía ya que debían saber que podrían ser de interés en la investigación judicial y la alegada utilización de un supuesto método de Borrado Seguro de datos en cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos no es más que la pretensión de dotar de apariencia de legalidad a algo que, por mínima prudencia, no debió suceder, recordándose que el juez instructor que investigaba la causa no pudo acceder a las pruebas, pese a haberlas requerido oficialmente y cuando comprobó que se habían eliminado, decidió deducir testimonio por la presunta comisión de daños informáticos y encubrimiento.

Se razona en el recurso que no cabe comparar, como se hace en la sentencia impugnada, entre el conocimiento del delito encubierto como hecho público y la pretendida teoría del cumplimiento eficaz y devastador de una norma administrativa (LOPD) para eliminar datos en el marco de una investigación notoria porque ello supone quebrantar las mínimas reglas de la experiencia a través de un juicio de inferencia irracional e ilógico, ya que el conocimiento del delito encubierto es previo a la supuesta utilización de un programa de tratamiento de datos, siendo indiferente, al entender del recurrente la existencia o no de un protocolo de borrado seguro de datos informáticos.

Se alega igualmente en el recurso que en nada cambiaría el hecho de que los discos no contuvieran datos, o cuáles contenían considerando una entelequia la prueba de la defensa sobre que los discos duros estaban vacíos de información puesto que el delito se había cometido igualmente y es imposible contrastar la información que los discos duros contenían al haber sido destruidos. Se recuerda el contenido del auto del Juzgado Central de Instrucción sobre el requerimiento para la entrega de los discos duros para realizar una prueba pericial, y el inmenso

daño producido por los acusados al eliminar las pruebas, no siendo racional la apreciación de la prueba por el órgano a quo porque supondría elevar a un nivel insoportable las exigencias legales para cometer este delito, creando un indeseado marco de impunidad.

En relación con estas alegaciones hay que volver a recordar que en el recurso contra sentencias absolutorias la parte recurrente no puede pretender que, alegando falta de racionalidad de la valoración de la prueba realizada por el Juzgador se declare la nulidad para que realizara otra diferente acorde con la que pretende que se realice la parte recurrente o incluso con la que, en su caso, este Tribunal pudiera haber efectuado. Es al juez a quo a quien le compete, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta la valoración de la prueba practicada en el plenario, y sólo cabe anular la misma cuando la motivación sea insuficiente o falta de racionalidad, no pudiendo entenderse por esto último el que sea diferente de la que pretende la parte recurrente, que ejerce además la acusación, con el riesgo de que ello pueda suponer de que, para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, se produzca una infracción del principio de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido.

No cabe admitir en el presente supuesto, y ni siquiera se alega una insuficiencia de valoración, el Juzgador analiza de forma detallada la prueba practicada en relación con cada uno de los elementos del delito de encubrimiento, realizando un análisis de la prueba existente respecto de todos los aspectos necesarios para que puedan concurrir los mismos.

No es cierto, como alega la parte recurrente que sea un elemento no controvertido la destrucción de los elementos del supuesto delito encubierto, cuando el Juzgador parte de que de la valoración de la prueba a su entender resulta acreditado que el ordenador Toshiba Libreto 100 CT era del Partido Popular y que no se ha probado que el ordenador Apple MacBook Pro perteneciera a Luis Bárcenas, como tampoco entiende acreditado, por los motivos que expone en los que realiza una valoración de prueba personal, el

contenido de los discos duros de ambos ordenadores que fueron borrados y destruidos, por lo que el partir de que en dichos discos duros se contenían los archivos que eran necesarios para la investigación que llevaba el Juzgado Central de Instrucción nº 5 es una presunción y el juez a quo considera que no existe prueba suficiente de ello. Es evidente que, pese a lo que se mantiene en el recurso, no cabría entender que existe delito de encubrimiento por la destrucción de unos discos duros vacíos de cualquier tipo de contenido ya que dicho borrado y destrucción no lo sería de efectos de un delito.

No sólo valora el Juzgador para llegar tal conclusión, que la parte recurrente considera arbitraria o irrazonable, la prueba de testigos o el interrogatorio de los acusados practicada en su presencia sino que en las alegaciones del recurso también se analizan tales declaraciones, con una percepción lógicamente distinta.

Respecto a que era notorio que se estaba llevando a cabo una investigación judicial efectivamente cabe entender que pudiera ser así, no tanto que el acusado Sr. Moreno, como se mantiene en el recurso, tuviera que conocer que esos discos duros que iban a ser borrados y destruidos contenían la documentación necesaria para la investigación de los hechos, supuestamente delictivos, y que el motivo del borrado y destrucción de los mismos no era proteger la seguridad de los datos y en consecuencia a quien había sido usuario de dichos efectos, sino el obstaculizar o impedir tal investigación.

La valoración que el Juzgador realiza de la prueba sobre el protocolo de borrado seguro que el Partido Popular mantiene que tenía instaurado para cumplir con la normativa de protección de datos es a los efectos, lógicamente, de constatar si era posible que el borrado y destrucción tuvieran como finalidad no la del encubrimiento sino otra ajustada a la legalidad, y el juez a quo concluye que así es, tras un detallado examen de la prueba practicada, en el que no cabe entrar por ser de su competencia. Evidentemente la valoración que la parte recurrente realiza de dicha prueba es otra opuesta, pero no puede pretender que se

anule la sentencia para que el criterio del juez a quo, que no es arbitrario ni irrazonable sino contrario al de la parte recurrente, sea sustituido por el suyo, por lo que no cabe acoger las alegaciones efectuadas al respecto.

D) En cuanto a los elementos del delito de daños informáticos se alega también error en la apreciación de la prueba por entender que la realizada es irracional o ajena a las máximas de experiencia, solicitando la anulación del juicio.

Podrían desestimarse estas alegaciones sin más dado que no existe acusación legitimada para perseguir el delito de daños informáticos, pero se reitera que en todo caso, los hechos que pudieran ser objeto del mismo, aunque no puedan ser objeto de sanción, sí deben ser valorados porque sería el mecanismo para cometer el de encubrimiento. Sin embargo, respecto de los mismos, el Juzgador considera que no existe prueba suficiente, y frente a ello, la parte recurrente realiza, nuevamente una valoración diferente de la prueba practicada.

Así, se mantiene que el juez a quo llega a la conclusión irracional de que ni los ordenadores ni los discos duros ni los datos contenidos en los mismos eran del Sr. Bárcenas y cuestiona que en dichos dispositivos hubiera algún dato, concluyendo que no concurren estos elementos objetivos del delito de daños informáticos, y, de la misma forma, es claramente erróneo para la parte recurrente entender que no concurre el dolo porque el mismo quedaría excluido por la existencia y uso de un protocolo de tratamiento de datos, produciéndose una confusión entre el elemento subjetivo y la herramienta pretendidamente usada.

Lo que la parte recurrente considera una conclusión que califica de irracional para fundamentar la nulidad que interesa es simplemente una valoración del juez a quo distinta de la suya y a la que cabe llegar igualmente del resultado de la prueba practicada, en atención a la fiabilidad que a cada uno le

pueda merecer la declaración de los acusados y de los testigos, siendo al juez a quo a quien le compete realizar la suya propia, lo que efectivamente hace y expone con detalle en la sentencia recurrida.

Frente a dicha valoración, la parte recurrente considera que respecto a la la propiedad de los ordenadores, discos duros y datos informáticos, el Juzgador se apoya en la declaración del testigo Javier Barrero, jefe de informática durante 18 años y cuyas declaraciones ni fueron a su entender contundentes, ni se cohonestan con la primera declaración del mismo en el año 2016. No se comparten en el recurso los criterios expuestos en la sentencia de por qué se considera más lógica la declaración prestada por dicho testigo en el plenario porque si bien es cierto que la vertida durante la instrucción la efectuó en calidad de investigado, fue inmediatamente "desimputado" al haber aportado prueba documental, no considerando lógico que se pretenda dar mayor verosimilitud a una declaración más alejada de los hechos.

Se analizan las manifestaciones de dicho testigo en relación con la documental obrante en la causa y con el hecho de que Luis Bárcenas siempre reclamara esos ordenadores como suyos constando acreditado respecto de uno de ellos que la reparación se hizo en un establecimiento ajeno al Partido Popular y que fue el propio Luis Bárcenas quien abonó tal reparación, por lo que se considera que hay prueba suficiente de cargo que acredita que ambos ordenadores eran del mismo y que por lo tanto para destruir sus discos duros habría sido exigible el consentimiento de su legítimo propietario, actuándose así para eliminar los datos que contenían y frustrar la investigación que sobre los asientos contables se estaba realizando en el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

En respuesta a lo anterior hay que decir que no sólo el Juzgador no tiene en cuenta solamente la versión de dicho testigo para llegar a la conclusión expuesta en la sentencia sobre la propiedad de los ordenadores, lo que se desprende de la simple lectura de la sentencia recurrida en la que se valoran para ello muchas otras pruebas, sino que en todo caso es a él a quien le compete, hay

que insistir, dicha apreciación, pese a que la parte recurrente no comparta sus conclusiones.

Se continúan realizando por la parte recurrente alegaciones en relación con la prueba sobre el presunto delito de daños informáticos, y así a colación de la gravedad de la acción y el resultado que exige el art. 246.1 del C.P. para el delito de daños informáticos, se hace evidente la misma al entender de la parte recurrente puesto que se produjo la destrucción absoluta de los dos discos duros de los que no existen copias, ya que el pen drive aportado por el Sr. Bárcenas contiene una parte de los discos duros pero no su totalidad, debiéndose valorar la gravedad en virtud del resultado obtenido.

Se mantiene que la eliminación de los datos fue metódica, exhaustiva y certera aplicando una técnica que se emplea en los casos de no reutilización o no reasignación del soporte, señalando la parte recurrente que cuando el Juzgado Central de Instrucción requirió para la entrega de los discos duros el ordenador Apple Mc Book no había sido reasignado y el Toshiba 100 TC que estaba obsoleto no había sido desechado y que es indudable que la eliminación de dichos discos duros se halla incluida en el tipo penal.

Respecto a esta cuestión se efectúa por el Juzgador, frente a la anterior conclusión de la parte recurrente, una exhaustiva valoración sobre la presunta propiedad de los ordenadores en los que se encontraban instalados los discos duros objeto del borrado y la destrucción llegando a la conclusión antes expuesta que no puede entenderse arbitraria o irrazonable.

En cuanto al contenido de los elementos o dispositivos se considera por la parte recurrente que el Juzgador comete un grave error cuando entiende que existe duda del mismo, considerándose en el recurso que no sólo hay prueba directa de ello sino también un cúmulo de indicios al respecto.

Como prueba directa se considera la declaración de Luis Bárcenas que el Juzgador no tiene en cuenta por considerar que no guarda verosimilitud lo que es

apoyado por la prueba pericial, aunque ninguno de los peritos que depusieron en el acto del juicio oral pudieron examinar los discos duros ya que después de ser rayados fueron tirados a la basura.

En cuanto a la declaración como testigo de Luis Bárcenas se analiza su contenido por la parte recurrente y las circunstancias concurrentes en la misma recordando que fue esta declaración y los documentos que constaban en el pen drive aportado por el mismo lo que dieron lugar a la apertura de juicio oral en el procedimiento en el que se produjeron, siendo absolutamente incierto, al entender de la parte recurrente, que el Sr. Moreno realizara una búsqueda ciega en los discos duros y no hallara nada porque aunque sólo estuvieran los datos aportados en el procedimiento que se sigue ante la Audiencia Nacional, ya existirían datos informáticos en esos discos duros, considerando además la parte recurrente ilógico que esos fueran los únicos datos que se encontraran en esos dispositivos.

Se afirma que de las declaraciones de Luis Bárcenas siempre se ha desprendido que los datos sobre la ampliación de capital de Libertad Digital y los relativos a que según consta en la causa Gürtel Luis Bárcenas tenía dinero guardado en las cuentas bancarias en Suiza se encontraban en esos discos duros sin que se entienda por qué el Juzgador ha descartado la existencia de tales datos.

Tampoco se comparten por la parte recurrente los razonamientos del juez a quo respecto a que la declaración de Luis Bárcenas estaría contaminada por un sentimiento de animadversión hacia el PP y los acusados basándose en las acciones legales emprendidas por el testigo contra los mismos, exponiendo su propia valoración de tales cuestiones y recordando que el procedimiento se inició porque el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción acordó deducir testimonio y que si bien es cierto que en primer momento Luis Bárcenas se personó como acusación particular con posterioridad renunció a la acción penal en el presente procedimiento por todo lo cual se considera que se ha

desacreditado su testimonio sin haber realizado una valoración acorde a lo actuado y documentado.

Además se añade por la parte recurrente la prueba objetiva que a su entender existe sobre la existencia de datos en los discos duros, tanto respecto de la capacidad de almacenamiento del ordenador Toshiba 100 TC el cual se conectaba a una disquetera autónoma, lo que finalmente tuvo que ser reconocido por los peritos, como en cuanto a que en el ordenador Apple Macintosh MacbookPro Luis Bárcenas trasladó datos desde el disco duro que estaba defectuoso al nuevo una vez que efectuó la reparación de dicho ordenador, admitiendo, sin embargo el juez a quo las tesis del Ministerio Fiscal y las defensas respecto de que esto no quedaba acreditado.

Respecto a esto último la parte recurrente sostiene precisamente lo contrario, exponiendo su valoración de la prueba practicada al respecto, tanto las declaraciones de Luis Bárcenas como la del técnico de Universo Mac que llevó a cabo la reparación del ordenador, en un sentido opuesto a como lo hace el juez a quo quien, según la recurrente, da credibilidad a lo manifestado por los peritos contratados por el Partido Popular quienes ni siquiera han visto el disco duro, ni saben el motivo de la reparación, y, sin embargo, niegan con rotundidad la posibilidad de recuperar los datos. Considera por ello la parte recurrente que el juez a quo no ha seguido ningún juicio de inferencia lógico, omitiendo la parte más relevante de la declaración del técnico informático que revisó el disco duro, y dando por el contrario credibilidad a una pericial de parte.

Se considera palmario en el recurso que los discos duros tenían que contener datos informáticos, y no cualesquiera por los cargos que había desempeñado el testigo en el Partido Popular hallándose por ello investigado por delitos graves relacionados con la contabilidad opaca de la formación, preguntándose por qué se iban a emplear tantos medios y esfuerzos en borrar algo que no había y considerando que de ello se desprende la gravedad de los hechos, dado que la destrucción fue eficaz, no quedando ni rastro de los discos

duros, impidiéndose así que se incorporaran los datos informáticos a una investigación judicial siendo imposible su recuperación.

De la simple exposición de las alegaciones expuestas en el recurso se desprende que se trata de la valoración de prueba personal, y tras la cual el Juzgador no llega a la misma conclusión que la parte recurrente, debiendo prevaler lógicamente el criterio del primero que es a quien le compete el enjuiciamiento de los hechos. Pese a lo expuesto por la parte recurrente el Juzgador no considera verosímil la declaración del testigo Luis Bárcenas, por los motivos que se exponen en la sentencia y a los que el Juzgador llega tras el análisis de otras pruebas personales (testificales y periciales) y documentales al respecto, resultando la conclusión a la que llega, se comparta o no, lógica.

Hay que tener en cuenta al entender de este Tribunal que aunque pudiera haber habido archivos y documentos informáticos en esos dispositivos, a uno de ellos el Sr. Bárcenas le cambió el disco duro y respecto del otro él mismo mantiene que extrajo los documentos que entregó al Juzgado Central de Instrucción nº 5 en un pen drive, por lo que, aunque ciertamente el Sr. Bárcenas asegura que en dichos ordenadores seguía habiendo documentos cuando él los dejó en la sede del Partido Popular, el acusado José Manuel Moreno afirma que hizo una “búsqueda a ciegas” de diversos tipos de documentos y que no halló ninguno, siendo esta la razón por la que se procedió a realizar, no obstante el borrado seguro sin siquiera ponerlo en conocimiento de Luis Bárcenas como usuario de los mismos. Ante dicha divergencia de versiones el Juzgador, considerando que del resto de la prueba practicada no resulta tampoco acreditada la existencia de archivos de contenido informático que pudieran ser relevantes para la causa seguida ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5, concluye que la versión del acusado no resulta desvirtuada por prueba de cargo. La parte recurrente está convencida de la existencia de esos datos informáticos en los dispositivos informáticos borrados y destruidos muy relevantes para el procedimiento referido y evidentemente esa es una posibilidad pero la diferente

conclusión a la que llega el juez a quo, en aplicación del principio de presunción de inocencia no es arbitraria o irrazonable y, en consecuencia debe ser respetada.

Sobre el elemento subjetivo del delito se considera que, partiendo de la investigación judicial en la Audiencia Nacional de las causas "papeles Bárcenas" y "Gürtel" existen determinados datos probados que el juzgador no ha tenido en cuenta o ha valorado erróneamente y que apuntalarían la concurrencia del elemento subjetivo.

Entre los mismos se señalan el auto de sobreseimiento libre dictado por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, la ausencia de causa de justificación en la comisión del delito, la entrada en la Sala de Andalucía para coger los ordenadores y destruir los discos duros y el testimonio de Javier Barrero, que fue el máximo responsable de informática en el Partido Popular durante 18 años, exponiendo en el recurso la parte recurrente su discrepancia con la valoración efectuada por el Juzgador respecto de cada uno de esos extremos.

En cuanto al auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid se afirma por la parte recurrente que en el mismo no se dice que los ordenadores fueran propiedad del Partido Popular.

No es cierto que el Juzgador no tenga en cuenta ese sobreseimiento libre que, de nuevo, se recoge expresamente en el relato fáctico de la sentencia cuando se dice que "El 1 de marzo de 2013, Luis Bárcenas interpuso denuncia ante la policía, en la que relataba que Alberto Durán había forzado la cerradura de la puerta de su despacho de la sede de Génova nº 13 y se había apropiado de diversos efectos de su propiedad, entre los que se encontraban dos ordenadores portátiles. Las diligencias previas 604/2013, incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid a resultas de dicha denuncia, concluyeron mediante auto de sobreseimiento libre de fecha 21 de abril de 2013, que devino firme al no haberse interpuesto recurso contra el mismo". Ese dato y la incidencia del sobreseimiento libre acordado respecto a la denuncia de Luis Bárcenas sobre la

supuesta sustracción de bienes de su propiedad, es valorado por el Juzgador, pese a lo que se mantiene, en relación con la supuesta propiedad de los ordenadores, y a efectos de considerar que el borrado de los discos duros se produce una vez dictada dicha resolución. Llega el juez a quo nuevamente a una conclusión diferente a la que mantiene la parte recurrente pero, no por ello, puede considerarse la del juez a quo arbitraria o irrazonable.

Respecto a la causa de justificación se mantiene que el error del Juzgador consiste en aplicarla, por entender que el borrado de datos se hacía en cumplimiento de la LOPD, sin adentrarse en la posible colisión de intereses y ponderación de bienes en conflicto, lo que no ha sido planteado pro las defensas ya que los acusados mantuvieron que no conocían o tenían un somero conocimiento de la causa de los "papeles de Bárcenas". ´

Hay que tener en cuenta respecto a la anterior alegación que el juez a quo parte de que no resulta acreditada la existencia en los discos duros de datos y archivos informáticos de Luis Bárcenas, el cual hay que recordar, desistió del ejercicio de la acusación particular en el presente procedimiento, por lo que, en el supuesto de que efectivamente no hubiera archivos visibles que poder ofrecer a su usuario antes de su eliminación, el proceso de borrado seguro que mantienen las defensas sí estaría justificado tanto si los ordenadores iban a ser reasignados, lo que en el caso del Toshiba por su antigüedad resulta impensable, como si iban a ser destruidos para evitar que otras personas pudieran extraer de los mismos datos que, aunque hubieran sido eliminados, pudieran permanecer en dichos objetos.

En relación con la entrada en la Sala Andalucía frente a lo mantenido por el Juzgador respecto a que ello no tiene interés para el esclarecimiento de los hechos, la parte recurrente considera que el elemento subjetivo queda acreditado con la forma en que se produce dicha entrada: aprovechando la ausencia del Sr. Bárcenas y del responsable de seguridad, resaltando que el primero presentó

denuncia nada más saber que se había entrado en su despacho, habiéndose producido dos intentos previos de entrar en dicha sala.

Considera la parte recurrente que el juez a quo realiza un juicio de inferencia falto de racionalidad en relación con esta entrada cuando considera que responde a un diseño racional de las medidas de seguridad más elementales, pese a que se entra en ausencia del director de seguridad, y con auxilio de un cerrajero para entrar en sus propias instalaciones. La forma en que se procedió revela, al entender de la recurrente, el propósito de los acusados, Alberto Durán y Carmen Navarro, de tomar los datos informáticos ajenos a fin de evitar que la autoridad judicial competente los incorporara al procedimiento y ello causara un perjuicio irreparable al Partico Popular.

Nuevamente hay que decir que la parte recurrente parte de que este hecho guarda relación con la existencia de datos y archivos informáticos en los ordenadores que estaban depositados en tal dependencia pero dado que el Juzgador llega a la conclusión contraria, la forma en que se entrara en tal lugar pudiera en, cualquier caso, verse justificada por las tensas relaciones existentes en ese momento entre Luis Bárcenas y el Partido Popular, por la interposición por el primero de una demanda laboral y porque, como se expone en el plenario principalmente por el Sr. Durán, pretendían que no se pudiera pensar que la ocupación de la referida Sala por parte de Luis Bárcenas acreditaba que el mismo seguía trabajando o desempeñando funciones en el Partido Popular. Así lo interpreta el Juzgador en la sentencia recurrida concluyendo que “al margen de las conjeturas más o menos lógicas que puedan elaborarse, es arriesgado establecer con seguridad que el objetivo de la entrada en la sala de reuniones no fuera otro que el de conocer y/o eliminar el contenido almacenado en los ordenadores, ya que resultan igualmente plausibles otras explicaciones basadas en una motivación lícita, incluso inspiradas en el respeto a la legalidad en materia de protección de datos”, realizando un análisis detallado de la prueba practicada al respecto, tanto de la declaración de los acusados como de los testigos que sobre ello depusieron, como respecto a la prueba documental obrante en la causa,

sin que por ello pueda entenderse que tal conclusión no sea lógica y que pudiera calificarse de arbitraria o irrazonable.

Se añade a lo anterior que el testimonio de Javier Barrero ha aportado una decisiva información sobre la falta de lógica, método y oportunidad que se siguió en la aplicación de la herramienta denominada protocolo de Borrado Seguro.

Se recuerda que en la fase de instrucción el acusado José Manuel Moreno explicó que destruyó los discos duros mediante un sistema de sobreescritura y que después los rayó y los tiró a la basura lo que fue corroborado en el plenario. Sin embargo se afirma que, como los discos duros no han aparecido, se ha partido como tesis de defensa de construir un argumentario en torno a la LOPD y un supuesto tratamiento seguro de datos en aplicación supuestamente de dicha Ley.

Sin embargo, se recuerda en el recurso que el máximo responsable de los sistemas informáticos durante 18 años del Partido Popular, Javier Barrero, declaró que no conocía este protocolo, que no se había realizado antes una destrucción tan devastadora, y que él no había eliminado los datos informáticos porque era una grave irresponsabilidad hacerlo, añadiendo que eran conocidos por todos los problemas judiciales de Luis Bárcenas.

Igualmente explicó el testigo que si algún cargo público dejaba de serlo o dejaba la sede del PP lo normal era que se esperara un tiempo por si el usuario reclamaba sus datos y que después se formateaba en equipo, lo cual si bien no eliminaba todos los datos del disco duro, permitía que el espacio estuviera disponible para el nuevo usuario, constando en los documentos números 2 y 3 de la pericial aportada por la defensa del Partido Popular que los equipos de José María Aznar y Mª Dolores de Cospedal fueron formateados.

Pese a lo anterior, los peritos, depusieron con parcialidad y falta de rigor profesional, según la parte recurrente, interpretando que el contenido de dichos documentos (emails) era la forma coloquial de referirse al borrado seguro, lo que,

según se afirma en el recurso es temerario y sesgado. La testigo Mª Dolores de Cospedal manifestó que realmente desconocía el procedimiento empleado para "formatear" y considera la parte recurrente que la única persona capaz de transmitir claridad y técnica respecto al procedimiento de reasignación de ordenadores era el testigo Javier Barrero al que, al entender de la parte recurrente y de forma irracional, el juez a quo no le ha dado la importancia que su testimonio merecía.

Del planteamiento de esta alegación se desprende, sin duda, nuevamente, que la parte recurrente realiza una nueva valoración de la citada prueba personal practicada, en concreto del testimonio del Sr. Barrero y del resto de los testigos, respetable pero diferente a la que lleva a cabo el Juzgador que es a quien le corresponde realizar tal valoración sin que por ello pueda tener acogida la misma.

Como consecuencia de todo lo anterior, y en conclusión, es evidente que no cabe la anulación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que se pretende por no darse en las alegaciones vertidas en el recurso ninguno de los supuestos previstos en el art. 790.2 de la LECr., dado que, aplicando el criterio jurisprudencial expuesto, no se ha justificado la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia sino que lo que se pretende es una modificación de la valoración de la prueba practicada por el Magistrado-Juez de lo Penal.

5) Como quinto motivo del recurso, se alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por error en la valoración de la prueba, realizando una valoración irracional y alejada de máximas de experiencia respecto a la responsabilidad penal del Partido Popular, solicitando la anulación del juicio.

Se alega en el recurso, tras recordar el contenido del art. 31 bis.1 del C.P. en la redacción dada por la LO 5/2010 de 22 de junio, vigente al momento de suceder los hechos enjuiciados, que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores o empleados, de los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la persona jurídica.

Considera la parte recurrente que el Partido Popular no había implementado instrumentos de prevención, ni de control, ni disciplinarios para evitar la comisión de los delitos, y que se ha puesto de manifiesto el especial interés por parte del mismo en utilizar un procedimiento diferente al habitual, a través de una persona de confianza como es el actual jefe de informática, el acusado José Manuel Moreno, para deshacerse de documentación o información que posiblemente pudiera perjudicar los intereses de la propia persona jurídica.

En relación con esta cuestión no cabe entrar en la resolución del motivo alegado dado que la supuesta responsabilidad penal del Partido Popular sólo podría derivarse del delito de daños informáticos respecto del cual se considera que la parte recurrente y el resto de las acusaciones populares carecen de legitimación para ejercer la acción penal, sin que ni el Ministerio Fiscal ni el presunto perjudicado por ese delito hayan formulado acusación.

Por todo lo expuesto y en consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC).

SEGUNDO.- También se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid por la representación de Izquierda Unida, Asociación Justicia y Sociedad, y Federación “Los verdes, els verds, berdeal, os verdes”, en gran medida coincidente en su

planteamiento con el anterior recurso por lo que la resolución de las cuestiones que lo sean se hará por remisión a lo expuesto con anterioridad.

1) En el recurso se alega, como primer motivo del mismo, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por aplicación indebida del art. 782.1 de la LECr en lo concerniente al delito de daños informáticos, y respecto de la capacidad de las acusaciones populares para poder acusar por un delito de daños informáticos del art. 264 del C.P..

Se afirma en el recurso que le corresponde a la acusación popular el ejercicio de la acción respecto a dicho delito porque, en la medida en que se trata de archivos relacionados con los contabilidad ajena a la legalidad, o B del Partido Popular, se abre el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con más o menos legitimidad, ha sostenido el Ministerio Fiscal.

Se mantiene que se trata de bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual y que la doctrina es unánime en que el delito de daños informáticos poco tiene que ver con los daños tradicionales, y que en los mismos la afectación va más allá del concreto titular de los archivos de la seguridad informática y los sistemas de información, más aún cuando estamos ante archivos relacionados con la contabilidad de un partido y que engloba los intereses relacionados con el delito conexo de encubrimiento lo que debe conllevar el mantenimiento de las actuaciones frente a todas las partes acusadas y por todos los tipos delictivos.

Se afirma en el recurso que la sentencia ha obviado la naturaleza del tipo delictivo afectado, así como la relación de intereses difusos en el presente procedimiento y que más allá del casi irrelevante daño material lo relevante era la utilidad de los datos a los efectos del procedimiento y de la información contenida en los mismos.

Por lo anterior se considera que corresponde el mantenimiento sin límites del ejercicio de la acusación popular sobre el delito de referencia, aceptándose la legitimidad con los efectos oportunos.

Como ya se ha expuesto en la resolución del recurso anterior este Tribunal considera, por el contrario, que las acusaciones populares no están legitimadas para el ejercicio de la acción penal en relación con el delito de daños informáticos y que por ello, en ausencia de acusación formulada por el propio perjudicado que, expresamente desistió de ellos o por el Ministerio Fiscal, no cabe, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, abrir el juicio oral por dicho delito a instancias únicamente de las acusaciones populares las cuales carecen de legitimación para ejercer la acusación por dicho delito, reiterándose lo argumentado al respecto en el anterior recurso y sin que por ello pueda ser acogido dicho motivo.

2) Como segundo motivo del recurso se alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con anulación de la sentencia absolutoria por insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica y el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas.

La parte recurrente afirma que parte de la convicción de que la prueba practicada de las conductas por las que se ha acusado ha sido suficiente desde un punto de vista racional para inferir que los hechos objeto de la acusación han quedado probados y que por ello la sentencia debiera haber establecido que sobre los acusados se deben imponer las condenas solicitadas.

Se sostiene en el recurso que la conclusión a la que llega la sentencia de que los discos duros en los que el Sr. Bárcenas había ido alojando diversa información durante los últimos años se encontraban vacíos y sin información alguna el día en que fueron incautados por personal del Partido Popular bajo las órdenes de los acusados Alberto Durán y Carmen Navarro y puestos a

disposición del director de informática del PP no es racional y no cabe llegar a dicha conclusión, y que por el contrario las pruebas e indicios que obran en la causa llevan a la convicción de que en dichos discos duros sí había información, por lo que procede declarar la nulidad de la sentencia.

Es evidente que con lo alegado en este motivo del recurso por la parte recurrente se advierte, nuevamente una discrepancia total con la conclusión a la que llega el Juzgador tras la valoración de la prueba practicada, pero ello no implica, por sí mismo, que la conclusión del juez a quo sea irracional porque no sea coincidente con la que entiende la parte recurrente resultante de la prueba desarrollada en el plenario.

En primer lugar se afirma en el recurso que se hace en la sentencia un irracional análisis alejado de las máximas de la experiencia sobre la declaración del testigo Luis Bárcenas cuyo testimonio, al entender del recurrente fue sumamente elocuente y convincente en contradicción con lo que se argumenta en la sentencia. Se añade que consta acreditado en la causa que, desde el momento en que los ordenadores, con sus discos duros, fueron apropiados por decisión de la dirección del Partido Popular, el Sr. Bárcenas reclamó su devolución, siendo irracional que en la sentencia se diga que no se reclamaron explícitamente en febrero de 2013, porque parece fácilmente deducible que en ese momento no quisiese desvelar el contenido de los discos duros dada la responsabilidad penal que ello pudiera depararle como así ha sido.

Se afirma en el recurso que uno de los graves problemas de insuficiencia de los que adolece la sentencia de instancia es que no se hace una exposición racional del contexto en el que se produjeron los hechos, no efectuándose una necesaria ubicación de todos los acontecimientos que rodearon la conducta del Sr. Bárcenas, así como del Partido Popular y los responsables del mismo involucrados en estos hechos y las máximas de experiencia nos demuestran que el Sr. Bárcenas no revela prima facie las pruebas de su actuar y sólo lo hace

cuando, acuciado por su situación procesal, puede obtener algún tipo de rebaja o moderación de la pena resultante de su colaboración con la Justicia.

Considera la parte recurrente que la declaración del testigo Luis Bárcenas, en contraposición con la lectura de sus declaraciones en fase de instrucción, fue un relato racional y coherente con alguna inconcreción menor y lógica por el paso del tiempo.

Como segunda cuestión que al entender de la recurrente revela que las inferencias de la sentencia son irracionales y contrarias a las máximas de la experiencia es que no analiza un hecho contrastado como es que el Partido Popular, a través del acusado y abogado Sr. Durán sólo reclamó al Sr. Bárcenas el título de propiedad de los ordenadores, aunque no de los discos duros y otros enseres alojados en la Sala Andalucía, lo que, según se mantiene en el recurso, indica racionalmente el empeño y la importancia que para los dirigentes del Partido Popular tenía apropiarse del contenido informático que estaba alojado en los discos duros de los ordenadores.

Considera la recurrente que no es lógico, no es racional y no se sostiene en las máximas de experiencia, litigar descarnadamente con una persona como Luis Bárcenas, con ese nivel de información y práctica en la tesorería y gerencia de un partido de gobierno como el PP, que, según afirma la recurrente incluía el conocimiento de la comisión de actos ilícitos por cuenta y en beneficio del PP que se estaban investigando en ese momento en la Audiencia Nacional, por unos ordenadores usados y con poco valor informático y cuyo valor económico era en relación con el Toshiba, nulo, salvo que en esos ordenadores hubiese material peligroso política y penalmente para el Partido Popular y sus dirigentes, incluso para el Gobierno de España en aquél comienzo del año 2013. Se mantiene que nada dice la sentencia respecto a esta cuestión que no ha podido ser aclarada dada la negativa de los acusados a responder a las preguntas de las acusaciones.

No analiza la sentencia, según el recurrente, la contradicción que existe entre que Luis Bárcenas estuviera reclamando una importante indemnización en el ámbito laboral con el que efectúe una denuncia en la Comisaría manteniendo que los ordenadores son suyos, lo que cuestionaría la dependencia funcional de la empresa, entendiendo la parte recurrente que la prioridad del Sr. Bárcenas era recuperar una información que, de no ser dañada o inutilizada, le permitía contar con una herramienta documental con indudable valor legal y político por el potencial de la información alojada en los discos duros. Se afirma que el Juzgador omite todo razonamiento sobre esta cuestión por lo que la sentencia no analiza de una forma racional el significado de la apropiación de los ordenadores por parte del PP, su negativa a devolverlos y su empeño en solicitar el título de propiedad sobre los mismos pese a ser antiguos y desfasados y, según la sentencia, vacíos de contenido y sin información alguna.

Considera la parte recurrente que hay que descartar racionalmente que los discos duros estuvieran vacíos de cualquier tipo de archivo con valor documental y se afirma que en la sentencia no se realiza ningún tipo de razonamiento, para desacreditar o restar valor a la prolija declaración de Luis Bárcenas, sobre qué utilidad tenía para el mismo conservar un ordenador Toshiba Libreto, antiguo, datado y fabricado en los años 90. Entiende la parte recurrente que una persona no guarda, protege y lucha judicialmente por mantener la posesión de un ordenador cuyo disco duro está completamente vacío concluyendo que no es racional la respuesta que da el juez a quo a esta cuestión en tanto que no hace un análisis ponderado y racional de todos los elementos incriminatorios de carácter lógico y empírico.

De lo expuesto se desprende evidentemente, que para la parte recurrente, el enfoque de la sentencia, y la valoración de la declaración del testigo Luis Bárcenas, debieron de ser diferentes, pero olvida nuevamente que es el Juzgador el que tiene que realizar su valoración de los hechos en atención al resultado de la prueba practicada y que dictar la sentencia que estime ajustada a sus conclusiones.

No es cierto, como ya se ha expuesto en respuesta al anterior recurso, que el Juzgador se abstraiga del contexto histórico en el que se produjeron los hechos como parece imputarle la parte recurrente, quien como se comprueba en el acto del juicio oral ejerce también la acusación popular en los otros procedimientos seguidos en relación con las actuaciones por las que se investiga a Luis Bárcenas, al Partido Popular y a otras personas, pero hay que tener en cuenta que el objeto de este procedimiento, aún relacionado con los anteriores puesto que se inicia incluso con una deducción de testimonio por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5, es concreto y diferente, y se advierte al ver la grabación de las sesiones del plenario, que con frecuencia se introducen por las partes cuestiones que aunque puedan estar en algún modo relacionadas con los hechos objeto del procedimiento, exceden del mismo.

En todo caso es evidente que lo que la parte recurrente pretende es una nueva valoración del testimonio de Luis Bárcenas Gutiérrez, de una prueba por lo tanto de carácter eminentemente personal, que el Juzgador analiza de manera exhaustiva en relación con las diferentes cuestiones planteadas, examinando si concurren en su declaración los requisitos que la Jurisprudencia exige para que la declaración del perjudicado por el delito pueda ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, poniendo en relación dicho testimonio con el resto de la prueba practicada, llegando a una conclusión que, evidentemente, es diferente a la que llega la parte recurrente pero que, no puede considerarse irracional o arbitraria lo que en consecuencia no puede llevar a la anulación de la sentencia para que la conclusión del Juzgador sea sustituida por la de la parte recurrente.

Otro tanto sucede con el resto de las alegaciones vertidas por la parte recurrente en relación con este motivo del recurso. Así, en segundo lugar considera la parte recurrente irracional el análisis alejado de las máximas de experiencia que se efectúa en la sentencia sobre la declaración del testigo Javier Barrero, el cual había sido un longevo extrabajador del PP, despedido tras comparecer como testigo en la fase de instrucción, y de cuyo testimonio se

desprende que el ordenador Toshiba contenía información, omitiendo el juez a quo por completo esta, al entender de la parte recurrente, valiosísima testifical considerando que por ello la sentencia debe ser anulada. La parte recurrente entiende que poniendo en relación las testificales de Luis Bárcenas y Javier Barrero, en el contexto en el que se produjeron los hechos resulta irracional dar verosimilitud a la versión del acusado Moreno sobre que en el disco duro del Toshiba no había nada, solicitando de nuevo por ello la anulación de la sentencia.

Se reitera que la declaración del Sr. Barrero, que el juez a quo debió razonar y valorar, da absoluta credibilidad a la versión del Sr. Bárcenas, ya que el primero conocía el ordenador Toshiba Libreto, sabía que en el mismo había archivos Word y Excel llegando incluso a referirse a hojas de cálculos precisamente como las aportadas en la Audiencia Nacional con la contabilidad B del PP en los años 90 y corrobora que Luis Bárcenas le pidió que extrajese del Toshiba por medio la disquetera, recordando que le costó encontrar los disquetes y que le entregó el material en los mismos y en un USB.

Se añade otro detalle que al entender de la parte recurrente desacredita la racionalidad de lo razonado en la sentencia y es que el Sr. Barrero indicó que ese ordenador Toshiba era el único que había en Génova, manteniéndose en el recurso que no es racional entender que el acusado Moreno guardase la carcasa de un ordenador en desuso, absolutamente descatalogado, cuando ya en el año 2013 no había otros aparatos de similares características y, evidentemente, no se podía reasignar, y se recuerda que cuando se entregaron los ordenadores en la Audiencia Nacional no se indica nada de la falta del disco duro para ganar tiempo.

Igualmente se destaca la declaración del testigo Sr. Barrera respecto al protocolo de borrado seguro, dado que pese a haber sido durante 18 años máximo responsable de sistemas informáticos en el Partido Popular, siempre ha mantenido que no conocía dicho protocolo, que nunca había tenido conocimiento de que con anterioridad hubiese un proceso de borrado tan exhaustivo e

inutilizados , hasta el extremo de que los discos duros se hicieron desaparecer, manifestando el testigo que nunca tiró un disco duro cuando reasignó ordenadores y que él no habría eliminado los datos informáticos del Sr. Bárcenas porque habría supuesto una grave irresponsabilidad hacerlo, más aún cuando eran de sobra conocidas las causas judiciales en las que el Sr. Bárcenas estaba involucrado.

De todo lo anterior la parte recurrente considera que el proceso deductivo para alcanzar la verdad material de lo realmente sucedido continúa fluyendo de manera natural a considerar como racional que los discos duros sí contenían información.

En tercer lugar se mantienen también insuficiencia e irracional análisis alejado de las máximas de experiencia de la declaración del testigo Roberto Estangui, trabajador de la empresa reparaciones UniversoMac respecto al cual en el folio 57 de la sentencia el juez sostiene que negó la posibilidad de que el disco duro sustituido en el ordenador Apple pudiera ser recuperada y alojada con posterioridad en el nuevo disco duro del Apple, como siempre ha sostenido Luis Bárcenas, cuando, según la parte recurrente, el testigo afirmó lo contrario.

Por ello, y contrariamente a lo que se indica en la sentencia, entiende la parte recurrente que la declaración del testigo Estangui corrobora plenamente las declaraciones de Luis Bárcenas en fase de instrucción y en el juicio oral sobre que el disco duro del ordenador precisaba ser sustituido, que el disco se le entregó a Bárcenas en una caja exterior con salida USB y que la información, con dificultad, podía ser extraída, descartando las tesis mantenidas al respecto por las defensas respecto a que Bárcenas lo que pretendía era dejar vacío el Apple Mac para tender una trampa al PP.

También entiende la parte recurrente que, de la declaración del testigo Estangui no cabe duda de que el disco duro era propiedad del Sr. Bárcenas, que el mismo lo compró en UniversoMac y lo abonó, declarando el testigo, igual que

el Sr. Bautista, que no tenían constancia alguna de que esa tienda trabaje o haya trabajado alguna vez para el PP.

En consecuencia se mantiene en el recurso que sólo cabe colegir que en relación con el Apple Mc Book Pro que el mismo es propiedad de Luis Bárcenas, constando su reclamación desde el primer momento en el que tiene conocimiento de que han entrado en la Sala Andalucía, no habiendo acreditado el PP que el mismo le pertenezca, habiendo hecho Bárcenas la reparación a su costa en un establecimiento ajeno al Partido Popular.

Es evidente que respecto al testimonio de estos dos testigos no expone la parte recurrente más irracionalidad de la conclusión del Juzgador que el que la misma sea discrepante a la que según su criterio debería alcanzarse en relación con dichas pruebas por lo que, nuevamente no cabe acoger dichos motivos del recurso porque ello supondría dar validez a la valoración de la prueba de la parte recurrente frente a la realizada por el juez a quo.

Se señalan en cuarto lugar otros elementos probatorios que al entender de la parte recurrente el Juzgador no ha tenido en consideración y que, si se hace, revelan la irracionalidad de las consideraciones de la sentencia de instancia al entender de la parte recurrente.

Así, se destacan la declaración del testigo Antonio de La Fuente sobre el nerviosismo que había en Génova sobre la Sala Andalucía, y que en enero de 2013, cuando se hizo público el conocimiento de las cuentas en Suiza de Luis Bárcenas, la secretaria de Cospedal y el abogado del PP Sr. Durán, bajaron a la zona de la sala Andalucía, manifestando el testigo que cuando la secretaria le avisó de que tenía que abrir el despacho él se negó hasta que no tuviera autorización y que incluso llamaron a un cerrajero pero él le impidió que subiera al despacho, relatando también que sabe que intentaron entrar en la Sala en una segunda ocasión en la que él no estaba presente.

De lo anterior concluye la parte recurrente que, partiendo de un análisis racional es evidente que los dirigentes del Partido Popular estaban sumamente preocupados con la información y/o documentación que pudiera estar alojada en la sala Andalucía, resultando inverosímil el razonamiento que se sostiene en la sentencia apelada sobre un interés meramente profesional o laboral de los responsables del Partido Popular por desalojar la Sala que hasta hace poco ocupaba un trabajador.

No es cierto, pese a lo que se manifiesta, que no se analice en la sentencia recurrida la declaración de Antonio de la Fuente Escudero en relación con la entrada en la denominada Sala Andalucía en la que se encontraban las pertenencias de Luis Bárcenas, sino que ello se expone y valora en las páginas 42 y 42 de dicha resolución, poniendo el juez a quo el referido testimonio en contraposición al de otros testigos y exponiendo su conclusión al respecto, ciertamente diferente de la de la parte recurrente, pero no por ello irracional o arbitraria.

Especial mención merece al entender de la parte recurrente la declaración de Pedro J Ramírez Codina, sobre la cual, según se afirma en el recurso, no se realiza en la sentencia prácticamente ningún tipo de valoración, lo que no resulta comprensible para la parte recurrente.

Se señala en el recurso que el testigo afirmó que se reunió con Bárcenas antes de que el mismo ingresara en prisión y que altos cargos del Gobierno de Mariano Rajoy le dijeron que Bárcenas había “cruzado la línea roja” al reunirse con él y hablar de la contabilidad B, así como que Bárcenas le contó que no entendía cómo el juez Ruz no pedía esos ordenadores, que había información relativa a la caja B, considerando fundamental la parte recurrente esta declaración para llegar al proceso mental de convicción de que los discos duros no estaban vacíos.

Además se dice en el recurso que el mismo testigo declara que también los familiares de Luis Bárcenas le hablaron sobre los ordenadores, pese a lo cual la sentencia apenas motiva o valora este testimonio, carencia que de nuevo incide, al entender de la parte recurrente, en la falta de racionalidad del resultado final al que llega el juez a quo en su sentencia.

Igualmente se afirma que el testigo Pedro José Ramírez, también señaló en el acto del juicio oral que se sentía víctima de la operación Kitchen, esto es el operativo policial investigado en el caso Villarejo, llevado a cabo en 2013, sin orden judicial, para presuntamente hacer desaparece información sensible para el PP. Según su testimonio, el PP tenía perfecto conocimiento de los movimientos de Bárcenas, todo lo cual, según la parte recurrente apuntala la convicción de que los discos duros no estaban vacíos de información y el contexto en el que el testigo nos sitúa era de una gran preocupación en los estamentos del Gobierno y del Partido Popular por la información sobre el partido de la que pudiera disponer Luis Bárcenas, que es la misma preocupación que se observaba en Génova cuando fueron incautados los ordenadores de la Sala Andalucía.

Se considera que una vez más se trata de pruebas que sitúan el iter racional de convicción en dirección opuesta a la alcanzada por el juez a quo, lo que debe determinar la nulidad de la sentencia según la parte recurrente.

Nuevamente no es cierto que no se analice la declaración testifical de Pedro José Ramírez prestada en el plenario, lo que se efectúa en el folio 70 de la sentencia, precisamente teniendo en cuenta el juez, pese al constante reproche en contrario que se le hace en ambos recursos que “La intención asociada al borrado de los discos duros sólo puede ser deducida a partir de las acciones de los acusados, del contexto reinante en la época en que se realizaron esas conductas –tanto en la sociedad en general como en el ámbito interno del partido– y, en la terminología utilizada por la jurisprudencia citada en aquel fundamento, de “la lógica de los acontecimientos”. Este juicio de inferencia supone un desafío probatorio y racional cuando se examinan conductas que, como sucede con las

enjuiciadas, podrían responder a dos o más intenciones distintas, unas lícitas y otras no, pero cada una de ellas capaces de explicar las acciones de los acusados", pasando a continuación a describir el entorno judicial y mediático existente cuando se produjeron los hechos, dentro de lo cual analiza el testimonio vertido por el testigo Pedro José Ramírez que se dice omitido o respecto del cual "prácticamente no se realiza ningún tipo de valoración".

Al ver la grabación de la declaración prestada por dicho testigo en el acto del juicio oral se aprecia que efectivamente el mismo hizo un relato muy extenso de sus vivencias en relación con estos hechos y otros por los que mantenía contacto con el Sr. Bárcenas y su esposa, muchos de los cuales recoge el Juzgador en la sentencia y por lo tanto ha tenido en cuenta, y muchos otros que, aunque se admitieron las preguntas realizadas precisamente al Letrado de la parte recurrente son ajenos a las presentes actuaciones pese al interés que para otras causas o incluso para la opinión pública pudieran tener. En cualquier caso no se produce la omisión que se alega y hay que tener en cuenta que en relación con el supuesto contenido de los discos duros el testigo lo que refiere es lo que afirma que el propio Luis Bárcenas le comentó, habiendo contado en el acto del juicio oral con el relato directo del mismo, y lo que, según declara le manifestaron familiares de Luis Bárcenas, que no han sido propuestos como testigos para el acto del juicio.

También se hace referencia a la prueba pericial de los agentes de policía científica, en concreto la declaración de los policías nacionales 82.701 y 106.594 en la sesión de 27 de junio de 2019, de la cual, según la parte recurrente, se desprende que el disco duro instalado por el acusado Sr. Moreno y por lo tanto por el Partido Popular tiene un sistema operativo posterior al 4 de junio de 2013 y que fue instalado o reiniciado para su posterior apagado el 3 de julio pasadas las 21'30 horas, no existiendo según su parecer forense duda de que los archivos alojados en el USB tienen una fecha de fabricación de los años 90 y casi todos los archivos fueron guardados por última vez en el año 2011, coincidente con la

fecha señalada por el Sr. Barrero como aquélla en la que se realizó el traspaso de archivos Excel y Word del Toshiba a un dispositivo USB.

Igualmente se señala en el recurso que los agentes indicaron que, según su experiencia no es normal que un aparato tan viejo como el Toshiba Libreto se encontrara vacío, sin información o archivos por lo que se concluye por la parte recurrente que todos los elementos probatorios e indiciarios llevan a la convicción, sin género de dudas de que en esos discos duros había información relativa a la caja B del Partido Popular y que por ello, en previsión de que fueran requeridos los ordenadores, tomaron de forma consciente la decisión de destruir y hacer desaparece los discos duros.

El Juzgador realiza un análisis de dicha pericia en la sentencia recurrida, poniéndola además en relación con las otras dos periciales practicadas a las que la parte recurrente no hace referencia, llegando a conclusiones diferentes del resultado de las mismas y, fundamentalmente y muy al contrario de lo que se pretende en el recurso, explicando que, a su entender, tras el análisis que realiza de las mismas "las tres periciales no pueden contribuir directamente a esclarecer lo que aquí nos interesa: qué se almacenaba en los dos discos duros en mayo de 2013. Tampoco resultan útiles para desvelar posibles inconsistencias en las declaraciones de Luis Bárcenas que afecten decisivamente a esta causa. La cuestión no es aquí si los discos duros contuvieron en algún momento información contable o financiera del partido, sino si ésta, en su caso, estaba almacenaba en los mismos cuando fueron borrados" y los motivos a los que llega a tal conclusión que, una vez más, no son irracionales ni arbitrarios sino distintos a los pretendidos por la parte recurrente.

Como quinta conclusión del Juzgador que en el recurso se considera irracionalmente valorada es la aceptación del proceso de borrado seguro, lo que se justifica por el juez a quo en la normativa en materia de protección de datos, señalando que la Directiva 2013/40/UE rechaza el borrado, acceso etc a los sistemas y/o datos cuando se realizan para un acceso ilícito o arbitrario y la

finalidad de las normas comunitarias que se citan en el fundamento de derecho tercero de la sentencia es prevenir la comisión de delitos y facilitar la obtención de pruebas de los mismos y evitar su destrucción. Por ello en todas las normas que se citan en la página 30 de la sentencia se hace referencia a los intereses públicos y, sin embargo, según el recurrente, la sentencia de instancia opta por centrarse única y exclusivamente en el derecho a la protección de los datos personales, infiriendo que no existió un ánimo delictivo porque los acusados no pretendían ocasionar un menoscabo patrimonial al Sr. Bárcenas, sino preservar la privacidad de la información que el usuario almacenaba, en cumplimiento de una exigencia legal.

Se afirma además que el Juzgador considera que la normativa de protección de datos es equiparable a una especie de autorización legal por lo que no se cumpliría el elemento del tipo que exige autorización, pero la parte recurrente entiende que el juez a quo opta por ignorar el objetivo y espíritu de la normativa europea que cita y que motivó la modificación de nuestra LECr, considerando que en la normativa europea el concepto de "sin autorización" depende de la legislación nacional y que nuestra legislación penal no permite la realización de acciones que dificulten la acción de la Justicia, sino que pretende evitarlas, y asegurar que ésta se desarrolla adecuadamente.

Efectivamente en la sentencia recurrida el juez a quo analiza el denominado proceso de borrado seguro que por parte de los acusados se mantiene que estaba implantado en el Partido Popular conforme a la normativa vigente de protección de datos, realizando un examen de la misma y de la prueba practicada respecto a dicho proceso, y lo hace, como se expone en la sentencia para constar si es posible que, como mantienen los acusados, se procediera a realizar ese proceso no con la intención de hacer desaparecer el contenido de los discos duros e imposibilitar o dificultar la investigación del Juzgado Central de Instrucción nº 5 sino para cumplir con las normas sobre protección de datos y para garantizar que el contenido que pudiera haber habido en esos discos duros no fuera accesible, debiéndose recordar que lo que se mantiene por los acusados

es que comprobaron que en los discos duros no había nada y que pese a que aparentemente ello era así, si no se efectuaba tal proceso, alguien pudiera extraer datos de esos discos duros con infracción de las normas sobre protección de datos.

El planteamiento de la parte recurrente respecto de la cuestión se desprende lógicamente de la existencia que mantiene de archivos y documentos en esos discos duros relevantes para la investigación llevada a cabo por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, lo que invalidaría, como afirma la parte recurrente, cualquier tipo de autorización, pero dado que el Juzgador no considera acreditada dicha existencia, la valoración que efectúa de la razón por la que pudo aplicarse el proceso de borrado seguro por el resultado de las pruebas practicadas no puede ser, tampoco tachado de irracional o arbitrario.

Finalmente se cita como sexta circunstancia el fundamento del título de imputación y participación de cada uno de los acusados, y la parte recurrente, partiendo de que racionalmente debe llegarse a la convicción de que, al contrario de lo que se sostiene en la sentencia de instancia, cabe inferir que en los discos duros sí había información y archivos informáticos que fueron destruidos y hechos desaparecer, sólo cabe anular la sentencia puesto que los razonamientos posteriores parte de una premisa errónea.

Por ello se realizan en el recurso, sin ánimo, según se dice de anticiparse al contenido de los razonamientos de una segunda instancia, algunas breves consideraciones sobre la participación en los hechos de los acusados, manteniendo la parte recurrente la realidad de las conductas por las que se formulaba acusación contra los mismos.

Concluye la parte recurrente manteniendo que en la presente causa se ha dedicado demasiado tiempo a analizar si los ordenadores o discos duros eran propiedad o no de Luis Bárcenas y cómo se hizo el borrado cuando a su entender todo ello parte de lo irracional de mantener que los discos duros estaban vacíos

cuando fueron aprehendidos puesto que si, como se afirma en el recurso, el análisis racional de lo sucedido lleva a inferir lo contrario, las declaraciones de los acusados pierden toda credibilidad y sólo cabe inferir que el objeto de la destrucción de los discos duros era impedir que su contenido llegara al Juzgado Central de Instrucción nº 5 y al público conocimiento.

Por ello se considera que la sentencia debe ser revocada y anulada, y dictarse otra que parta de la premisa racional de que los discos duros sí contenían archivos informáticos que posteriormente fueron eliminados.

Nuevamente se pretende sustituir en el recurso la conclusión a la que llega el Juzgador tras la valoración de la prueba practicada por la que la parte recurrente realiza de la misma, siendo al juez a quo al que corresponde el enjuiciamiento de los hechos y por lo tanto la potestad para efectuar tal valoración, no pudiendo analizarse los títulos de imputación y participación de cada uno de los acusados que se pretenden en el recurso puesto que el juez a quo llega a una conclusión absolutoria.

Como en el supuesto del anterior recurso, no cabe por lo tanto apreciar ni irracionalidad ni arbitrariedad en la valoración de las pruebas realizadas por el Juzgador ni ninguno de los otros motivos que se recogen en el art. 790.2 de la LECr, por lo que no cabe acoger ninguno de los motivos del recurso relacionados con dicha valoración.

En atención a lo expuesto, procede, por lo tanto la desestimación, también, de este recurso, y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO.-Se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada a tenor de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que se considere procedente la imposición de las costas del presente recurso a las acusaciones populares, como se solicita por las representaciones de Dª Mª del Carmen Navarro Fernández y del Partido Popular, por un criterio semejante al expuesto por el juez a quo en la sentencia recurrida para no efectuar dicha

imposición, entendiendo que el mantener las partes recurrentes su posición y su valoración de los hechos enjuiciados, incluso a los efectos de la interposición de los recursos de apelación, no puede considerarse como mala fe o temeridad que pudieran justificar la imposición de las costas procesales a dichas partes recurrentes.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey

FALLAMOS

Que **desestimamos** los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de la **Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) y de Izquierda Unida, Asociación Justicia y Sociedad, y Federación "Los verdes, Els Verds, Berdeal, Os Verdes"** contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 31 de Madrid, de fecha 4 de septiembre de 2019, en Juicio Oral nº 80/2018 confirmando la resolución recurrida, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Siendo firme esta Sentencia desde ésta fecha, por no caber contra ella recurso alguno, devuélvase la causa original junto con su testimonio al Juzgado de procedencia, una vez notificada a las partes, para su ejecución y cumplimiento.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.