

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035

Teléfono:

914934570,914934427,4606,4571

Fax: 914934569

NGC8

37051030

N.I.G.: 28.079.43.1-2013/0386037



(01) 31235063044

Recurso de Apelación 1343/2016

Origen:Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid

Diligencias previas 5563/2013

Apelante: D./Dña. ALBERTO DURAN RUIZ DE HUIDOBRO, D./Dña. JOSE MANUEL MORENO ALARCON, D./Dña. CARMEN NAVARRO FERNANDEZ RODRIGUEZ y PARTIDO POPULAR y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Apelado: ADADE, ASOCIACION “JUSTICIA Y LIBERTAD”, IZQUIERDA UNIDA y FEDERACION LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES y ASOCIACION OBSERVATORI DE DRESTS HUMANS

AUTO N° 909/17

MAGISTRADOS

D./Dña. MARIO PESTANA PÉREZ

D./Dña. JOSÉ JOAQUÍN HERVAS ORTIZ

D./Dña. JACOBO VIGIL LEVI

En Madrid, a 03 de noviembre de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid se tramitan diligencias previas en virtud de testimonio de particulares deducido por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 por auto de 19 de septiembre de 2.013 en sus diligencias número 275/2008,.

SEGUNDO.- En la instrucción de la causa se personaron como acusación particular D. Luis Francisco Bárcenas Gutiérrez (que ha desistido de la acción penal el 14 de septiembre de 2016) y como acusaciones populares Asociació Observatori de Drets Humans (en adelante DESC), Izquierda Unida, Asociación Justicia y Sociedad, Federación los Verdes, Els Verds, Berdeak, Os Verdes (en adelante IU y otros) y Asociación de Abogados Demócratas por Europa (en adelante ADADE).

Han declarado en calidad de investigados D^a. Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro, D. José Manuel Moreno Alarcón, D. Javier Barrero Merino y el Partido Popular

TERCERO- Por el Juzgado de Instrucción se dictó auto de 26 de julio de 2016 acordando dar por concluida la instrucción y proseguir la tramitación de la causa respecto de los investigados D^a. Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro, D. José Manuel Moreno Alarcón, y Partido Popular, confiriendo a las acusaciones término para formular escrito de calificación.

CUARTO- Contra la referida resolución formuló recurso de apelación directo por D^a. Carmen Navarro Fernández-Rodríguez y por D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro y recurso de reforma y subsidiara apelación el Ministerio Fiscal. Se formuló recurso de reforma por D^o. José Manuel Moreno Alarcón y por Partido Popular, desestimado por auto de 23 de septiembre de 2016, resolución contra la que interpusieron recurso de apelación.

El contenido de los recursos es sucintamente el siguiente:

1. El Ministerio Fiscal formula recurso de reforma subsidiara apelación contra el auto de 26 de julio de 2016. Refiere en su recurso que no resultan indicios relativos a ciertos extremos esenciales para la calificación de los hechos, en concreto a la existencia de datos relevantes en los ordenadores cuyo contenido fue borrado. Sostiene que concurre en reacción a este extremo únicamente la versión del usuario de dichos equipos, el Sr. Bárcenas, versión que considera inverosímil y contradictoria. Impugnan el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, IU y otros, DESC y ADADE.
2. El recurrente D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro formula recurso de apelación directo contra el auto de 26 de julio. Alega que la resolución recurrida debe ser considerada nula de pleno derecho, puesto que en ella se acuerda proseguir la tramitación de la causa conforme al procedimiento abreviado sin que de lo instruido resulten indicios suficientes para tal decisión. Además considera que dicha resolución parte de presupuestos manifiestamente erróneos cuando no inexistentes. Alega que no resultan indicios relativos a la propiedad de los equipos objeto del procedimiento, a su contenido a la ilicitud de su destrucción ni al delito supuestamente encubierto. Se adhieren al recurso la Sra. Navarro y el PP. Impugnan su DESC y IU y otros.
3. D^a. Carmen Navarro Fernández Rodríguez, formula también recurso de apelación directo. Alega que no concurren indicios relativos a la comisión de los delitos ni respecto de su concreta participación. También que la conclusión de las diligencias de investigación es prematura por faltar otras necesarias y porque están pendientes de resolución dos recursos. Se adhiere a su recurso el PP y lo impugnan DESC y IU y otros.
4. D. José Manuel Moreno Alarcón formula recurso reforma contra el auto de 26 de julio de 2016 y posterior recurso de apelación contra el de 23 de septiembre que desestima la reforma. Alega que la conclusión de la instrucción es prematura porque existen extremos sin acreditar. En todo caso refiere que no han quedado indiciariamente determinados extremos relevantes como la existencia en los ordenadores de datos, la disponibilidad de los datos por el PP y la existencia de un protocolo para el borrado de los mismos. Solicita la práctica de nuevas diligencias y refiere que están pendientes de practicar otras que no especifica. Impugnan DESC y IU y otros.
5. El Partido Popular formula recurso reforma contra el auto de 26 de julio de 2016 y recurso posterior de apelación contra el de 23 de septiembre que desestima la reforma. Solicita nulidad del auto apelado, por infracción de los preceptos reguladores del incidente de recusación. Solicita su revocación alegando que los hechos referidos en el auto recurrido, aun de ser ciertos, no serían constitutivos de infracción penal, al no resultar ni la gravedad del daño, ni la ajenidad de los datos o la ilegitimidad del

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352
acceso a los mismos y a su borrado por la falta del dolo exigido por el tipo. Argumenta que no puede ser responsable el PP porque no se dan los presupuestos que establece el artículo 31 bis del Código Penal para establecer la responsabilidad de la persona jurídica. Solicita subsidiariamente la práctica de nuevas diligencias. Impugnan su recurso DESC y IU y otros

QUINTO.- Seguidos los trámites legales, se elevaron los autos de la presente causa a esta Audiencia y por turno de reparto se designó ponente al Ilmo. Sr. Dº. JACOBO VIGIL LEVI.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alzan los recurrentes contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción en el que se acuerda proseguir la tramitación de la causa.

Antes de analizar el concreto contenido de las alegaciones formuladas, es adecuado considerar cuál es el sentido y el significado procesal de la citada resolución. El artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez de instrucción dictará alguna de las resoluciones que en dicho precepto se enumeran. En el apartado 4º establece que *“4ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”*.

Del precepto resulta por tanto que dos son los efectos de esta resolución, cuyos requisitos ha de ponderar el Instructor: a) que haya concluido la fase de investigación, que con el auto se da por terminada; b) descartar que proceda alguna de las resoluciones que de forma alternativa propone el precepto, especialmente el sobreseimiento (art. 779.1 1ª). Así entre otras la STS 559/14 de 8 de julio (Pte. Monteverde Ferrer) que precisa que *“En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos”*.

Debe en todo caso considerarse que la valoración que ha de realizar el Juez de Instrucción se refiere al resultado de la investigación, pero no en puridad a pruebas que sólo se practicarán en el plenario. Se trata de formular un juicio de prosperabilidad de la causa, pero no de ponderar la existencia de prueba ni si los indicios aportados desvirtúan el principio de presunción de inocencia que favorece a los investigados. En palabras del ATS de 7 de julio de 2011 (Pte Maza Martín) se trata de valorar si *“el Sr. Instructor ha apreciado la existencia de indicios de un delito al que el citado procedimiento le es aplicable, contiene una descripción de los hechos por los que se sigue el procedimiento, se identifica a la persona contra la que se dirige y a la misma se le tomó previa declaración en calidad de imputado con todas las garantías legales”*.

También el ATS de 9 de mayo de 2014 (Pte. Sánchez Melgar) afirma que este llamado juicio de acusación *“tiene únicamente el alcance de determinar una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos del caso, verificados por el instructor, y proyectar sobre los mismos una valoración jurídica que permita concluir que son constitutivos de delito, lo que equivale a la procedencia de dictar esta resolución cuando no concurran los supuestos de sobreseimiento previstos en los artículos 637.1, 641.1 y 637.2, todos ellos LECrim”* y añade que *“Por lo tanto la función del Tribunal de Apelación tampoco puede rebasar el control de legalidad conforme al alcance de la resolución revisable, es decir, examinar si el supuesto es de tal claridad y diafanidad que el sobreseimiento es patente o debe seguirse*

la tramitación y celebrarse el juicio. No podríamos en ningún caso entrar en el fondo de la cuestión en relación con unos hechos que se presentan como probables y establecer una calificación de los mismos que indudablemente proyectaría un prejuicio en relación con los jueces encargados del enjuiciamiento del caso. Por ello basta con comprobar que el sobreseimiento debe excluirse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Y en consecuencia procede la desestimación de este recurso de apelación y conforme la resolución del Instructor de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado”.

Como puede deducirse de la sucinta descripción del contenido de cada uno de los recursos interpuestos, parte de su contenido es común. Se analizarán en primer lugar las pretensiones de nulidad formuladas por los recurrentes, posteriormente las relativas a la revocación por falta de elementos precisos para la prosecución de la causa y consiguiente sobreseimiento para finalmente analizar las peticiones de revocación con solicitud de práctica de nuevas diligencias.

SEGUNDO- *Argumentos relativos a la nulidad de actuaciones.*

1. Los recurrentes Partido Popular y Sra. Navarro, en la amplización de su recurso, solicitan que se declare la nulidad de la resolución recurrida al considerar que fue dictada con infracción de los preceptos que regulan el incidente de recusación. En concreto se citan los artículos 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 60 y 61 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal como alega la recurrente, consta que una vez dictado el auto de prosecución de la causa el 27 de julio de 2016, se formuló tanto por el Partido Popular como por el Sr. Moreno, recusación de la Magistrada-Juez de Instrucción, por escritos registrados los días 16 y 19 de septiembre (f 2358 y 2432). También que por el JI se dictó auto de 20 de septiembre (f 2929) acordando no admitir el incidente.

Refiere la recurrente una segunda recusación, que sin embargo consta registrada el 26 de septiembre (f 2978) y que es por tanto posterior no solo a la resolución recurrida, sino a la dictada desestimando el recurso de reforma.

Debe añadirse, aunque se trate de hechos posteriores al recurso formulado, que las recusaciones fueron desestimadas por la Secc 23 de esta Audiencia en nº 499/17 de 15 de junio y por la Secc 7ª en auto nº 38/2017 de 23 de enero.

Dos son las cuestiones a considerar. La primera es que no se han admitido las alegaciones formuladas por los recusantes. En puridad por tanto no concurría en la Magistrada-Juez que dictó la resolución apelada ninguna causa de recusación. En segundo término, la decisión de la referida Magistrado de continuar tramitando el procedimiento, si bien finalmente al parecer revocada, puesto que el incidente se tramitó, no lo había sido todavía al tiempo de dictar el Auto recurrido, por lo que, al no haberse admitido el incidente de recusación, no eran de aplicación los preceptos alegados por la recurrente.

2. El Sr. Durán solicita la declaración de nulidad del auto recurrido, al considerar que se ha dictado sin la debida motivación, ya que se basa en premisas erróneas. Entiende la Sala sin embargo que la pretensión se basa en realidad en la alegada ausencia de indicios para proseguir la tramitación de la causa y que se debe analizar como una pretensión dirigida a la revocación de la referida resolución, como haremos a continuación.

TERCERO- *Pretensiones relativas a la revocación de la resolución basadas en la ausencia de los presupuestos precisos para proseguir el procedimiento. Alegaciones comunes.*

Todos los recurrentes pretenden la revocación de la resolución recurrida por falta de los

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352
presupuestos precisos para su dictado. Formulan argumentos que en parte son comunes a todos y otros que podemos considerar específicos de cada uno. Analizaremos en este RJ los argumentos comunes, que se refieren además a las dos infracciones que, provisionalmente, se consideran cometidas: un delito de daños informáticos previsto en el artículo 264.1 del Código Penal y un delito de encubrimiento previsto en el artículo 451 2º del mismo cuerpo legal.

A) En relación con el delito de daños informáticos previsto en el artículo 264.1 del Código Penal los recurrentes alegan que no se han aportado indicios relativos a la ajenidad de los datos borrados, a su mera existencia y naturaleza y a la existencia de un protocolo para su borrado aplicable al supuesto.

La coincidencia, aun con matices, de tales alegaciones, permite su análisis conjunto.

1. Ajenidad de los datos borrados.

En puridad el tipo previsto en el artículo 264 del Código Penal se refiere al daño, deterioro o borrado de datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos. Es decir, la ajenidad no se refiere al equipo, si no a los datos en el mismo alojados. Sin embargo las recurrentes se refieren de forma reiterada a la titularidad de los equipos sobre los que se realizó la manipulación.

Los equipos en cuestión presentados por el PP a requerimiento del JCI fueron: un Toshiba Libretto100CT cuyo número de serie no consta y un MacBook Pro con número de serie WB93430666E (f 133 y 134). Ni el Sr. Bárcenas ni el PP han aportado justificación documental de su propiedad. Se han aportado por el PP facturas relativas a la adquisición de varios equipos (f 1678 y ss). De las varias facturas sólo algunas resultan de interés, en concreto la relativa a la adquisición de un Toshiba Libretto P-100 (f 1678), dos MacBook Pro (f 1679 y 1685) y un MacBook (f 1681). Sin embargo, la factura del Toshiba Libretto parece hacer referencia a otro modelo y en las facturas de los equipos Apple, no consta el número de serie de los equipos por lo que, siendo además varios los adquiridos por la entidad, resulta imposible determinar que se refieran precisamente a los que nos ocupan. Es significativo que en dos facturas relativas a otros equipos (f 1686 y 1694) se haga expresa referencia a material informático adquirido con la expresa referencia “Sr. Bárcenas” que no aparece en relación con los ordenadores.

Por el contrario el Sr. Bárcenas aporta un presupuesto de la entidad “Universo Mac” que se refiere a la reparación del MacBook al que se refiere el procedimiento, identificado en este caso por su número de serie WB93430666E (f 1004). A partir de este documento se han realizado diligencias por la Unidad Adscrita a los Juzgados de la Policía Judicial, de las que resultan que el Sr. Bárcenas llevó dicho equipo a reparar y pagó la reparación (f 982 y ss). También que la reparación consistió en la sustitución del disco duro de dicho ordenador, elemento que adquirió el Sr. Bárcenas. Resulta por tanto indiciariamente acreditado que, al menos el disco duro del equipo, elemento que alojaba los datos borrados, fue adquirido por el Sr. Bárcenas.

Debe señalarse que el investigado Sr. Barrero Merino (f 1068 y ss) declaró que fue Jefe del Departamento de Informática del PP durante 15 años, por lo que debió serlo al tiempo de la adquisición de los equipos, y refiere que los ordenadores –a los que se refiere la causa- “no los compró él” especificando que era Jefe de Compras del partido. El Sr. Moreno Alarcón, actual Director del Departamento de Sistemas de la Información del PP, declaró también que antes de su nombramiento el encargado de las compras era el Sr. Barrero (f 1217 y ss).

El mismo Sr. Barrero refiere que en el departamento de informática se llevaba un inventario y que los equipos llevaban unas etiquetas, extremos éstos que ha negado el investigado Sr. Moreno Alarcón y niega también la Sra. Navarro, Gerente del Partido (f 1060) . De existir un inventario, y de ser los equipos

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 propiedad del PP, deberían constar en él los equipos en cuestión. En todo caso este inventario no se ha aportado.

En este punto el Sr. Bárcenas ha declarado que los equipos son de su propiedad. Frente a esta declaración, los investigados no se pronuncian con claridad. Así la Sra. Navarro refiere que “supone” que los equipos eran del partido y que lo deduce del hecho de que estuvieran en la sede. Por su parte el Sr. Durán, Director de los Servicios Jurídicos del PP (f 1126) declaró que “dedujo” que los ordenadores eran del partido y que tenía una “presunción legal” de que los equipos eran del partido ya que estaban en la sede. El Sr. Moreno no aporta información respecto de este extremo, puesto que declaró haber actuado por orden del Sr. Durán.

Se ha hecho reiterada referencia al sentido de la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid en relación con la titularidad del bien. En efecto, el Sr. Bárcenas formuló denuncia por el robo de estos equipos, denuncia que fue tramitada por el referido Juzgado en DP 604/13 y que concluyeron por auto de 21 de abril de 2013 (f 1027) en el que se decretó su sobreseimiento libre. Se ha debatido sobre el alcance de cosa juzgada de dicho documento y se sostiene por los recurrentes que, a partir del mismo, resulta determinado judicialmente que los equipos eran del PP.

Sin embargo, el sentido de aquella resolución no es otro que el propio del efecto de cosa juzgada en el proceso penal y resulta del objeto del procedimiento en el que se dictó. En el procedimiento penal el efecto de cosa juzgada es negativo, es decir, determina que no pueda volver a enjuiciarse un mismo hecho, ya resuelto en sentencia o auto de sobreseimiento libre firme, efecto que además alcanza a aquello que ha sido objeto del procedimiento. En aquel caso, denunciado un robo con fuerza, se considera, con efecto de cosa juzgada, que el robo no se cometió por las personas investigadas y, por consiguiente, los denunciados no pueden ser juzgados por ese hecho. Sin embargo, de una mera lectura de la resolución en cuestión, se deduce con claridad que el sobreseimiento no se acuerda por ser los equipos titularidad del PP, si no por el hecho de no haberse acreditado ni la fuerza típica ni la intención de los investigados de sustraer bienes ajenos. Es más, respecto de la titularidad de los equipos la referida resolución se limita a afirmar “*Referente a los dos ordenadores portátiles, manifestó el denunciado que son propiedad del Partido Popular, no obstante le pidieron al denunciante –el Sr. Bárcenas- acreditación de su propiedad sobre ellos y nada ha presentado*”.

Por otra parte, como ya se ha dicho, el objeto del delito previsto en el artículo 264 del Código Penal son los datos almacenados en un soporte digital. No se trata por tanto de determinar la propiedad del soporte, sino de los datos, sin que pueda afirmarse, al menos en esta fase del procedimiento, que la titularidad del soporte suponga la de los datos en el mismo alojados. En todo caso recordemos que el disco duro del MacBook fue adquirido por el Sr. Bárcenas, como indiciariamente resulta de las pesquisas realizadas con la entidad “Universo Mac” ya referidas.

Esta consideración ya se tuvo en cuenta en nuestro auto de 15 de enero de 2016 en la que se revocó la inicial resolución de sobreseimiento cuando se dijo que, en ese estado de la causa, se consideraba que los ordenadores podían ser del PP, aunque se añadía que “*Pero el ordenador es sólo el continente y los ficheros constituyen un contenido ajeno creado o almacenado en la herramienta informática, por lo que la titularidad de los dispositivos electrónicos y herramientas informáticas suministradas a un trabajador no se extiende sin más, salvo acuerdo previo, a los ficheros digitales creados con ellas ni a aquellos otros que en las mismas hayan podido ser almacenados por el usuario*”. Se valoró también la ausencia de documentación relativa a la relación entre el Partido y el Sr. Bárcenas

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 que pudiera justificar un acceso de aquel, como empleador, a los referidos datos, documentación o información que tampoco resulta de la instrucción.

Según la propia declaración del investigado Sr. Moreno Alarcón, antes de hacer el borrado comprobó si en el disco había datos y al comprobar que “no había nada” hizo el borrado. Sostiene que esta comprobación previa del contenido del equipo se realiza por protocolo y que si resulta que en el equipo hay información particular del usuario, se le avisa para que haga una copia. Se asume por tanto que aun en un equipo titularidad del partido, puede haber información de la que es titular el usuario.

Resulta así indiciariamente y siempre sin perjuicio del ulterior desarrollo del proceso, que los datos que en los equipos sobre los que se realizó el borrado de seguridad pudieran ser titularidad de su usuario, el Sr. Bárcenas.

2. Existencia en los ordenadores de datos relevantes.

Se sostiene que los equipos en cuestión no tenían ningún contenido. Así lo refiere en su declaración el Sr. Moreno Alarcón que asegura que estaban vacíos. Debemos entender que el investigado se refiere a que estaban vacíos de datos personales, distintos a los del sistema, porque es sabido que cualquier disco duro debe contener datos para hacer funcionar el equipo que, según se deduce de la declaración del testigo, arrancó sin contraseña. Refiere el Sr. Moreno Alarcón que realizó una comprobación, puesto que el protocolo así lo exige, a fin de permitir al usuario realizar una copia de seguridad de los datos de su interés antes de proceder al borrado. El Sr. Moreno es por tanto el único de los investigados que refiere haber hecho esta comprobación.

Frente a la versión del Sr. Moreno se aporta la del Sr. Bárcenas, usuario de los equipos. El testigo en su declaración (f 1402) refiere cual era el contenido del Mac, especificando que se trataba de documentos que elaboró en el Toshiba, que los pasó a un lápiz de memoria (que aportó al JCI nº 5) y que después los volvió a meter en el MAC. Menciona: *“Pantallazo del correo electrónico con Luis Molero, jefe de caja del partido, sobre revocación de sus poderes, por decisión suya. Correos con su secretaria Estrella Domínguez para que le escaneara documentos, con el Banco Popular. Documentos sobre Libertad Digital, con Álvaro La Puerta, que autorizaba la disposición de fondos de la contabilidad B del partido. Con listado de donantes, ante los que hizo gestiones Álvaro la Puerta, para que suscribiera acciones en la ampliación de capital. Agenda de personas con las que se ¿hablan reunido, con detalles de las reuniones y donantes, reuniones en las que participaba. Recibos de pagos con la contabilidad B, de compras varias, de pagos a personas relacionadas con el partido, no de personas relevantes. Recibos firmados por el receptor con indicación de su importe. Recibos escaneados. Hoja Excel detalles de presupuestos de campañas electorales y de contribuciones para cubrir el préstamo. En cuanto a detalles que al declarante le interesa, sobre compraventa de cuadros y fotos de los mismos. Detalles de sus cuentas bancarias en Suiza. Detalle de operaciones comerciales en las que ha intervenido. Documentos con visados de Alvaro La Puerta”*.

Concurren por tanto respecto de este extremo versiones contradictorias. Los recurrentes, en especial el Ministerio Fiscal, ponen de manifiesto la existencia de una falta de credibilidad del Sr. Bárcenas por los numerosos contenciosos judiciales que mantenía con el PP así como por las contradicciones que enumeran en las versiones aportadas. En todo caso, pese a estas alegaciones que sin duda deberán ser valoradas, la versión del denunciante no resulta inverosímil, puesto que no lo es que unos ordenadores en uso contengan algún dato distinto a los de sistema. En este punto debe recordarse que, según resulta indiciariamente de lo actuado, el Sr. Bárcenas hacía uso de los referidos ordenadores

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 que tenía en una Sala cuyo uso se le había asignado de forma exclusiva, y que mantuvo hasta que el PP decidió que no podía seguir utilizando. El resultado de la instrucción es por tanto en este punto suficiente para acordar la prosecución del procedimiento.

3. Existencia de un Protocolo de Borrado Seguro.

Se hace referencia al hecho de que los investigados procedieran con los equipos ya referidos a aplicar un Protocolo de Borrado Seguro que se seguía en el partido. El cumplimiento de este protocolo excluiría la intención específica que les atribuyen las acusaciones.

En la resolución recurrida se asume primero la existencia de un “protocolo de seguridad” cuando se dice (f 3 del auto) que *“el Sr. Durán comunica al Sr. Moreno que proceda a aplicar los protocolos de seguridad y reasignación en relación a los ordenadores portátiles”*. Sin embargo después se niega que *“el procedimiento de borrado seguro”* pudiera considerarse un protocolo. Lo que se dice también es que los investigados procedieron a aplicar dichos protocolos *“con el fin de eliminar los archivos que contuviesen”*, así como para *“impedir que datos importantes relativos a la contabilidad paralela y otros extremos que el ex tesorero pudieren acceder a la investigación –del JCI nº 5”*.

Dos son pues las cuestiones: la existencia en si de un “Protocolo de Borrado Seguro” y la intención perseguida por los investigados.

Respecto de la primera cuestión, se aporta a la causa una “Guía sobre almacenamiento y borrado seguro de información” elaborado por la entidad INTECO (F 1746 y ss y 130). En el escrito presentado por el PP en fecha 13 de abril de 2016 con el que dicho documento se aporta, se define el mismo como un catálogo de “buenas prácticas” (f 1624) , pero no como un protocolo elaborado por el mismo partido con procedimiento a seguir para la “reasignación” de los equipos informáticos.

Existe, respecto de la existencia del referido protocolo cierta contradicción entre los investigados, puesto que mientras la Sra. Navarro, el Sr. Durán y el Sr. Moreno afirman su existencia en sus respectivas declaraciones, el Sr. Barrero asegura que dicho protocolo no existía. El Sr. Moreno refirió que dicho protocolo de borrado seguro lo estableció él a su llegada y lo deben conocer los técnicos de microinformática, que asegura, son los que lo ejecutan, pero lo cierto es que el Sr. Barrero, Director del referido departamento de microinformática, asegura desconocerlo.

Es lógico sin embargo considerar que antes de asignar un equipo a otro usuario se proceda al borrado de su disco duro. Sin embargo, esta lógica pasa por considerar que los equipos efectivamente fueran del PP y no del Sr. Bárcenas, y que, por tanto, tuvieran que ser reasignados. Al menos uno de los equipos, el Toshiba, sabemos que no fue resignado por obsoleto, como reconoce el Sr. Moreno y del otro, el MacBook, nada se nos justifica.

Esta consideración nos lleva al segundo de los problemas a los que hacíamos anterior referencia. Se cuestiona por el Juzgado de Instrucción, que, con independencia de la existencia de un “protocolo” como tal o de una práctica habitual, la intención de los investigados fuera en realidad de la ocultar ciertos datos existentes en los equipos. Estos indicios resultan de la actuación sobre ciertos equipos que, también indiciariamente, pudieran no ser propiedad del PP, que contuvieran datos ajenos y, en especial, datos que pudieran estar vinculados con una trascendente investigación de la que pudiera deducirse que los datos en cuestión pudieran perjudicar los intereses del propio partido.

B) En relación con el delito de encubrimiento previsto en el artículo 451 2º del Código Penal, se cuestiona la posibilidad de proseguir la tramitación para su eventual enjuiciamiento cuando todavía no se ha determinado la existencia del delito encubierto.

Esta objeción ha sido formulada por el recurrente Sr. Durán que refiere además que no se ha precisado de qué delito se pudiera tratar ni sus autores.

Lo que se dice en la resolución recurrida (f 6) es que resultan indicios de que los investigados procedieron al borrado de los datos contenidos en los equipos para *“impedir que los datos importantes relativos a la contabilidad paralela y otros extremos que el ex tesorero Sr. Bárcenas guardaba en los ordenados portátiles usado por él a lo largo de los años de su desempeño como tal pudiesen acceder a la investigación”* en referencia a la investigación seguida en el JCI nº 5 como pieza separada *“Informe UDEF-BLA núm 22.510/13”*, causa que determinó, mediante la remisión de testimonio de parte de sus particulares, la incoación del presente procedimiento. En el auto recurrido se hace así mismo un resumen del contenido de dicha causa (f 3 a 5). Por consiguiente si que se especifica en la resolución recurrida la investigación a la que, según se argumenta, los investigados quisieron impedir que se aportada la información destruida.

Cuestión distinta es la de la continuación del procedimiento para la persecución de un delito de encubrimiento cuando el delito supuestamente encubierto no ha sido enjuiciado. Esta objeción fue ya analizada en el auto de esta Sección de 23/16 15 de enero en la que se revocó el primer auto de sobreseimiento. En dicha resolución se argumentó en los razonamientos jurídicos 4º y 5º sobre este extremo, concluyéndose que:

“Y más específicamente, sobre la desconexión de causas y la posibilidad de enjuiciamiento separado del delito encubierto y el delito de encubrimiento se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en la STS 214/2005, de 22 de febrero, analiza la condena por encubrimiento de un delito de homicidio, ante la queja del acusado que no acudió al primer juicio por homicidio ni pudo por ello refutar en él la existencia de ánimo homicida. Señala el Tribunal Supremo: “Respecto a la imputación por homicidio, el censurante no forma parte del lado activo de la relación jurídico procesal y ello por propia definición del delito que se le atribuye, que exige la no intervención en el principal ni como autor ni como cómplice, pero tampoco del pasivo, pues no ha sido víctima ni afectado por los efectos negativos del delito. Incluso se pudieron haber incoado dos causas distintas o separadas, aunque, al parecer, la razón de la tramitación conjunta fue la existencia de una testigo común que presencié los hechos integrados por las agresiones homicidas, y a su vez tuvo conocimiento de que el recurrente ocultaba al presunto culpable en su casa, llegando a ofrecerle dinero si silenciaba el hecho y no le implicaba. La desconexión de las causas y la posibilidad del enjuiciamiento separado es clara por cuanto se trató de dos hechos delictivos distintos, cometidos por personas diferentes, con momentos dispares y que atacaban a diversos bienes jurídicos, el primero la vida e integridad corporal y el segundo a la recta administración de justicia. () En definitiva, el delito principal constituye en relación al impugnante, un simple presupuesto objetivo típico del delito por él cometido, extraño al mismo y desconectado del posterior delito de encubrimiento, sobre cuya existencia debe proyectarse el dolo del autor, esto es, debe tener conocimiento de que la persona que trata de sustraer a la acción de la justicia es el presunto autor de un delito de homicidio en grado de tentativa”. Y concluye la resolución señalando: “No se excluye que pueda enjuiciarse un delito de encubrimiento, sin juzgar a los autores principales (v. g. por rebeldía), con cuyo caso es factible que el Tribunal exprese una calificación del hecho principal, pero sólo con limitados efectos en el delito que se juzga”. Más recientemente, la tesis que defiende la posibilidad de enjuiciamiento separado ha encontrado respaldo en la Sentencia núm. 6/201 I de 12 de abril, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad Valenciana, que enjuició a un Diputado en Les Corts de aquella Comunidad Autónoma como presunto encubridor (art. 451.2) de un delito de revelación de secretos, aun desconociéndose quien pudiera ser el autor del supuesto delito encubierto. En ella se señala que el delito de encubrimiento *“se ha venido configurando en la jurisprudencia y la doctrina, aun cuando venga referido al favorecimiento de otro delito, como un delito autónomo del delito encubierto, y que por tanto no requiere condena firme por el delito encubierto, ni tampoco la existencia de un proceso previo sobre el delito a que venga referido el encubrimiento, en especial en lo que se refiere a la modalidad del tipo de favorecimiento real, sin que el que el delito encubierto sea de los llamados delitos especiales o de propia mano, es decir aquellos que sólo pueden cometer determinadas personas, como es el caso del de revelación de secretos, desvirtúe esta autonomía del delito de encubrimiento, aun cuando no se conozca el autor del delito encubierto y éste no haya sido objeto de investigación o persecución, por cuanto precisamente esta modalidad delictiva de favorecimiento real sanciona las conductas impeditivas del descubrimiento del propio delito encubierto y el que no se haya constatado la comisión del delito especial encubierto, precisamente por no constar que su autor pertenezca al círculo de los únicos sujetos que pueden cometerlo, no obsta el carácter autónomo del encubrimiento. Así resulta que este tipo penal específico de encubrimiento, atendido su carácter de favorecimiento real y a diferencia de los tipos de favorecimiento personal, no exige el conocimiento o identificación del autor del delito encubierto, sino que es bastante la percepción por el encubridor de la existencia de hechos delictivos, sobre cuyo cuerpo, efectos o instrumentos venga en realizar conductas de ocultamiento, alteración o destrucción, con la finalidad de impedir su descubrimiento.*

QUINTO. Para rebatir la tesis jurídica que sustenta la decisión de sobreseimiento provisional se debe añadir que el propio legislador, en el art. 453 del Código Penal, dispone que el encubrimiento se castigará aunque el autor o el cómplice del hecho encubierto fuere irresponsable o estuviere incurso en una causa personal de exención de pena. A estos supuestos, como hemos dicho antes, la jurisprudencia ha añadido aquellos otros en los que el autor de la conducta ilícita encubierta no ha sido descubierto, o habiéndolo sido no puede ser juzgado por hallarse en rebeldía e, incluso, cuando el acusado como autor del hecho encubierto haya sido declarado inocente, siempre que se constate objetivamente la realización del hecho típico y antijurídico encubierto que es, obviamente, requisito previo del mismo. Sirva la jurisprudencia expuesta sobre la naturaleza y elementos típicos del delito de encubrimiento para disipar cualquier duda, como la planteada por la Instructora en su razonamiento, sobre la supuesta exigencia, para perseguir al encubridor, de que el delito encubierto haya sido objeto de enjuiciamiento previo. La doctrina ha puesto de relieve que de admitirse esta interpretación no sólo se limitaría la eficacia preventiva de la indeterminación del encubridor, sino que se permitiría la impunidad de los casos más graves, aquellos en los que gracias a su auxilio, el encubridor logra su propósito, que no es otro que favorecer, auxiliar y ocultar al autor del delito encubierto”.

Estos razonamientos deben darse aquí por reproducidos.

La ponderación de la existencia de indicios relativos a la perpetración del delito encubierto es objeto del procedimiento tramitado en el JCI en el que se dictó auto acordando proseguir la tramitación de la causa por los referidos hechos el 23 de marzo de 2015 (f 2523)

CUARTO- *Pretensiones relativas a la revocación de la resolución basadas en la ausencia de los presupuestos precisos para proseguir el procedimiento. Alegaciones específicas.*

Se analizarán en este RJ las específicas alegaciones realizadas por cada uno de los recurrentes en relación con la ausencia de presupuestos precisos para proseguir el procedimiento.

1. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal centra su impugnación en la efectiva existencia de los datos almacenados en los ordenadores que se dicen borrados. Entiende que la existencia de estos datos resultaría únicamente de la versión del Sr. Bárcenas que no considera creíble. Analiza la falta de credibilidad de esta declaración a partir de los elementos de animadversión con el PP, que resultarían de los varios procedimientos judiciales en trámite, así como de las incongruencias y contradicciones apreciadas en su declaración. Se trata de extremos ya analizados en el RJ precedente, al que nos remitimos.

2. D. José Manuel Moreno Alarcón

Alega el Sr. Moreno que la conclusión de la instrucción es prematura porque considera que existen extremos sin acreditar. En todo caso refiere que no han quedado indiciariamente determinados extremos de interés como la existencia en los ordenadores de datos relevantes, la disponibilidad de los datos por el PP y la existencia de un protocolo para el borrado de los mismos. Solicita la práctica de nuevas diligencias y refiere que están pendientes de practicar otras que no especifica.

Los extremos alegados por el Sr. Moreno ya han sido analizados. Solo cabe destacar aquí que fue el Sr. Moreno quien reconoce haber comprobado el contenido de los equipos, para concluir que no había en los mismos datos personales y que procedió a su borrado siguiendo el protocolo preexistente y las ordenes dadas por el Sr. Durán. Como ha quedado expuesto, su versión contrasta en extremos esenciales con la del Sr. Bárcenas, respecto del contenido de los equipos y con la del Sr. Barreiro, respecto de la existencia de un protocolo para el borrado de los equipos.

Insiste el recurrente también respecto de la titularidad de los equipos, pero añade el argumento relativo a la disponibilidad por parte del empleador de los datos almacenados en el equipo propiedad del propio empleador aunque utilizado por el trabajador. En el supuesto analizado concurren elementos, siempre indiciarios, para considerar que los equipos no eran propiedad del PP, y que eran pues ajenos en el sentido exigido por el tipo. Pero aun de no ser así no es claro, como pretende la recurrente, que el empleador pueda acceder y borrar los datos del trabajador.

Así se argumentó ya en nuestra resolución de 15 de enero de 2016 en cuyo RJ 2ª se dijo que: “la titularidad de los dispositivos electrónicos y herramientas informáticas suministradas a un trabajador no se extiende sin más, salvo acuerdo previo, a los ficheros digitales creados con ellas ni a aquellos otros que en las mismas hayan podido ser almacenados por el usuario.

Esta consideración se recoge en la reciente Sentencia 170/2013 de 7 de octubre (Sala Primera, Ponente: Excmo. Sr. Magistrado don Andrés Ollero Tassara). En ella el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un poder empresarial de dirección, vigilancia y control que en algunos supuestos y bajo determinadas condiciones legítima, incluso, el acceso inconsentido al contenido de las herramientas informáticas puestas a disposición de sus trabajadores. Se trata de un poder que reconoce el Estatuto de los Trabajadores (art. 20), que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 26 de septiembre de 2007, Sala Cuarta y otras de 8 de marzo y 6 de octubre de 2011), y que se extiende a estos aspectos cuando así ha sido pactado por el empleador y el trabajador o se halla recogido en una norma convencional vinculante. Al establecer el marco general de relación y posible colisión entre los derechos de los trabajadores y la facultad empresarial de vigilancia y control, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que “los grados de intensidad o rigidez con que

deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin” (STC 241/2012, F_1 5). - En una línea semejante e incluso más restrictiva, pues establece la inefectividad jurídica del acuerdo previo, se ha pronunciado la Sentencia 528/2014, de 16 de junio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 2.229/2013, Ponente: Ecmo.. Sr. don José Manuel Maza Martín) que exige en todo caso autorización judicial para que el empleador pueda acceder al contenido de las herramientas informáticas puestas a disposición de sus trabajadores para el desarrollo de las labores profesionales que tengan encomendadas”.

En dicha resolución ya se dijo que habría de justificarse en la instrucción este poder del “empresario”, mediante la acreditación de la relación laboral y en su caso de las “normas protocolizadas, notificadas y aceptadas sobre el uso, acceso o disposición sobre dichos ficheros o sobre las condiciones de devolución de las herramientas de trabajo una vez extinguida la relación laboral” normas que no se han acreditado y cuya aportación no corresponde a la acusación, si no a quien las alega.

3. D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro

Además de las alegaciones que hemos podido considerar “comunes” a los varios recurrentes, el Sr. Durán solicita la declaración de nulidad del auto recurrido, al considerar que se ha dictado sin la debida motivación, ya que se basa en premisas erróneas. También, entendemos que de forma subsidiaria, solicita la revocación de la referida resolución, por haberse dictado a falta de indicios bastantes de la existencia del delito.

Considera errónea la afirmación contenida en la resolución recurrida conforme a la cual la orden que dio el recurrente para el borrado de la información contenida en los ordenadores tuvo por finalidad *“impedir que los datos importantes relativos a la contabilidad paralela y otros extremos que el ex tesorero Sr. Bárcenas guardaba en los ordenados portátiles usados por él a lo largo de los años de su desempeño como tal pudiesen acceder a la investigación –del JCI nº 5-“* tal como se dice en el folio 6 de la resolución recurrida. Considera que esta conclusión es equivocada puesto que se basa en un error, dado que en dicha resolución se le atribuye la condición de Letrado defensor del Sr. Pablo Crespo en la causa tramitada ante dicho Juzgado Central de Instrucción, condición que el investigado no tiene en realidad. También porque el requerimiento formulado al PP por parte de dicho JCI para que entregara los ordenadores tuvo lugar en 15 de julio de 2013 y el formateo se había producido ya antes.

Es cierto, como alega el recurrente, que no fue parte en el procedimiento tramitado en el JCI y que si bien el requerimiento formulado por el JCI tuvo lugar el 15 de julio de 2013, el borrado de los datos ya se había producido, concretamente tuvo lugar el 2 del mismo mes y año según resulta de la pericial obrante al folio 185.

Sin embargo, lo que considera la resolución recurrida, siempre de modo indiciario, es que el investigado conocía, con más o menos detalle, el contenido de la causa tramitada en el JCI. Así debía de ser por la condición del investigado de Director de los Servicios Jurídicos del PP desde 2010. También que el investigado conocía la reclamación formulada por el Sr. Bárcenas relativa a los ordenadores en cuestión, puesto que fue parte en el procedimiento promovido por denuncia de aquel en el JI nº 21 de Madrid. Es decir, que conocía las alegaciones del Sr. Bárcenas respecto de la titularidad de los efectos, aunque no las considerara aceptables y las posibles implicaciones del partido cuyo Servicio Jurídico

Por lo demás las alegaciones del recurrente se articulan en relación con la titularidad de los equipos, la inexistencia de datos relevantes en los mismos y sobre la aplicación del protocolo existente, cuestiones ya examinadas.

4. D^a. Carmen Navarro Fernández-Rodríguez

La recurrente Sra. Navarro alega que no concurren indicios de su participación en los hechos objeto del procedimiento. Sostiene que los querellantes no aportan datos que permitan considerar que participó en el borrado de la información contenida en los equipos y que únicamente aparece como investigada en consideración al cargo que ocupaba como Gerente del Partido Popular.

Ciertamente el cargo que ocupaba la Sra. Navarro se ha de tener en cuenta para valorar si participó en los hechos investigados. En efecto la Sra. Navarro era Gerente y Tesorera del Partido Popular, como reconoce en su declaración (f 1060 y ss). Ha de precisarse que este cargo la situaba como persona inmediatamente superior en la jerarquía de la organización a D. José Manuel Moreno Alarcón, que fue quien que efectuó físicamente el borrado de los datos. Es decir, la Sra. Navarro no sólo ocupaba un cargo de dirección en el organigrama del PP, sino que entre sus responsabilidades estaba la de dirigir órdenes al Director del Departamento de Sistemas de la Información, el Sr. Moreno Alarcón.

Por otra parte la propia Sra. Navarro reconoce en su declaración que conocía la problemática generada en relación con estos equipos. Así refiere en su declaración que “El Sr. Durán le dijo que había dos ordenadores y que se los había entregado a los de informática, quienes comprobaron el contenido de los mismos y estos no tenían absolutamente nada” información que le dieron cuando el Sr. Bárcenas los reclamó, según también refiere. También manifestó que “cree que el Sr. Durán le comenta después del requerimiento que le dijo al Sr. Moreno que parara el protocolo –de borrado de datos- y que el Sr. Moreno le había dicho que los ordenadores no tenían nada”.

De tales manifestaciones se deduce que la Sra. Navarro no sólo ostentaba un cargo de responsabilidad del partido, sino también que entre sus responsabilidades estaba precisamente la de gestionar lo que se hacía con estos equipos, tanto es así que se preocupó de pedir información al Sr. Durán cuando el Sr. Bárcenas reclamó los equipos y que el Sr. Durán se la dio cuando llegó el requerimiento de la Audiencia Nacional para su entrega.

Y no es de extrañar que fuera así porque es más que razonable considerar que ni el Sr. Bárcenas era una persona más relacionada con el PP, ni los ordenadores en cuestión, con los datos que pudieran contener, una cuestión que pudiera pasar desapercibida para cualquier persona responsable dentro del organigrama del PP cuando ocurrieron los hechos. Tanto es así que D. Javier Barrero Merino, que era el responsable del Departamento de Microinformática, pero que lo fue durante 15 años del de informática antes de la llegada del Sr. Moreno, declaró que si le hubieran dado la orden del borrar el contenido de los ordenadores no lo hubiera hecho, precisamente por las peculiaridades del supuesto.

En todo caso, el argumento de la recurrente es que no se produjo ninguna irregularidad puesto que los equipos eran del partido y se aplicó un protocolo de borrado de datos preestablecido.

De no serlo, de resultar finalmente acreditado que ni los ordenadores eran del partido ni existía un protocolo para borrar los datos en los mismos almacenados, la responsabilidad de la Sra. Navarro, resultaría precisamente del hecho de ser la persona dentro del organigrama responsable del Departamento y de la concreta persona que realizó el borrado. Nótese en este punto que el Sr. Moreno reconoce que no obró por propia iniciativa, sino que contó finalmente con el visto bueno del Sr. Durán, también

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 subordinado de la Sra. Navarro. Además, de acreditarse que ni los ordenadores eran del partido ni existía un protocolo para borrar los datos en los mismos almacenados resultarían también indicios de una clara intencionalidad dirigida a ocultar tales datos, intencionalidad que también cabría atribuir a la Sra. Navarro como responsable última de los equipos en cuestión.

5. Partido Popular.

La representación del PP, sostiene en su recurso que los hechos referidos en la resolución recurrida, aun de ser ciertos, no serían constitutivos de infracción penal. Se refiere a extremos ya valorados como la ajenidad de los datos borrados, la titularidad de los equipos y el consiguiente derecho a acceder a su contenido, a la existencia de un específico protocolo de seguridad que hacía legítimo este acceso y el borrado. Son estos extremos ya analizados, en cuya argumentación además la recurrente, lejos de respetar, como sostiene, el relato de hechos propuesto por la resolución impugnada, formula un relato propio, distinto al que indiciariamente resultaría de lo instruido.

En todo caso la recurrente introduce tres aspectos no analizados, la inexistencia del delito por la falta de gravedad del daño, la ausencia de dolo y la falta de responsabilidad del PP como persona jurídica por falta de los presupuestos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal.

Se refiere en primer lugar la recurrente a la falta de gravedad del daño producido. En efecto el artículo 264 del Código Penal castiga ciertas conductas “*cuando el resultado producido fuera grave*”. El argumento de la recurrente pasa por considerar que solo parte de los datos borrados, cuya existencia asume como mera hipótesis, eran propiedad del Sr. Bárcenas, mientras que otros eran del PP. Considera que los datos propiedad del Sr. Bárcenas carecían de valor y que eran sustituibles, por lo que el resultado derivado de su borrado no fue grave. Establece además una relación entre la exigencia del tipo y la existencia de un perjuicio patrimonial, refiriendo que el precepto establece multas proporcionales al perjuicio causado, lo que conecta con un perjuicio patrimonial.

Respecto de la primera cuestión, se vuelve a plantear la titularidad de los datos alojados en los equipos. Aquí la recurrente introduce una modulación. Asume como hipótesis que estos datos existían y que parte de ellos eran del usuario del equipo, pero refiere que otros, los relativos a la contabilidad del partido, facturas y presupuestos de campaña etc. eran del partido y no del Sr. Bárcenas. El daño se referiría por tanto a otros documentos como fotografías personales y música que el Sr. Bárcenas habría conservado en los ordenadores, según su propia manifestación.

Esta distinción es artificiosa. Se ha hecho anterior referencia al contenido que, según el Sr. Bárcenas tenía en al menos uno de los equipos, versión que, siempre de forma provisional, hemos considerado razonable a los efectos de la presente resolución. Se hace referencia a documentos en parte relacionados con la actividad del Sr. Bárcenas con el PP y a otros ciertamente privados. Unos y otros serían documentos generados, elaborados o conservados por el Sr. Bárcenas en un equipo del que era usuario, por lo que no cabe aplicar aquí la distinción propuesta entre documentos relativos al PP y los que no lo eran.

Respecto de la segunda cuestión, debe significarse que el artículo 264 en su apartado primero no se refiere precisamente a la “*entidad del resultado*”, no al daño o al perjuicio. Se valora por tanto la entidad de un resultado que puede tener varias manifestaciones.

Entiende la Sala que en este caso el borrado de los datos, de los cuales ciertamente el Sr. Bárcenas admite tener una copia parcial, está relacionado con el contenido de la causa tramitada en el JCI nº 5 y con la conveniencia de aportar tales datos a aquel procedimiento. Esta conveniencia resulta por otra parte

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352

de lo razonado en el auto de 16 de agosto de 2013 dictado por el JCI nº 5 (f 123 y ss) en el que acordó requerir al PP para que aportara los equipos a fin de ser peritados. En el mismo se dijo *“La diligencia interesada resulta idónea a los fines de la instrucción, por cuanto, como informa el Ministerio Fiscal, según la declaración del imputado en los ordenadores referidos se contiene la información y archivos primigenios de los que los contenidos en el pen drive o memoria USB aportado el día de su declaración son copia, permitiendo un volcado de la información contenida en los ordenadores en su día utilizados por el Sr. Bárcenas el necesario contraste con la información aportada con el soporte digital al juzgado, y, en consecuencia, pudiendo a tal efecto ampliarse el marco de estudio y análisis encomendado por el juzgado a los Peritos de la Sección de informática Forense de la Unidad Central de Criminológica del CNP designados por el juzgado, que han emitido el Informe sobre dispositivos informáticos con nº de ref 138 IF 2013, de fecha 12 de agosto de 2013, unido a las actuaciones; y ello sin perjuicio del examen completo del contenido de la información obrante en los referidos equipos informáticos, y la valoración que procediera respecto de su utilidad y relación con los hechos objeto de investigación”* (RJ 2 apartado 2).

Se valora así que en aquella causa resultó conveniente aportar los datos almacenados en los equipos para completar la pericial practicada sobre otros o los mismos datos aportados en un soporte distinto al procedimiento, pericial que se considera idónea y adecuada. Es el interés que la aportación del contenido de los equipos en aquel procedimiento, y la imposibilidad final de aportarlos lo que podría determinar en este caso la entidad *“del resultado producido”*, que aquí indiciariamente si que resulta de la instrucción. Se impidió así con el borrado de los datos así la realización de una diligencia considerada relevante en una causa criminal de indudable trascendencia.

Se refiere la recurrente a la ausencia de dolo en relación con un tipo esencialmente doloso. Lo cierto es que el Sr. Moreno borró voluntariamente los datos contenidos en los equipos, según ha recodido, y que lo hizo a orden del Sr. Durán, según éste también refiere. Se considera también indiciariamente que la Sra. Navarro ordenó o permitió esta acción. La falta de dolo se refiere, según los recurrentes a la ignorancia o errónea creencia de los investigados relativa a extremos como la ajenidad de los datos o la obligatoriedad de seguir el protocolo supuestamente existente en orden al borrado seguro de datos. Son estos extremos que ya hemos analizado.

En todo caso conviene recordar que no es este el momento procesal adecuado para valorar la intencionalidad de los investigados. El ATS de 9 de mayo de 2014 (Pte. Sánchez Melgar), ya citado, argumenta en este sentido que *“Pues bien, es preciso deslindar las funciones del instructor y las del tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción y adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diaphanidad manifiesta, entrando en juicios de inferencia, cuya decisión exige la celebración de verdaderos actos de prueba bajo el imperio de los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24 C.E .). Naturalmente cuando hablamos de instructor debemos necesariamente comprender la revisión de sus actuaciones llevada a cabo por el órgano de apelación porque éste mediante dicha función se inserta en la fase de instrucción y no en la de enjuiciamiento, lo cual es una precisión necesaria en estos casos”*.

Argumenta la recurrente que no se dan indiciariamente los presupuestos previstos en el artículo 31

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 bis del Código Penal para establecer la responsabilidad del PP como persona jurídica. Sostiene que no se ha acreditado la ausencia de un modelo de organización y gestión en el PP que habría de excluir dicha responsabilidad para la persona jurídica.

La STS 154/16 de 29 de febrero Pte Maza Marín (ROJ 613/16) argumenta que el artículo 31 bis hace responder a la persona jurídica por un hecho propio que se basa en dos circunstancias: *“la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”*.

Define además los presupuestos que permiten eximir a la entidad de responsabilidad, la existencia de una “compliance” adecuada, como *“presupuestos del tipo objetivo”*, más que como eximente o excusa absolutoria. Concluye así que la atribución del delito a la persona jurídica, determina que para ella estén vigentes todos los principios del derecho penal y procesal penal, y en especial el de carga de la prueba que obliga a la acusación a probar los referidos elementos del tipo.

En sentido similar la STS 221/16 de 16 de marzo Pte Marchena Gómez (ROJ 966/16 examina – obiter dicta- la naturaleza del delito de la sociedad para concluir que es precisamente eso, un delito de la sociedad, asumiendo una concepción heterogénea de la infracción respecto del delito cometido por la persona física. A partir de esta concepción asume que el conjunto de principios que inspiran el derecho penal, en especial el de presunción de inocencia y carga de la prueba, rigen también en relación con esta infracción, por lo que corresponde a la acusación la prueba de aquellos elementos que integran la infracción, tal como ha sido definida. Así la acusación *“Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.”*

Sin embargo, de la jurisprudencia citada, no resulta necesariamente que deba la acusación probar la ausencia de “un modelo de organización y gestión adecuado para impedir la comisión de este delito”. Es cierto que, según la jurisprudencia antes referida, tales condiciones se configuran como “presupuestos del tipo objetivo”. Sin embargo, su ausencia, como elemento negativo del tipo, no puede ser probada más que de forma indirecta o indiciaria, correspondiendo a la defensa mediante la alegación de su existencia, romper tales indicios.

Lo que tiene resultar en todo caso de la instrucción es *“un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica”*, en palabras del TS, defecto que resulta indiciariamente en el supuesto examinado, a partir de los indicios aportados durante la instrucción y de la falta de prueba por parte de la defensa de la existencia de procedimientos adecuados a en los términos del artículo 31bis apartado 5.

En este punto, respecto del delito de daños informáticos, se ha aportado únicamente un documento denominado “Guía sobre almacenamiento y borrado seguro de información” elaborado por la entidad INTECO (F 1746 y ss y 130), pero concurren indicios de que el contenido de dicho documento no se había asumido por el PP como protocolo de actuación para el borrado de archivos antes de la reasignación de equipos. En todo caso ese documento no resulta suficiente a los efectos el artículo 31bis apartado 5 del Código Penal que establece un contenido evidentemente más amplio.

Refiere finalmente la parte que no se dio, en la conducta referida, un beneficio directo o indirecto

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 para la persona jurídica. Esta afirmación debe sin embargo ponerse en relación con el sentido que tenían los datos borrados en relación con una instrucción que sí que afectaba al PP y con el delito de encubrimiento, que si bien ciertamente no puede atribuirse a la persona jurídica, sí que se atribuye a los demás investigados.

QUINTO- *Alegaciones relativas al carácter prematuro del auto recurrido por la necesidad de resolver recursos pendientes o de practicar diligencias complementarias.*

1. Por los recurrentes la Sra. Navarro y por la defensa del PP se alega que la conclusión de la fase de investigación es prematura, puesto que están pendientes de resolución dos recursos.

El primero es el recurso de apelación formulado por la entidad DESC contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción de 9 de marzo de 2016 (f 1428), que inadmitió la práctica de cierta diligencia solicitada por la referida entidad. Consta en efecto que contra este auto se formuló recurso de apelación que fue admitido en un solo efecto por resolución de 4 de abril (f 1460).

Resulta así en primer lugar que el recurso fue admitido sin efectos suspensivos (art. 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por lo que no debe paralizar el procedimiento. A mayor abundamiento, el recurso de apelación ha sido ya resuelto y desestimado por auto de esta Sección 4 de la Audiencia Provincial de Madrid nº 659/16 de 5 de septiembre (f 2192).

El segundo recurso al que se refiere la Sra. Navarro es el formulado por ella misma contra la providencia de 3 de febrero de 2016, por el que se admite la personación del Sr. Bárcenas como acusación particular. Consta dicha resolución (f 1056), el recurso de reforma interpuesto por la Sra. Navarro (f 1365), pero también la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción el 1 de marzo acordando no admitir a trámite el recurso (f 1386).

En todo caso la cuestión tiene escaso interés, puesto que el Sr. Bárcenas, al que efectivamente se le tuvo como parte acusadora en la causa, desistió del ejercicio de la acción penal y no es ya parte en el presente procedimiento.

2. Las recurrentes D^a. Carmen Navarro Fernández Rodríguez, . José Manuel Moreno Alarcón y Partido Popular consideran que la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción es prematura, puesto que deben practicarse diligencias complementarias, previamente solicitadas y otras que piden por vía de recurso.

En todo caso, no es posible ahora considerar la práctica de más diligencias, puesto que se han superado los límites temporales que para la instrucción establece el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, el Juzgado de Instrucción acordó el sobreseimiento de la causa por auto de 30 de octubre de 2013 (f 199); formulado recurso se acordó revocar dicha resolución por auto de esta Secc 4^a de la AP de Madrid nº 23/16 de 15 de enero (f 857), que ordenó reabrir la investigación para valorar la práctica de las diligencias que fueran precisas para el esclarecimiento de los hechos. Esta resolución tuvo entrada en el Juzgado de Instrucción el 18 de enero de 2016 (f 856) y por este órgano se dictó auto de 20 de enero de 2016 (f 890) en el que se dispuso la práctica de ciertas diligencias.

Resulta también que si bien el Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de 20 de mayo de 2016 (f 2016) la declaración del a causa como compleja a los efectos del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se ha hecho tal declaración por el Juzgado de Instrucción ni se ha dispuesto la prórroga del término para instruir.

De esta forma, al tiempo del dictado de la resolución que ahora se recurre, el día 27 de julio de 2016, había ya transcurrido el término de seis meses que prevé el artículo 324.1 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, a partir del cual ni es posible ya practicar diligencias no acordadas ni disponer la declaración de la causa como compleja o acordar la prórroga del referido término.

La reforma realizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/15 de 5 de octubre dio nueva redacción al artículo 324 de la referida norma, introduciendo una importante novedad en la delimitación de la instrucción. En realidad la limitación temporal de esta fase del procedimiento ya se sugería en la redacción anterior de la ley procesal, que la limitaba relativamente la instrucción del sumario a un mes, término que en todo caso había devenido inexistente en la práctica. La modificación del precepto se justifica en la exposición de motivos por *"la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas"*

Establece ahora el legislador, como principio general, en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que *"1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas"*. Establece también ciertamente que *"No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo..."*.

Dos son pues las posibilidades que contempla el precepto: que la causa se tramite como de instrucción "ordinaria" en cuyo caso deberá concluirse en el término de seis meses, transcurridos los cuales deberá el JI dictar la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; considerar la causa como de instrucción "compleja", por lo que dicho plazo será de 18 meses, plazo que podrá ser prorrogado por el JI a petición del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. El mismo precepto establece en su apartado 2 los parámetros de dicha complejidad.

Además, el precepto en su párrafo 4º establece que los plazos establecidos *"en los apartados anteriores"*, que se refieren tanto a las causas de instrucción "simple" como a los de instrucción "compleja" podrán ser prorrogados por el JI, también a instancia del Ministerio Fiscal o alguna de las partes, previa audiencia de las demás partes.

Lo que en todo caso exige la norma, tanto en su apartado 2º como en su apartado 4º es que la decisión de declarar compleja la causa, o de prorrogar el término inicial, se adopte *"antes de la expiración del este plazo – por el de seis meses–" o "**antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores – ya el de seis o el de dieciocho meses" o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada"*..

En el caso que nos ocupa no se ha declarado compleja la causa ni se ha prorrogado el término de la instrucción, por lo que transcurrido el término inicial de seis meses, procede concluir la instrucción con el dictado de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no practicar nuevas diligencias.

VISTOS los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA.

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, por las representaciones procesales de D^a. Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, D. Alberto Durán Ruiz de Huidobro contra el auto de 26 de julio de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid en Diligencias Previas nº 5563/13, así como el recurso de apelación

Dr. Miguel Gallardo perito informático investiga borrados o destrucciones de discos duros miguel@cita.es Tel. 902998352 interpuesto por las representaciones procesales de Dº. José Manuel Moreno Alarcón y del Partido Popular contra el auto dictado por el mismo Juzgado de Instrucción de fecha 23 de septiembre de 2016, que desestimaba el recurso de reforma contra la primera resolución, y CONFIRMAMOS dichas resoluciones en todos sus extremos, declarando e oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en la tramitación del citado rollo.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. Devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1343/2016

1 de 28