JUZGADO DE LO PENAL Nº 31 DE MADRID
C/ Albarracín 31, Planta 2 - 28037
Tfno: 914931472
Fax: 914931477
51012330
NIG: 28.079.43.1-2013/0386037
Procedimiento: Procedimiento Abreviado 80/2018
O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid
Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 6145/2013
Delitos: Daños informáticos y encubrimiento

EDUARDO MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid, en Procedimiento Abreviado 80/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado 6145/2013 del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, ha dictado, en nombre del Rey, la siguiente:

SENTENCIA Nº 267/2019

En Madrid, a 4 de septiembre de 2019.

Vistas las presentes actuaciones de Juicio Oral 80/2018, procedentes del juzgado de instrucción y procedimiento indicados, tramitadas por supuestos delitos de daños informáticos y encubrimiento, contra los acusados:

- ALBERTO DURÁN RUIZ DE HUIDOBRO, en libertad por esta causa, representado por el procurador Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros y asistido por el letrado Esteban Mestre Delgado.
- JOSÉ MANUEL MORENO ALARCÓN, en libertad por esta causa, representado por la procuradora Esther Pérez-Cabezos Gallego y asistido por el letrado Carlos Gómez-Jara Díaz.
- CARMEN NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, en libertad por esta causa, representada por el procurador Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y asistida por el letrado Enrique Molina Benito.
- PARTIDO POPULAR, representado en el juicio oral por María Massó Moreu y bajo la representación procesal del procurador Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y la asistencia del letrado Jesús Santos Alonso.

Ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, representado por las fiscales Carmen Luciáñez Sánchez, Patricia Fernández Olalla y Elena Agüero Ramón-Llin.

En la condición de acusación popular han intervenido las siguientes entidades:

- IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACIÓN “JUSTICIA Y SOCIEDAD”, FEDERACIÓN “LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES”, representada por el

procurador José Miguel Martínez-Fresneda Gambra y asistida por los letrados Ana María Cortés López y Juan Moreno Redondo.

- ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DRETS HUMANS (DESC), representada por el procurador Javier Fernández Estrada y asistida por los letrados Isabel Elbal Sánchez y Gonzalo Boye Tuset.
- ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEMÓCRATAS POR EUROPA (ADADE), representada por el procurador Roberto Primitivo Granizo Palomeque y asistida por el letrado Juan Justo Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Instrucción*. La presente causa fue instruida por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, que practicó las diligencias de investigación que estimó pertinentes.

Alcanzada la fase intermedia, el **Ministerio Fiscal** efectuó calificación absolutoria.

La acusación popular **Izquierda Unida, Asociación "Justicia y Sociedad", Federación "Los Verdes, Els Verds, Berdeak, Os Verdes"** (en adelante, Izquierda Unida–Los Verdes), calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

A. dos delitos de daños del artículo 264 apartados 1, 3.2ª y 4 CP (redacción posterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, por ser más favorable), en concurso ideal del artículo 77.2 CP con
B. un delito de encubrimiento del artículo 451.2º CP.

Reputó como responsables a los acusados, del siguiente modo:

- El Partido Popular responde de los delitos del apartado A, conforme a lo establecido en el artículo 31 bis.1.a CP;
- Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, Alberto Durán Ruiz de Huidobro y José Manuel Moreno Alarcón responden de los delitos de los apartados A y B, en concepto de autores (artículo 28 CP).

Consideró que no concurren circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal y solicitó la imposición de las siguientes penas:

- Al Partido Popular, por cada uno de los dos delitos de daños, multa de 3 años con una cuota diaria de 5.000 euros por día, conforme a lo establecido en los artículos 50.4 y 52.4.b CP, atendiendo a la gravedad del resultado producido y a la especial afectación sufrida por los intereses generales a consecuencia de los delitos.
- A Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, por los dos delitos de daños en concurso ideal con el delito de encubrimiento (artículo 77.3 CP), prisión de 4 años y 6 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Para Alberto Durán Ruiz de Huidobro, por los dos delitos de daños en concurso ideal con el delito de encubrimiento (artículo 77.3 CP), prisión de 4 años y 6 meses e

inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- A José Manuel Moreno Alarcón, por los dos delitos de daños en concurso ideal con el delito de encubrimiento (artículo 77.3 CP), prisión de 4 años y 6 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, solicitó que los acusados indemnicen a Luis Bárcenas Gutiérrez en la cantidad que reclame.

La acusación popular **Asociación Observatori de Drets Humans** (en adelante, DESC) calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

A. un delito de daños informáticos del artículo 264.1 CP (redacción posterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, por ser más favorable);
B. un delito de encubrimiento del artículo 451.2º CP.

Consideró a los acusados como responsables, del modo siguiente:

- El Partido Popular responde del delito del apartado A, en concepto de autor material del artículo 31 bis CP;
- Carmen Navarro Fernández-Rodríguez responde del delito del apartado A en concurso ideal con el delito del apartado B, en concepto de inductora del artículo 28.a CP;
- Alberto Durán Ruiz de Huidobro responde del delito del apartado A en concurso ideal con el delito del apartado B, en concepto de autor material del artículo 28 CP;
- José Manuel Moreno Alarcón responde del delito del apartado A en concurso ideal con el delito del apartado B, en concepto de cooperador necesario del artículo 28.b CP.

Entendió que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e interesó que fueran impuestas las siguientes penas:

- Al partido Popular: la pena de multa del triple del perjuicio causado y
  - suspensión de sus actividades por un plazo de 6 meses (artículo 33.7.c CP);
  - prohibición de recibir donaciones privadas por un plazo de 5 años (artículo 33.7.e CP).
- Para Carmen Navarro Fernández-Rodríguez: prisión de 2 años con la accesoria de inhabilitación especial para la ocupación o profesión de gerencia de partidos políticos durante el periodo de 6 años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).
- A Alberto Durán Ruiz de Huidobro: prisión de 1 año y 11 meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el periodo de 6 años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).
- Para José Manuel Moreno Alarcón: prisión de 1 año y 10 meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio profesional como responsable o encargado de servicios relacionados con la informática durante el periodo de 6 años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).

Por el concepto de responsabilidad civil, pidió que los acusados indemnicen conjunta y solidariamente al perjudicado en la cantidad que reclame, más los intereses del artículo 576 LEC. Todo ello con solicitud de condena en costas a los acusados, incluidas las costas de la acusación popular.

La acusación popular **Asociación de Abogados Demócratas por Europa** (en adelante, ADADE), hizo la siguiente calificación provisional de los hechos:

A. un delito de daños informáticos del artículo 264.1 CP;
B. un delito de encubrimiento del artículo 451.2 CP.

Reputó como responsables de los delitos A y B a los acusados Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, Alberto Durán Ruiz de Huidobro, José Manuel Moreno Alarcón y Partido Popular, en concepto de autores (artículos 27 y 28 CP).

Consideró que no son apreciables circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal y solicitó que se impongan las siguientes penas:

- A Carmen Navarro Fernández-Rodríguez:
  - por el delito del apartado A, prisión de un año;
  - por el delito del apartado B, prisión de un año.
- Para Alberto Durán Ruiz de Huidobro:
  - por el delito del apartado A, prisión de un año;
  - por el delito del apartado B, prisión de un año.
- A José Manuel Moreno Alarcón:
  - por el delito del apartado A, prisión de seis meses;
  - por el delito del apartado B, prisión de seis meses.
- Al partido Popular, por el delito de daños informáticos de los artículos 264.1 y 264 quater CP, multa de 3 años con una cuota diaria de 100.000 euros.

Todo ello con aplicación del artículo 66.1.6ª CP, imposición de las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como con imposición de costas procesales, incluidas las de la acusación popular.

Las defensas de los cuatro acusados, en igual trámite, se mostraron disconformes con las acusaciones y solicitaron la libre absolución de sus respectivos patrocinados con todos los pronunciamientos favorables. Las defensas de Carmen Navarro Fernández-Rodríguez y José Manuel Moreno Alarcón interesaron la condena en costas para las acusaciones populares.

SEGUNDO.- *Juicio oral*. Se celebró el juicio durante los días 14, 20, 21, 27 y 28 de junio de 2019 que habían sido señalados, con asistencia de todas las partes. La representante del Partido Popular, María Massó Moreu, sólo estuvo presente en la primera de las sesiones, dedicada a las cuestiones previas.

En la fase de **cuestiones previas**, el tribunal, previa audiencia de las partes, ratificó oralmente la decisión de no autorizar la retransmisión del juicio oral mediante señal institucional que se había adoptado en el auto de 10 de junio de 2019, en virtud de la petición cursada por el Gabinete de Comunicación del TSJ de Madrid. Tras esa resolución, Izquierda Unida–Los Verdes había instado que se aceptara, al menos, la retransmisión de la primera y última de las sesiones. Todo ello sin perjuicio de la tramitación del recurso interpuesto contra el auto de 10 de junio de 2019.

El Ministerio Fiscal:

- Solicitó que el Partido Popular fuera requerido para la aportación de un poder especial de representación a favor de la persona que compareció al plenario: María Massó Moreu. Previa audiencia de las partes, el tribunal decidió que era bastante con la conformidad de la defensa de la persona jurídica, por lo que se consideró válida la presencia en el juicio de la sra. Massó sin necesidad de poder especial, en la interpretación del artículo 786.bis.1 LECrim (en relación con el artículo 787.8 LECrim). Sin perjuicio de ello, se requirió al Partido Popular para que, con anterioridad a la siguiente sesión del juicio dedicada a la declaración de los acusados, presentara documentación que acreditara la designación de modo fehaciente, ante la posibilidad de que la Audiencia Provincial mantuviera un criterio diferente en caso de eventual apelación.

- Interesó que la declaración testifical de Luis Bárcenas Gutiérrez se efectuara de forma presencial y no a través de videoconferencia. Previa audiencia de las partes sobre esta cuestión, así como acerca de la petición del testigo de que pudiera estar asistido de letrado durante su declaración, el tribunal admitió la petición del Ministerio Fiscal y, al mismo tiempo, resolvió que el testigo podía declarar acompañado de letrado, a los exclusivos efectos de que éste valorara la procedencia de no responder a preguntas cuya respuesta pudiere tener consecuencias incriminatorias en otro procedimiento en que el testigo ostenta la condición de acusado.

- Solicitó la declaración de la falta de legitimación de las acusaciones populares por el delito de daños informáticos, ante la calificación absolutoria del Ministerio Público y la retirada del perjudicado como acusación particular. A la cuestión se adhirieron todas las defensas y se opusieron las acusaciones populares. Previa audiencia de las partes, el tribunal decidió resolverla al tiempo de dictar sentencia.

Ninguna de las tres acusaciones populares planteó cuestiones previas.

La defensa de Alberto Durán Ruiz de Huidobro:

- Renunció a la testifical de Santiago Rodríguez Bajo.

- Reiteró la propuesta de la testifical de Marisa Bernal Gallero que había sido rechazada en el auto de admisión de prueba de este juzgado de 1 de febrero de 2019 (folios 4158 a 4160, tomo X). Previa audiencia de las partes, fue admitido el testimonio, pero la defensa

proponente renunció posteriormente a su práctica, debido a la imposibilidad de proporcionar domicilio para su citación.

- Aportó documentación, que fue unida a las actuaciones después de oír a las partes sobre la procedencia de su incorporación.

- Planteó la nulidad del auto de apertura de juicio oral, con el objeto de que fuera declarado el sobreseimiento respecto de la acusación por el delito de encubrimiento. A esta cuestión se adhirieron las defensas de José Manuel Moreno y Carmen Navarro (no afectaba al Partido Popular), pero mostraron oposición el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares. Al igual que se había decidido a propósito de la aplicación de la misma doctrina jurisprudencial a la acusación por el delito de daños informáticos, se remitió su resolución a la sentencia.

La defensa de José Manuel Moreno Alarcón, además de su adhesión a las cuestiones ya tratadas sobre legitimación de las acusaciones populares:

- Renunció a la testifical de Gonzalo Vicioso Ceniceros. Se sumó a esta renuncia la defensa del Partido Popular, que también había propuesto al testigo.

- Ratificó y aclaró la impugnación antes planteada sobre determinada prueba testifical y pericial propuesta por las acusaciones.

La defensa del Partido Popular, junto con la adhesión a la cuestión sobre la legitimación de las acusaciones populares para ejercer acción penal por el delito de daños informáticos y la renuncia al testigo ya mencionado:

- Aportó documentación, que se incorporó a las actuaciones después de oír a las partes sobre el particular.

- Interesó la declaración de nulidad del auto de apertura de juicio oral, por no ajustarse los escritos de acusación al artículo 650 LECrim, en relación con el artículo 781.1 LECrim. Previa audiencia de las partes, el tribunal rechazó oralmente la cuestión.

Al comienzo de la segunda sesión del juicio, con anterioridad a las declaraciones de los acusados, las acusaciones populares:

- Impugnaron el apoderamiento aportado por el Partido Popular a favor de María Massó Moreu. Previa audiencia de las partes, se rechazó la impugnación, tanto por las razones explicadas en la sesión anterior al resolver la cuestión previa formulada sobre la representación en juicio de la persona jurídica, como en razón a la ratificación de la decisión de la letrada de la Administración de Justicia acerca de la suficiencia del poder.

- Solicitaron la suspensión de la última sesión (informes finales) y su señalamiento para un momento posterior, con el objeto de disponer de más tiempo para poder ilustrarse adecuadamente de la pericia realizada a instancia del Partido Popular, ya que en ese

momento aún no había podido verificarse el traslado a las demás partes. Oídas todas las partes, se rechazó la suspensión interesada.

Durante la parte de la **fase probatoria** dedicada a la documental, la defensa del Partido Popular aportó un documento consistente en una resolución judicial dictada en otro procedimiento penal, al amparo del artículo 729.3 LECrim, justificando su petición en que podía tener influencia en el valor probatorio de la declaración del testigo Luis Bárcenas Gutiérrez. Previa audiencia de las partes, con oposición de las acusaciones populares, el documento quedó unido a las actuaciones, sin perjuicio de la decisión en torno a su valor probatorio en el momento oportuno.

Una vez practicada la prueba, en el trámite de **conclusiones definitivas**:

- El Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales.

- La acusación popular Izquierda Unida–Los Verdes modificó sus conclusiones provisionales en el exclusivo sentido de añadir un párrafo de hechos y rectificar un error material, en los términos especificados en el escrito que aportó en el acto.

- La acusación popular DESC modificó sus conclusiones provisionales en el sentido que aparecía detallado en el escrito aportado en el acto:

  - Añadió hechos (en negrita en el escrito presentado).
  - Añadió un segundo delito de daños informáticos del artículo 264.1 CP (redacción posterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, por ser más favorable), del que responden todos los acusados; en el caso de Alberto Durán, José Manuel Moreno y Carmen Navarro, en concurso ideal con el delito de encubrimiento.
  - A las penas solicitadas en las conclusiones provisionales añadió las siguientes:

    - Para el Partido Popular, multa de un millón de euros por cada uno de los delitos de daños informáticos (en lugar de “pena del triple del perjuicio causado”).
    - Para Carmen Navarro Fernández-Rodríguez, por el segundo delito de daños en concurso con el de encubrimiento, prisión de 2 años con la accesoria de inhabilitación especial para la ocupación o profesión de gerencia de partidos políticos durante el periodo de 6 años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).
    - Para Alberto Durán Ruiz de Huidobro, por el segundo delito de daños en concurso con el de encubrimiento, prisión de 1 año y 11 meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el periodo de 6 años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).
    - Para José Manuel Moreno Alarcón, por el segundo delito de daños en concurso con el de encubrimiento, prisión de 1 año y 10 meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio profesional como responsable o encargado de servicios relacionados con la informática durante el periodo de 6

años (artículo 77 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más favorable).

- La acusación popular ADADE añadió la invocación del artículo 31 bis.1 CP en la calificación relativa al Partido Popular, manteniendo el resto de la calificación provisional.

- Las defensas de Alberto Durán José Manuel Moreno y Carmen Navarro elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, al igual que la defensa del Partido Popular, con la única excepción, en el caso de la persona jurídica, de añadir la solicitud de condena en costas a las acusaciones populares.

Al término del juicio oral, todos los acusados renunciaron a ejercer su derecho a la última palabra. Alberto Durán, José Manuel Moreno y Carmen Navarro de manera expresa y el Partido Popular de modo tácito (al no encontrarse presente en la última sesión María Massó Moreu).

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 (…), 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(…), 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 (…), 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Cuestión previa. Interpretación del artículo 782 LECrim*. Las defensas de los acusados plantearon la nulidad del auto de apertura de juicio oral, por entender que debió ser declarado el sobreseimiento de la causa en aplicación del artículo 782.1 LECrim, de conformidad con la interpretación de este precepto por la doctrina jurisprudencial que establece que la acusación popular no puede lograr que se abra el juicio oral cuando no se ejerce pretensión de condena por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

El perjudicado Luis Bárcenas Gutiérrez se había personado en la causa en calidad de acusador particular, pero con posterioridad al auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado de 26 de julio de 2016, en virtud de escrito presentado en la fecha del 14 de septiembre de 2016, solicitó que se le tuviera por desistido de la acción penal, con expresa reserva de las acciones civiles que pudieran corresponderle como perjudicado, para ejercitarlas de forma separada en el momento y procedimiento oportunos (folios 2345 y 2346, tomo V). El Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento de las actuaciones en el trámite de instrucción (folios 2008 a 2016, tomo V) y formuló calificación absolutoria, tanto en la fase intermedia de forma provisional (folios 3938 a 3941, tomo IX), como en el juicio con carácter definitivo. Sólo se cuenta, por consiguiente, con la acción penal ejercitada por las tres acusaciones populares, que se oponen al efecto interesado por las defensas.

1.1. Resolución de la cuestión previa en sentencia. Antes de entrar en el examen de la cuestión se van a hacer algunas consideraciones sobre el momento escogido por el tribunal para resolverla. Es evidente que la consecuencia de una eventual estimación de la cuestión planteada por las defensas no podría ser ya la declaración de sobreseimiento, sino la absolución, toda vez que al comienzo del plenario se optó por diferir su resolución hasta la sentencia, lo que obligó a todos los acusados a ser sometidos a juicio. En la primera sesión del juicio, el tribunal explicó oralmente los motivos que tenía para proceder de ese modo, pero no parece superfluo apuntar ahora brevemente algunas razones que hacen aconsejable esa solución, que además están estrechamente relacionadas con las particularidades de la estructura acusatoria de este juicio, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo: a) se acusa por dos delitos de naturaleza muy distinta entre sí; b) ambos delitos se encuentran en relación de concurso ideal; c) de los cuatro destinatarios de la acción penal, uno de ellos no ha sido acusado por uno de los delitos. Es importante hacer esta precisión, porque la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 782.1 LECrim está muy vinculada a la naturaleza del delito y al bien jurídico lesionado, como luego se explicará con detalle, por lo que es perfectamente posible que en un mismo procedimiento la solución pueda ser diversa para uno y otro de los delitos por los que se acusa.

En el procedimiento abreviado, la decisión sobre la apertura del juicio oral compete al instructor, de manera que, con ocasión del trámite del artículo 782 LECrim, es el órgano de instrucción el que debe valorar si permite que esa apertura obedezca exclusivamente al ejercicio de la acción penal por la acusación popular, cuando no concurre interés acusatorio en el Ministerio Fiscal ni en el perjudicado. En el caso de que el procedimiento siga adelante porque en la resolución judicial que se dicta durante la fase intermedia se rechace el sobreseimiento basado en el artículo 782.1 LECrim, no hay obstáculo para que la cuestión

pueda ser reproducida al comienzo de las sesiones del juicio oral, bien para interesar la absolución tras la celebración del juicio, bien, como aquí se ha hecho, mediante una petición de nulidad del auto de apertura de juicio oral basada en la infracción de aquel precepto.

El sentido y la finalidad del trámite de cuestiones previas del juicio oral no puede ser el de rehacer o recomponer la fase de instrucción o la fase intermedia, a instancia de alguna de las partes, cuando surja cualquier divergencia de criterio entre el órgano de instrucción y el de enjuiciamiento acerca de la interpretación de un precepto procesal que pueda revelarse decisiva en el resultado del juicio. La instructora no consideró conveniente entrar a valorar la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 782.1 LECrim al tiempo de decidir sobre la apertura de juicio oral y remitió esa operación a la fase de cuestiones previas. Esta postura de la instructora durante la etapa en que ostentaba la competencia sobre el procedimiento no se comparte, pero ello no implica necesariamente que se aprecie una infracción legal generadora de indefensión y susceptible de provocar nulidad de actuaciones, de conformidad con el artículo 240.1 LOPJ. La disparidad de criterio no justifica que el juzgador, de oficio o a instancia de parte, se arrogue una función revisora del cometido del instructor que le permita sustituir el criterio de éste por el suyo propio hasta el extremo de rehacer el trámite que compete al instructor.

Una vez que el órgano de instrucción ha decidido abrir el juicio oral, la resolución de la nulidad por el órgano de enjuiciamiento durante la fase de cuestiones previas y del modo en que pretendían las defensas (mediante auto dictado con anterioridad al inicio de la siguiente de las sesiones del juicio oral), sería factible, inocua e, incluso, conveniente cuando la solución ha de ser necesariamente igual para todos los delitos (y todos los acusados). Sin embargo, resulta potencialmente perturbadora en los supuestos en que la solución puede ser diferente según el delito (y acusado) de que se trate. Se hace notar que si por auto previo se hubiera rechazado la apertura de juicio oral por uno de los delitos pero no por el otro –es precisamente lo que aquí habría procedido, como se explicará más adelante–, en la hipótesis de que la Audiencia Provincial no compartiere el criterio del órgano de instancia sobre la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada por las defensas, el juicio oral habría quedado abocado a un indeseable desdoblamiento: una primera celebración por el delito de encubrimiento (para tres acusados, con exclusión de la persona jurídica), con un segundo juicio posterior por el delito de daños informáticos para los cuatro acusados. Las consecuencias negativas de esta duplicidad de juicios se acentúan si tenemos en cuenta que son comunes una buena parte de los hechos que integran los supuestos delitos de daños informáticos y encubrimiento, al igual que sucede con los medios de prueba. En cambio, este riesgo no concurre cuando la decisión se adopta en el trámite y por el órgano que le es propio, es decir, en la fase intermedia y por el instructor, porque en tal caso el recurso devolutivo puede ser resuelto por la Audiencia Provincial con carácter previo al comienzo del juicio oral.

Por todo ello, a sabiendas del riesgo de someter a juicio a un acusado que no debió ser juzgado, con el coste que ello conlleva, la resolución de la cuestión previa en la sentencia se apoya en razones relacionadas con la conveniencia de anticipar y evitar los efectos, negativos e irremediables, de una eventual diferencia de parecer entre el órgano *a quo* y el órgano *ad quem*. De este modo, si la Audiencia Provincial, en contra del criterio de este tribunal de

instancia, pero en coincidencia con el órgano de instrucción, estimare que debió abrirse juicio oral por todos los delitos para los que piden condena las acusaciones populares, le será posible entrar a resolver sobre los motivos de apelación concernientes al fondo de la acción penal, gracias a que el plenario ha sido celebrado en su integridad y bajo los parámetros subjetivos y objetivos establecidos en el auto de apertura de juicio oral.

1.2. Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 782 LECrim. Se analiza ahora si del artículo 782.1 LECrim cabe extraer la consecuencia absolutoria que postulan las defensas, en razón a la interpretación jurisprudencial que han invocado, no sólo respecto del delito de daños informáticos que afecta a todos los acusados, sino también en cuanto al delito de encubrimiento que conforma la petición de condena limitada a las tres personas físicas.

El artículo 782.1 LECrim establece: "*Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez*…" El artículo 125 CE dispone: "*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (…) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine…*", en términos coincidentes con el tenor del artículo 19 LOPJ. Y el artículo 101 LECrim: "*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley*."

Se comienza por hacer una síntesis del contenido y evolución de la doctrina jurisprudencial en cuestión, para después estudiar su aplicación a cada uno de los delitos objeto de acusación, que a estos efectos exigen un tratamiento individualizado:

I. En el punto de partida se sitúa la sentencia del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre (*caso Botín*). El alto tribunal, sentando el criterio a seguir acerca de los límites a imponer al ejercicio de la acción popular, confirmó el sobreseimiento libre de las actuaciones que habían solicitado el Ministerio Fiscal y la acusación particular, a pesar de que la acusación popular había interesado la apertura del juicio oral por un delito contra la Hacienda Pública.

   El soporte sobre el que se construye la doctrina se encuentra en la negación al derecho a ejercer la acción popular de la categoría de derecho fundamental, por más que se trate de un derecho reconocido en la Constitución. Explica la sentencia: "*…la Constitución de 1978 en su art. 125 elevó el derecho reconocido por el art. 101 LECr a la categoría de derecho constitucional, aunque sin otorgarle la condición de derecho fundamental y subordinando su ejercicio a las condiciones que prevea la ley que determine la forma de su ejercicio y los procesos penales en los cuales su ejercicio es admitido. (…) la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE.*"

Esta premisa enlaza directamente con el asunto de la legitimidad constitucional de la norma establecida en el artículo 782 LECrim. Los artículos 125 CE, 19 LOPJ y 101 LECrim establecen que el derecho de la acción popular es de configuración legal –como se enfatizó en el juicio por la defensa del sr. Moreno– lo que significa que "*el derecho es reconocido en tanto y en cuanto el legislador lo regule por ley en lo concerniente a la forma y a los procesos en los que cabe su ejercicio*", de tal manera que el legislador tiene facultades constitucionalmente conferidas para regular el ejercicio de la acción popular. Ello se traduce en dos consecuencias que, siguiendo la sentencia de referencia, resultan indiscutibles: "*el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar en qué procesos puede ser ejercida, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las especies de procesos, y a establecer la forma del ejercicio allí donde la acción popular sea legitimada.*"

En la construcción de la doctrina y, en particular, en orden a justificar que las excepciones al ejercicio de la acción popular no pueden comprometer principios del Estado de Derecho, la Sala 2ª reforzó su posicionamiento con argumentos de Derecho Comparado: "*si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva*."

El Tribunal Supremo impone una interpretación literal del artículo 782.1 LECrim, lo que impide la apertura del juicio oral cuando no se formula pretensión punitiva por el Ministerio Fiscal y el perjudicado, explicando que "*…es perfectamente plausible que cuando el órgano que "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas.*" Asimismo, en el concepto de acusación particular no puede entenderse englobada la acusación popular, porque, según razona, es claro que el legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el apartado 1 del artículo 782 LECrim sólo hace referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal, mientras que en el apartado 2 del mismo precepto identifica al acusador particular con los "*directamente ofendidos o perjudicados*", por lo que, por dos veces, deja de mencionar la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos.

En suma, a partir de la STS 1045/2007 se puede concluir que "*esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. LECr es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones.*"

II. La sentencia del Tribunal Supremo 54/2008, de 8 de abril (*caso Atutxa*), representa la consolidación de la doctrina jurisprudencial emanada de la STS 1045/2007, pero su aspecto más valioso radica en que la complementa, en la medida en que permite

distinguir su aplicabilidad en función de la clase de delito perseguido. Permitió desarrollar y avanzar en la misma línea de razonamiento anterior, si bien llegó a una solución diferente, basada en la singularidad existente entre el supuesto de hecho de la segunda resolución en relación con la primera. En esta segunda ocasión, se dejó sin efecto el pronunciamiento absolutorio del tribunal de instancia y se condenó por delito de desobediencia, estimando la pretensión punitiva ejercida por la acusación popular, frente a la solicitud del Ministerio Fiscal (primero de sobreseimiento y luego de absolución). Por tanto, en este caso no había acusación particular en la causa, pero no porque no se hubiera personado el perjudicado, sino por la naturaleza del delito (desobediencia), que carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular.

El afianzamiento de la doctrina jurisprudencial que proporciona la sentencia 54/2008 se traduce en una formulación en términos aún más explícitos e inequívocos, si cabe: "*satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva. (…) en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundamentadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.*"

Para justificar la diversa consecuencia que cabe extraer del hecho diferenciador entre los supuestos analizados por las sentencias 1045/2007 y 54/2008, el alto tribunal razonó que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, "*no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su*

valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal."

Como se ha avanzado, la gran aportación de esta sentencia al criterio sentado por la anterior consiste en que completa el criterio interpretativo del artículo 782.1 LECrim cuando se ventila la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales, porque es precisamente en este ámbito "…*donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público*."

III. La sentencia del Tribunal Supremo 8/2010, de 20 de enero, dio un paso más en el asentamiento del criterio interpretativo. Contemplaba un supuesto de hecho similar –en la parte que aquí nos interesa– al que había sido tratado en la sentencia dictada por la Sala 2ª en 2008. Se declaró la legitimidad de las dos acusaciones populares para solicitar la apertura del juicio oral ante la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal que había acogido el tribunal de instancia, si bien declaró posteriormente el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito. Se aclara que el delito objeto de acusación era el de desobediencia, por lo que la solución a efectos de apertura de juicio oral se adscribía a la que encontrábamos en la STS 54/2008.

La importancia de esta sentencia radica en su contribución al reforzamiento de la línea jurisprudencial que interpreta el artículo 782.1 LECrim, desarrollado en las dos que le precedieron, a cuyo contenido se remitió, dándolo por reproducido sin adiciones, no sin antes dejar claro que "*esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción*". No sólo no se apartó de la doctrina proclamada en los dos antecedentes, sino que reafirmó la compatibilidad de ambos pronunciamientos y señaló, con voluntad de síntesis: "*en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).*"

IV. El referente jurisprudencial más reciente lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo 288/2018, de 14 de junio. Aquí se llega a una absolución por delito de estafa impuesta por el mencionado criterio jurisprudencial, a pesar de que la Audiencia Provincial había condenado por dicho delito a petición, exclusivamente, de la acusación popular, bien entendido que el Ministerio Fiscal no había formulado pretensión de condena.

Esta resolución es particularmente valiosa como exponente más reciente del criterio expresado por la Sala. Lejos de introducir cambios de orientación o matizaciones que pudieran debilitarla, en un recorrido exhaustivo por cada uno de los tres precedentes, el Tribunal Supremo profundizó en sus fundamentos y vinculó motivadamente sus conclusiones a cada uno de los respectivos supuestos de hecho, lo que ha permitido dotar de mayor cohesión a la doctrina. Asimismo, su cercanía en el tiempo despeja cualquier duda que pudiere suscitarse sobre la plena vigencia actual del criterio.

La sentencia comenzó por descartar de forma categórica que se hubiera producido una flexibilización en el parecer original de la Sala marcado por la STS 1045/2007, y terminó por proporcionar criterios interesantes sobre la aplicabilidad de la doctrina en función de la naturaleza del delito y del bien jurídico comprometido; los cuales, como se verá, resultarán muy útiles cuando más adelante se aborde su proyección sobre los delitos de daños informáticos y encubrimiento. La Sala 2ª viene a explicar que lo que resulta decisivo para la solución a adoptar es la singularidad del supuesto enjuiciado. A su vez, lo esencial de éste es la clase de delito perseguido, de manera que cuando el Ministerio Público no acusa, pero sí lo hace en solitario la acusación popular, sólo para determinados delitos tiene sentido prestar atención a la postura de la acusación particular para decidir sobre la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado. Siempre y cuando, claro está, sea concebible la existencia de un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado.

Llama la atención la contundencia argumental empleada por el Tribunal Supremo en esta sentencia para justificar el criterio nacido de la STS 1045/2007 y apuntalar su postura. A propósito de esa primera sentencia –recuérdese, alusiva a un delito contra la Hacienda Pública– razona: "*…la celebración del juicio oral para reparar un daño que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado declaraban inexistente, habría implicado un retroceso en la evolución histórica que explica los fines del proceso penal. Habríamos contribuido a resucitar una concepción trasnochada del orden jurisdiccional penal, ocasionalmente convertido en un artificial y frívolo campo de batalla en el que una asociación se arroga la defensa de intereses que ni el Fiscal ni el defensor institucional del patrimonio público reputan dañados. (…) No cabe, en consecuencia, oponer a la defensa profesional del erario público una entusiasta defensa* amateur*, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado.*" Luego se volverá sobre estas consideraciones, que cobran importancia ante la posibilidad de que todas o alguna de las acusaciones populares hayan tratado de relevar al Ministerio Público en su función institucional, tratando de enmendar una postura absolutoria del fiscal que les parece censurable.

A modo de síntesis, el alto tribunal formuló su parecer del modo siguiente: "*…cuando el Ministerio Fiscal y el defensor del patrimonio –privado o público– menoscabado por el delito interesan el sobreseimiento de la causa, el Juez debe acordarlo. Así lo impone el art. 782.1 de la LECrim, en congruente mandato con la cobertura constitucional de la acción popular –que admite limitaciones legales a su ejercicio– y con el actual estado*

del proceso penal, entre cuyos fines no se encuentra la simple persecución de un hecho que ni el Fiscal ni la acusación particular consideran delictivo."

1.3. Efecto de la doctrina en la acusación por daños informáticos. Una vez definido el escenario jurisprudencial, se van a analizar sus consecuencias para los acusados en función de cada delito objeto de acusación. En lo que atañe, en primer lugar, al de daños informáticos del artículo 264 CP (tanto en la redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, como de la LO 1/2015, de 30 de marzo), es obvio que se trata de un delito de naturaleza patrimonial. Sistemáticamente, viene ubicado en el Capítulo IX del Título XIII del Código Penal: delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico. Para esta clase de delitos es perfectamente concebible la existencia de un perjudicado; es más, está bien identificado en este procedimiento: Luis Bárcenas Gutiérrez, como propietario de los supuestos datos, documentos, archivos o ficheros en soporte informático que fueron borrados o eliminados a resultas de la conducta de los acusados.

Como quiera que el Ministerio Fiscal no formuló acusación y el sr. Bárcenas, mediante escrito presentado el 14 de septiembre de 2016, se apartó de la condición de parte del procedimiento y desistió de ejercer la acción penal, es innegable que el artículo 782.1 LECrim, interpretado de conformidad con la doctrina jurisprudencial que emana de la STS 1045/2007, impedía que el juzgado de instrucción pudiera declarar abierto el juicio oral a petición de las tres acusaciones populares; como hizo, sin embargo, mediante auto de 30 de noviembre de 2017 (folios 3895 a 3901, tomo IX). Se discrepa de las razones explicadas en el fundamento cuarto de dicha resolución, que llevaron a la instructora a rechazar la solicitud que habían formulado los acusados Carmen Navarro y Partido Popular el 28 de septiembre de 2016 (folios 3209 a 3216, tomo VII), reproducida el 23 de noviembre de 2017 (folios 3882 a 3890, tomo IX), a la que se adhirió el acusado José Manuel Moreno el posterior 27 de noviembre (folio 3891, tomo IX). Entre otros motivos asociados a las consecuencias del explícito criterio del Tribunal Supremo, no se comparte porque remitió al trámite de cuestiones previas del juicio oral (artículo 786.2 LECrim) la resolución de la solicitud que le había sido planteada, a pesar de que la mencionada jurisprudencia interpretativa del artículo 782.1 LECrim –la instructora no alude a este precepto– impone la denegación de la apertura de juicio oral por el órgano de instrucción y en el ámbito de la fase intermedia.

El efecto de la aplicación de la doctrina jurisprudencial es, por el carácter vinculante de ésta, ineludible para este órgano judicial, como también lo era en su día para el órgano de instrucción. Esa consecuencia no puede verse afectada en modo alguno por la circunstancia de que el juicio alcance una enorme dimensión pública o despierte una desmesurada atención social debido a que uno de los acusados sea un partido político, como se dio a entender por las acusaciones populares. Por más que pueda defenderse la afectación a un interés colectivo conectado con la repercusión que puede tener la condición de acusado del Partido Popular, con la consiguiente expectativa de condena, estas razones no deben apartarnos de un planteamiento esencial que subyace en la doctrina examinada: el interés que actúa como condicionante, bien de la exclusión, bien de la entrada en juego de limitaciones al ejercicio de la acción popular, no puede supeditarse a cualesquiera cualidades o condiciones particulares del destinatario de la misma, sino que se identifica, exclusivamente, con el bien jurídico del que es titular el perjudicado por el delito perseguido.

En la doctrina jurisprudencial que se viene desarrollando también está presente la idea de evitar que la defensa penal de los intereses particulares (incluidos los intereses patrimoniales del Estado) se pretenda desplazar o delegar desde el perjudicado directo hasta "*…cualquier ciudadano que quiera suplir lo que interpreta como censurable inacción de los poderes públicos*" (STS 288/2018, de 14 de junio). Como antes se ha anticipado, es posible que esa noción de pasividad institucional inspirara la posición de alguna de las acusaciones populares; en este sentido, no pasó desapercibida la dureza con la que se empleó en el juicio la defensa de DESC hacia la representante del Ministerio Fiscal por su posicionamiento absolutorio. Sea como fuere, la percepción que tenga cualquier acusación popular, tanto sobre la justificación y alcance de sus propias facultades para formular la pretensión punitiva, como acerca del modo en que el Ministerio Fiscal cumple con su cometido constitucional, no puede sobreponerse a los precisos límites impuestos por el Tribunal Supremo. De nuevo en palabras de la sentencia 288/2018, "*esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.*"

Las acusaciones plantearon diversas objeciones a la aplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial que parte de la STS 1045/2007:

A. El derecho a la acción popular es un derecho fundamental, por lo que debe interpretarse restrictivamente cualquier aspiración limitativa de su ejercicio. No puede compartirse. La problemática asociada a la categoría del derecho ya ha sido resuelta y explicada con amplitud por el Tribunal Supremo en su sentencia 1045/2007, en cuanto niega que se trate de un derecho fundamental y lo considera como un derecho de reconocimiento constitucional y configuración legal. Se hace remisión a las razones ya expuestas en el apartado 1.2.I de este fundamento.

B. La redacción del artículo 264 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, vigente al tiempo de los hechos, establecía una agravación específica en su apartado 3 para los supuestos en que la conducta de borrado o deterioro hubiera "*…afectado a los intereses generales*." La acusación Izquierda Unida–Los Verdes entiende que es apreciable, debido a que aquí la condición de perjudicado es predicable respecto del conjunto de la sociedad (sobrepasando a Luis Bárcenas como titular de los archivos borrados), lo que a su vez impediría la aplicación de la doctrina jurisprudencial que se examina. Se disiente del argumento, porque parte de una confusión entre, de un lado, la acepción patrimonial del concepto *interés* contemplada en el precepto y, de otro, el *interés* como tendencia o inclinación a conocer (desprovisto de carga patrimonial y, por tanto, ajeno al tipo). Por "*intereses generales*" se alude a la magnitud o extensión del daño, pero siempre dentro de una dimensión económica, de manera que no concurre el elemento del tipo por el hecho de que haya un interés social en conocer el contenido de los archivos o en que

trascienda públicamente, por sus implicaciones políticas y/o penales. Expresado de otra forma: el tipo agravado no exige que concite interés social o público el contenido del archivo borrado o la acción de eliminarlo; lo que requiere es que su borrado cause perjuicio a una generalidad de afectados. Repárese en que la expresión "*intereses generales*" se sitúa junto a "*daños de especial gravedad*", así como que dicho apartado permite imponer una pena de multa a calcular en función del "*perjuicio ocasionado*". En sintonía con este parecer, la fórmula agravatoria quedó sustituida en la reforma operada por la LO 1/2015 por: "*Haya (..) afectado a un número elevado de sistemas informáticos*".

C. La sentencia dictada el 13 de junio de 2017 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la demanda 41427/14 promovida contra la STS 54/2008, de 8 de abril. Se discrepa de las implicaciones que se le atribuyen. La resolución del tribunal con sede en Estrasburgo dejó intacta la doctrina que aquí se está aplicando. El TEDH, sin cuestionar las razones de fondo de la condena por delito (desobediencia), consideró que el tribunal nacional, antes de dictar sentencia condenatoria, debería haber oído al acusado en el trámite de casación por haber sido absuelto en instancia, por lo que esa decisión se fundó en una violación del artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso con inmediación, publicidad y contradicción); o lo que es igual, se basó en motivos relacionados con el derecho de defensa del acusado que no guardaban relación alguna con los efectos de la doctrina jurisprudencial en materia de limitaciones al ejercicio de la acusación popular. De hecho, como antes se explicó, el alto tribunal español había estimado que esa doctrina no tenía aplicación en ese supuesto por la naturaleza del delito. Es más, con posterioridad a esa sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo reafirmó de nuevo su parecer en la sentencia 288/2018, ya comentada (apartado 1.2.IV de este fundamento).

D. Si la doctrina jurisprudencial no es aplicable al delito de encubrimiento, tampoco lo es al delito de daños informáticos, por encontrarse ambas infracciones en relación de concurso ideal. Este argumento tampoco es asumible, porque anticipa indebidamente los efectos del concurso de delitos, limitados a moderar la punición en los términos regulados en el artículo 77.2 CP, lo cual presupone una condena. El tratamiento punitivo del delito no es anterior o simultáneo al examen de la concurrencia de los requisitos de procedibilidad o de las condiciones exigidas para el enjuiciamiento. Antes al contrario, éstos son presupuesto de la condena y, por ende, de la aplicación de las reglas para la aplicación de las penas. En el supuesto de que una misma acción pueda ser constitutiva de dos delitos porque vulnera dos bienes jurídicos autónomos, pero uno de los delitos no pueda ser objeto del juicio por falta de acusación (precisamente por la naturaleza del bien jurídico lesionado), no llegarían a entrar en juego las reglas concursales determinantes del régimen punitivo de la figura. En palabras de la SAP de Madrid (Sección 23ª) 74/2018, de 30 de enero: "*…a efectos penológicos no estamos ya ante un concurso ideal del art. 77.1 y 2 CP vigente, porque una de las infracciones que formaban el concurso no es punible.*"

E. La presencia de votos particulares. Se discrepa categóricamente de este argumento. Es cierto, como se alega, que han sido emitidos votos particulares en las cuatro sentencias

del Tribunal Supremo que conforman la doctrina, pero a este respecto se considera suficiente con recordar que no es aceptable una línea de razonamiento que debilite el valor de una resolución del Tribunal Supremo por el hecho de que incorpore votos particulares con el criterio de la mayoría. En este mismo sentido se pronuncia la STS 288/2018, de 14 de junio.

La consecuencia de cuanto se ha expuesto en este apartado no puede ser ya la declaración de nulidad del auto de apertura de juicio oral. Al haber sido celebrado el juicio y resuelta la cuestión en sentencia, no procede sino la absolución de todos los acusados por el delito de daños informáticos. Es la misma solución adoptada por la Sala 2ª en la sentencia 288/2018 respecto del delito de estafa por el que habían sido condenados los acusados en aquel supuesto.

1.4. Efecto de la doctrina en la acusación por encubrimiento. En segundo lugar, se abordan las posibles repercusiones que puede tener la doctrina jurisprudencial expuesta sobre la acusación por el delito de encubrimiento del artículo 451 CP, que afecta a los tres acusados personas físicas. Las defensas de la sra. Navarro y de los sres. Durán y Moreno sostienen que la interpretación jurisprudencial del artículo 782.1 LECrim que emana de la STS 1045/2007 también es aplicable a este delito, dado que, según alegan (en síntesis), en los procedimientos en que se ejercitan acciones por encubrimiento se admiten personaciones de perjudicados en la condición de acusación particular y, además, el sujeto pasivo puede no estar identificado, pero es identificable. El Ministerio Fiscal defiende la absolución de los acusados por la aplicación de dicha doctrina, pero limitada al delito de daños informáticos, no al de encubrimiento –su petición de absolución por este delito se funda en otros motivos–, para el cual debe admitirse que ejerciten la acción penal en solitario las acusaciones populares porque no existe un interés particular.

Se discrepa de la postura de las defensas. Por encima de la obviedad de que la naturaleza de los delitos de daños informáticos y encubrimiento es muy diferente, lo relevante es que esa diversidad tiene consecuencias opuestas a los efectos que nos ocupan. A diferencia del delito del artículo 264 CP, en el que se tutela penalmente el patrimonio del titular de los elementos informáticos dañados o destruidos, por lo que el interés afectado es, por definición, susceptible de identificación, en el delito del artículo 451 CP, que forma parte del Capítulo III del Título XX del Código Penal (delitos contra la Administración de Justicia), el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en la persecución de ilícitos penales, de manera que su titularidad tiene una clara dimensión estatal y, por consiguiente, no puede ser asociado a un interés particular.

Las defensas que postulan lo contrario invocan la existencia de precedentes de admisión judicial de la personación de acusaciones particulares en procedimientos que versan sobre un delito de encubrimiento. No se pone en duda que en la casuística jurisprudencial puedan encontrarse semejantes ejemplos, pero esta realidad no puede ser esgrimida para la asimilación que se pretende. El motivo de ello se remonta a la distinción entre dos conceptos legales: el de *ofendido* o *agraviado* frente al de *perjudicado*. Usualmente, tiende a equipararse su significado y se utilizan indistintamente, pero ello se debe a que en la mayoría de las ocasiones el empleo de uno u otro es indiferente porque conceptualmente se solapan

en parte. Sin embargo, en rigor, agraviado no es lo mismo que perjudicado. El primero es quien sufre directamente el daño causado con el delito y es titular del bien jurídico protegido, mientras que el segundo alude a la persona que sufre los efectos perjudiciales del delito sin tener, necesariamente, la cualidad de sujeto pasivo del mismo. Simplificando la distinción, el primer concepto es más restringido, porque todos los agraviados u ofendidos son perjudicados, pero no todos los perjudicados son también agraviados, lo que sirve para ilustrar que ambos términos sean, en buena medida pero no siempre, intercambiables. En términos similares, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª) 716/2018, de 11 de julio, cuando distingue entre *víctima* y *perjudicado*.

La distinción se recoge muy expresivamente, entre otras, en la STS 724/2015, de 17 de noviembre: "*...tanto a los ofendidos como a* los *perjudicados directa y personalmente por la acción material del delito como, en su caso, a los no ofendidos pero sí perjudicados por el hecho punible, debe instruírseles según proceda, de la posibilidad de ser parte en el proceso conforme al art. 109 LECrim, siendo a todos ellos (tanto a los ofendidos y perjudicados como a los perjudicados no ofendidos) a los que se refiere el art. 110 LECrim, cuando fija el momento preclusivo en que pueden constituirse como parte y cuando define cual puede ser el contenido de su actuación en el proceso, según que decidan ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o sólo unas y otras.*"

Como se ha dicho, la distinción es generalmente intrascendente, pero cobra importancia en ámbitos muy concretos. Por ejemplo, es crucial al valorar si, para los delitos societarios, se ha cumplido o no el requisito de perseguibilidad que impone el artículo 296.1 CP. Pero también tiene gran interés para resolver el problema que aquí se plantea, esto es, a la hora de determinar si un delito protege intereses particulares concretos o bien intereses o bienes jurídicos colectivos, metaindividuales o difusos, porque en este segundo supuesto –en palabras del Tribunal Supremo– la defensa de esos intereses no puede ser monopolizada por el Ministerio Fiscal.

Para poder identificar al perjudicado, entendido en su sentido amplio, es decir, como aquél que ha soportado de manera efectiva los perjuicios, debe atenderse a las características del supuesto de hecho y no a la naturaleza del delito. Si únicamente manejamos esta acepción general, es perfectamente concebible un perjudicado por un delito de encubrimiento, como sostienen las defensas, sobre todo en función del tipo de delito encubierto (por ejemplo, quienes, como familiares de la víctima, soportan daños morales irrogados por el encubrimiento de un homicidio). En efecto, ocasionalmente y de forma parcial, el delito de encubrimiento y el delito encubierto pueden compartir el mismo bien jurídico. A ello se refiere la SAP de Madrid (Sección 15ª) 166/2017, de 13 de marzo, cuando dice que el encubrimiento afecta a la Administración de Justicia, en su función de averiguación y persecución de los delitos, "*sin perjuicio que con su punición se pretenda evitar también aumentar la lesividad a los bienes jurídicos ya lesionados por el delito de referencia.*" Ahora bien, en orden a establecer si es aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 782.1 LECrim, el concepto que nos interesa es el de agraviado: el perjudicado que, además, es el sujeto pasivo del delito que sufre directamente las consecuencias de la acción típica; o lo que es igual, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Y para esta acepción sólo debe prestarse atención a la naturaleza del delito. Así lo explica el Tribunal Supremo en su

sentencia 288/2018: "*Es, por tanto, una exigencia conceptual, ligada a la naturaleza del delito investigado, la que impide la presencia de un perjudicado directo que, invocando su voluntad de mostrarse parte, pueda asumir el ejercicio de la acusación particular.*"

En la problemática que estamos tratando, el delito del artículo 451 CP es comparable al delito de desobediencia que integraba los supuestos enjuiciados en las SSTS 54/2008, de 8 de abril y 8/2010, de 20 de enero; en ambas, el alto tribunal convalidó la apertura de juicio oral a solicitud exclusiva de las acusaciones populares. Igualmente, el delito de encubrimiento no admite, por definición, un perjudicado particular –se insiste, como sujeto pasivo o titular del bien jurídico– que pueda monopolizar las consecuencias negativas que haya deparado la comisión del ilícito penal, por lo que queda a salvo de las limitaciones al ejercicio de la acción popular que resultan de la interpretación jurisprudencial del artículo 782.1 LECrim. Como razonaba la STS 288/2018 para el supuesto asimilable: "*…admitir la posibilidad de que, mediando una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma enriquecido de una asociación, permite reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto del proceso.*"

1.5. Conclusión. Se impone la absolución para los cuatro acusados por el delito de daños informáticos. En cambio, se admite la legitimación de las acusaciones populares para el ejercicio de la acción penal por el delito de encubrimiento, dirigida sólo contra los tres acusados personas físicas. Siendo así, el objeto del juicio y de esta sentencia debería quedar limitado a la acusación por el delito de encubrimiento. Sin embargo, aun habiéndose estimado parcialmente la cuestión previa planteada por las defensas, se va a entrar en valoración y resolución de todos los elementos que integran la acción penal ejercitada, por los dos delitos y para los cuatro acusados, por razones similares a las apuntadas en el último párrafo del apartado 1.1 acerca de la conveniencia de resolver la cuestión previa en la sentencia. El objetivo de ello es, una vez más, permitir que la Audiencia Provincial, en la hipótesis de que no comparta la estimación por este juzgado de la cuestión previa para el delito de daños informáticos, pueda entrar a resolver la totalidad de la pretensión de condena en grado de apelación, sin necesidad de que se dicte nueva sentencia en instancia sobre el delito del artículo 264 CP.

SEGUNDO.-*Responsabilidad penal de la persona jurídica.* De conformidad con el artículo 31 bis.1 CP, en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que estaba vigente en la época de los hechos enjuiciados, "*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso."

2.1. Naturaleza y requisitos. Como ha recordado recientemente la sentencia del Tribunal Supremo 234/2019, de 8 de mayo, las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedaron resueltas por la doctrina jurisprudencial de la que es exponente, entre otras, la STS 221/2016, de 16 de marzo. A partir de la LO 5/2010 y, de forma aún más incuestionable, desde la LO 1/2015, 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 y empleados, de los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica. Se justifica en el principio de auto-responsabilidad y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia. La sentencia citada lo proclama con singular claridad, en los siguientes términos: "*Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero (…) el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. (…) desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (…) el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP (…) 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.*"

La persona jurídica no es responsable de todos y cada uno de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de la misma, o en el ejercicio de actividades sociales y en su provecho (o en su beneficio directo o indirecto, en la terminología legal vigente) por las personas físicas a las que se refiere el artículo 31 bis CP. Para que sea responsable, además tiene que haber incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso. Aún más, el incumplimiento de esos deberes debe ser grave. "*Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos*" (STS 221/2016, de 16 de marzo).

Esta exigencia típica ha sido interpretada por la STS 154/2016, de 29 de febrero, antes citada: "*...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre 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.*

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 pár. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una

cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica."

2.2. Carga de la prueba de la conducta omisiva. La comisión del delito por la persona jurídica implica que ésta no ejerció el debido control sobre la persona física que realizó los hechos penalmente relevantes, o bien, según la definición del tipo que siguió a la LO 1/2015, que incumplió los deberes de supervisión, vigilancia y control. Es claro entonces que la conducta tiene un componente marcadamente omisivo. A pesar de ello, la carga de la prueba no se desplaza hacia la persona jurídica. Al igual que para el acusado persona física, sigue siendo la parte acusadora la que ha de probar la falta de implantación de mecanismos de control en la entidad o, de existir éstos, su ineficacia o su elusión. Lo explica especialmente bien la STS 154/2016, 29 de febrero: "*…en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "*cultura de cumplimiento*" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal (…) Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad (…) no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica.…*"

2.3. Modificación fáctica en la calificación acusatoria definitiva. Con ocasión del trámite de conclusiones definitivas, la acusación Izquierda Unida–Los Verdes aportó una nota escrita que resumía su intervención oral, con el objeto de facilitar la labor del tribunal (al igual que hicieron la acusación DESC y las defensas del sr. Moreno y del Partido Popular). Los letrados que presentaron la nota advirtieron de que en ella, entre otras adiciones, se introducía un nuevo párrafo de hechos relativo a la responsabilidad del Partido Popular como persona jurídica. Se aprecia en su inciso final, cuando alude a que el partido "*…asume la destrucción de los discos duros del Sr. Bárcenas, justificándola en la aplicación de un "protocolo" cuya existencia desconocen incluso aquellos que debían aplicarlo y que no es adecuado para prevenir la comisión del hecho, sino todo lo contrario. En definitiva, el Partido Popular no había adoptado –ni, por tanto, podía ejecutar– en el año 2013, medidas de control adecuadas, específicas y eficaces para evitar la comisión de delitos por quienes integraban su organización.*"

La defensa del Partido Popular adujo que esa introducción de hechos al término del juicio resultaba extemporánea y le causaba indefensión. Esta alegación debe ser enlazada con la cuestión previa que la propia defensa ya había puesto de manifiesto al inicio del plenario, cuando interesó la nulidad de la apertura del juicio oral porque los escritos de acusación, vulnerando el artículo 650 LECrim, no habían especificado los hechos punibles, ni determinado debidamente el concreto título de imputación del artículo 31 bis.1 CP en el que

se sostenía la responsabilidad penal atribuida al partido, lo que le impedía conocer de qué debía defenderse. Es posible que la adición que hizo esa parte acusadora fuera una reacción frente a aquella reclamación de la defensa. La cuestión previa había sido rechazada oralmente, por considerar que no genera indefensión cualquier desviación del artículo 650 LECrim. De hecho, como se dijo en su día, son tan recurrentes como inocuas las que se detectan en la práctica forense cotidiana, como por ejemplo –aquí se da el caso–, la de entrelazar hechos con alegaciones (en el apartado 1º del artículo 650 LECrim), a pesar de que el precepto impone que el escrito "*se limitará*" al contenido que enumera. Antes al contrario, pueden llegar a reforzar el planteamiento de la defensa, porque es inviable la condena si la acusación no ha identificado todos los hechos punibles que, previa acreditación, son acomodables al tipo penal. Más adelante se matizará esta consideración mediante el desarrollo del criterio jurisprudencial imperante.

Se va a analizar si los hechos que incluyó Izquierda Unida–Los Verdes en la fase final del juicio oral sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica pudieron ser sometidos a la valoración de la prueba junto con el resto de hechos, o bien, por el contrario, suponían una inaceptable ampliación del componente fáctico del objeto del juicio en un momento en el que ya no era posible hacerla sin causar indefensión.

Antes conviene dejar claro que, para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica, no es suficiente con la prueba de los hechos punibles que ha realizado una persona física integrada en la estructura de aquélla y bajo su dependencia –como puede bastar, por ejemplo, para la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica (artículo 120.4º CP)– porque, por amplio que sea el solapamiento de hechos, la pena impuesta a la persona jurídica únicamente puede apoyarse en la previa declaración como probado de un *hecho delictivo propio*. Nuestro sistema no acoge fórmulas de responsabilidad objetiva en las que, por un mero automatismo, el hecho de uno se transfiere a la responsabilidad del otro. Lo razona de este modo la STS 221/2016, de 16 de marzo: "*La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad*."

La jurisprudencia viene entendiendo que, dentro de ciertos límites, son admisibles las modificaciones que realiza la acusación en el trámite de conclusiones definitivas en relación con el objeto del juicio delimitado en el momento de su inicio. En el aspecto fáctico, la configuración de este objeto comienza con el auto de transformación en procedimiento abreviado (o auto de procesamiento, para el procedimiento ordinario). Esta determinación inicial por el órgano de instrucción condiciona la posterior labor de definición por las partes acusadoras, al tiempo de la calificación provisional. Para que esas modificaciones sean tolerables en un momento tan sensible para el derecho de defensa como el de conclusiones del juicio oral deben darse dos requisitos: a) que los hechos nuevos o distintos estén

conectados con los que hasta entonces conformaban el objeto del juicio; b) que se respete la *identidad esencial* de los hechos enjuiciados.

Lo explica la STS 166/2014, de 28 de febrero, que ha sintetizado la doctrina sobre el particular: "*Las acusaciones en el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa (…) pueden extender, con ciertos límites, la acusación a hechos distintos pero conectados (…) si se trata de hechos investigados, objeto del proceso y no excluidos del mismo, no hay obstáculo para alteraciones de esa índole (…) En principio, las partes gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones las alteraciones que estimen convenientes (…) No caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral.*" En esta misma línea, la SAP de Madrid 416/2018 (Sección 27ª), de 12 de junio. Y como dice gráficamente la STS 1185/2004, de 22 de octubre, "*Lo básico (…) es que los hechos nuevos se hayan debatido en el juicio convenientemente y sin sorpresas. Si es así, nada impide su introducción en las conclusiones definitivas.*"

Desde este prisma jurisprudencial, no se ha producido una alteración esencial de hechos en relación con los fueron investigados durante la instrucción, ni con los que posteriormente se integraron en la fase intermedia por una de las partes acusadoras:

a) En el auto de transformación en procedimiento abreviado de 26 de julio de 2016 (folios 2019 a 2027, tomo V), confirmado por el auto de 3 de noviembre de 2017 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial (folios 3853 a 3880, tomo IX), no se incluía en el relato de hechos indiciarios (hecho séptimo) ninguna mención a la adopción o no por el Partido Popular de medidas de control. Sin embargo, el fundamento primero no podía ser más explícito: "*La participación indiciaria en el delito de daños informáticos viene determinada, en esencia, de la siguiente manera: (…) y el Partido Popular por no haber establecido un modelo de organización y gestión adecuado para impedir la comisión de este delito, toda vez que todavía en fechas actuales no existe un inventario de los elementos informáticos existentes en su sede (…) no existe un Protocolo interno de seguridad (…) en definitiva, todo ello permitió que personas de su organización cometiesen el delito descrito.*"

b) En el apartado de hechos del escrito de acusación de ADADE (folios 2492 a 2522) se recogía: "*No conviene olvidar la actuación del Partido Popular en los hechos que nos ocupan, su inacción a la hora de establecer métodos organizativos que ayudaran a la gestión adecuada de los medios informáticos, lo que propiciaba la posibilidad de comisión de delitos como los que aquí nos ocupan, en tanto no existía ni existe un inventario de elementos informáticos (…) y careciendo de protocolo interno de seguridad (…) en fin, todo este desajuste organizativo ha propiciado la comisión de los delitos ante los que nos encontramos.*" Es cierto que en este escrito de calificación provisional no se añadió una mención expresa al artículo 31 bis.1 CP en el apartado correspondiente a la calificación jurídica (a diferencia de los escritos presentados por las otras dos acusaciones), pero es manifiesto que esa omisión no debe entenderse más que

como un simple lapsus y, además, fue convenientemente subsanada por el letrado de ADEDE en las conclusiones definitivas.

c) En el relato fáctico del escrito de acusación de DESC se incluyó lo siguiente: "*El Partido Popular no tenía un modelo de seguridad, gestión y organización adecuado para impedir la entrada por la fuerza en el despacho del exempleado Luis Bárcenas; tampoco tenía un modelo de control sobre los enseres y efectos propios, dado que se funcionaba con la presunción de "todo lo que había dentro de la sede pertenecía al PP". Tampoco existía un protocolo conocido por todos los empleados y usuarios para la eliminación de archivos una vez terminara la relación laboral.*"

Si bien Izquierda Unida–Los Verdes añadió tardíamente hechos que podían ser nuevos en relación con su propia acusación inicial, ni eran tales en el esquema acusatorio considerado en su conjunto ni, desde luego, se traducían en una alteración esencial del objeto de enjuiciamiento. Tanto la resolución del juzgado de instrucción como los escritos de acusación de ADADE y DESC salvaguardan el respeto del principio acusatorio, proporcionan soporte suficiente a la solicitud de condena para la persona jurídica en todos los elementos típicos exigidos por el artículo 31.bis.1 CP y evitan el riesgo de indefensión para el Partido Popular, que tuvo oportunidad de conocer de qué se le acusaba y por qué motivo. No en vano, propuso medios de prueba acerca de las medidas de supervisión o control y aportó el documento de seguridad a que se refiere el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, así como el protocolo interno de borrado seguro. A consecuencia de todo ello, los testigos y peritos fueron interrogados en el juicio por todos esos extremos, quedando así garantizada su inserción en la fase probatoria con la debida contradicción.

TERCERO.- *Daños informáticos. Elementos del tipo. Doctrina jurisprudencial*. El delito de daños informáticos, en su modalidad de borrado o destrucción de datos, se encuentra tipificado en el artículo 264 CP. En la redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, que estaba vigente en la época de los hechos sometidos a juicio, se tipificaba del modo siguiente:

1. "*El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*
2. *(…)*
3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
   1. º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.
   2. º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.
4. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:*
   a) Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.

c) *Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*"

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la conducta del artículo 264.1 CP se recoge en el mismo precepto, pero la realizada por una persona jurídica, que estaba tipificada en el artículo 264.4 CP, ha pasado a incluirse en el artículo 264 quater CP. Al haberse traducido la reforma en una agravación de las penas, resulta aplicable la redacción con vigencia coetánea a la época de los hechos.

3.1. Normativa europea. Como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 23/2017, de 10 de enero, con el precepto que acaba de ser transcrito se dio trasposición a la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Esta Decisión Marco fue incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que dio lugar a la tipificación específica en el artículo 264 CP de los delitos de daños informáticos, para los cuales, siguiendo las directrices de dicha norma europea, también se contempló la posibilidad de extender la responsabilidad penal por tales hechos a las personas jurídicas cuando concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis CP, estableciendo en el apartado 4 del artículo 264 CP las sanciones imponibles en esos supuestos (actualmente, el vigente artículo 264 quater CP).

La citada Decisión Marco fue sustituida por la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que ya debe conectarse con la redacción vigente de los artículos 264 a 264 quater CP, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo (posterior a los hechos enjuiciados). Toma como punto de partida para la definición de los tipos penales los artículos 2 a 6 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (también conocido como Convenio de Budapest), aprobado por el Consejo de Europa en el año 2001 y ratificado por España en instrumento publicado en el BOE el 17 de septiembre de 2010. En este sentido, el AAP Valencia (Sección 2ª) 716/2018, de 11 de julio.

En lo que concierne a la concreta conducta que nos ocupa, el artículo 5 de la Directiva 2013/40/UE establece: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad.*" Por su importancia para la valoración del elemento subjetivo del delito en el presente juicio, se recoge aquí el Considerando 17: "*La presente Directiva no establece responsabilidades penales cuando se cumplen los criterios objetivos de las infracciones enumeradas en la misma pero los actos se cometen sin propósito delictivo.*" A continuación, cita una serie de ejemplos, entre los que se incluyen los supuestos "*…de intervención autorizada o de protección de los sistemas de información…*"

La normativa europea incluye un artículo 10 en materia de responsabilidad de las personas jurídicas: "*1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que*

las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 8 cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) el poder de representación de dicha persona jurídica, o b) la capacidad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) la capacidad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de alguna de las personas a que se refiere el apartado 1 haya permitido que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 8 en beneficio de esa persona jurídica."

Por último, la Directiva también tiene utilidad para la interpretación del concepto de *datos informáticos* que es objeto del borrado tipificado en el artículo 264 CP. Según el artículo 2 de la Directiva, debe entenderse por datos informáticos "*toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función*".

3.2. Exigencia de gravedad. Se destaca que debe ser grave, tanto la acción, como el resultado causado por medio de las conductas descritas en el artículo 264.1 CP. La misma exigencia de gravedad se contiene hoy en el vigente artículo 264 CP, tras la reforma de la LO 1/2015. Así lo entendió también la SAP de Madrid (Sección 5ª) 87/2015, de 23 de octubre: "*…atendido el número apertus de la acción típica prevista en la redacción vigente al tiempo de los hechos como evidencia la expresión legal: "o de cualquier otro modo dañe" y atendido que tras su derogación se ha venido en exigir la condición de grave tanto para la acción como para el resultado producido…*"

Surge así un problema de interpretación sobre el concepto de *resultado grave*, ya que el legislador no proporciona criterios que permitan aclararlo. En todo caso, parece claro que el resultado grave no se identifica con una valoración superior a 400 euros, al modo de la distinción cuantitativa entre delito menos grave y delito leve, toda vez que no existe una tipificación de esta figura penal como delito leve. En esta línea, explica la SAP de Madrid (Sección 6ª) 345/2013, de 3 de junio: "*En efecto, la frontera de los 400 euros establecida para diferenciar el delito de la falta de daños (art. 263 del Código Penal), no resulta de aplicación al delito de daños informáticos, recogido en el segundo número del art. 264 del Código Penal. El delito que ahora examinamos fue introducido por virtud de la Ley Orgánica 10/95, que, como se pone de manifiesto en la SAP de Valencia de 10 de Junio de 2011, amplía su ámbito, de un lado dándole carta de naturaleza propia al dejar de contemplarlo junto a las circunstancias cualificadoras de los daños, dotándole de autonomía sistemática, y de otro lado, recogiendo incluso un elenco de conductas más amplio, para solventar así todo debate en relación a su alcance, a que manipulaciones debían valorarse, pasando a contemplar prácticamente cualquier injerencia en un programa ajeno, con tal de que esta pueda tacharse de grave, ya que en su número primero, como elenco de conductas punibles alude a: borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o*

hacer inaccesibles datos, programas o documentos (…), conductas todas éstas que no dejan de ser exponente de un funcionamiento anómalo de un sistema informático y, por extensión, de un determinado terminal, por consecuencia de una conducta voluntaria y deliberada de un tercero (…) por lo que se trata de un delito con sustantividad propia."

En la interpretación del precepto, la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de sugerir una serie de parámetros útiles para la valoración de la exigencia típica de gravedad: "*El resultado grave de los daños causados en los datos informáticos deberá ser estimado caso por caso atendiendo a criterios que permitan apreciar esa gravedad, criterios como puede ser la posibilidad o no de recuperar los datos informáticos, la pérdida definitiva de los mismos o la posibilidad de recuperación y, en este último caso, el coste económico de la reparación del daño causado, la complejidad técnica de los trabajos de recuperación, la duración de las tareas de recuperación, el valor del perjuicio causado al titular de los datos, bien como lucro cesante o como daño emergente*" (SAP de Madrid (Sección 23ª) 23/2017, de 10 de enero).

Para que pueda apreciarse gravedad en el resultado producido a consecuencia del borrado de los datos informáticos, es necesario que los archivos o la información contenida en los mismos no pueda ser recuperada, es decir, que el borrado sea irreversible y no existan copias de seguridad. En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección 2ª) 370/2015, de 11 de mayo: "*…gravedad que no puede predicarse de las consecuencias dañinas de la conducta de la acusada ni patrimonial (atendida la cuantía patrimonial del daño causado) ni desde cualquier otra perspectiva susceptible de dotarla de mayor gravedad habida cuenta que no existieron problemas relevantes para recuperar toda la información informática borrada…*"

CUARTO.- <u>*Encubrimiento. Elementos del tipo. Doctrina jurisprudencial*</u>. En el artículo 451 se define el tipo del injusto que castiga a "*…el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

(…) 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. (…)"

En cuanto a su naturaleza jurídica, es sabido que el delito de encubrimiento no constituye una forma degradada de participación delictiva, porque no puede hablarse de participación en lo ya acabado. Superando antiguas concepciones, se configura en el vigente Código Penal como delito autónomo, al tipificar una actividad postdelictiva de carácter complementario, que no se dirige a ocultar el delito o a procurar su impunidad, sino a conseguir para el autor el logro o el aseguramiento de la finalidad que persigue. Recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) 166/2017, de 13 de marzo, siguiendo una reiterada jurisprudencia, que "*el encubrimiento es un delito de referencia, en cuanto su punición viene condicionada por la existencia al menos de un hecho típico y antijurídico e igualmente limitada por la gravedad de la punición del delito encubierto.*"

El artículo 451 CP recoge tres clases de encubrimiento en sus respectivos apartados: 1º- auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del delito cometido (auxilio

complementario); 2º- tratar de que el delito no sea descubierto (favorecimiento real); y 3º- pretender que los autores eludan las consecuencias penales de su conducta (favorecimiento personal). La forma de encubrimiento a la que las partes acusadoras reconducen el encaje típico de los hechos enjuiciados es la segunda de las anteriores: el favorecimiento real del apartado 2º del artículo 451 CP.

Las tres modalidades de encubrimiento comparten los mismos elementos del tipo, si bien en el favorecimiento real se dan algunas especialidades con respecto al favorecimiento personal:

A. La comisión previa de un delito. El delito encubierto y el de encubrimiento pueden ser juzgados en causas distintas. Ni siquiera es imprescindible que el primero ya haya sido sometido a enjuiciamiento con anterioridad.

   Sobre la conexión procedimental entre ambos delitos, dice la STS 214/2005, de 22 de febrero: "*No se excluye que pueda enjuiciarse un delito de encubrimiento, sin juzgar a los autores principales (v.g. por rebeldía), en cuyo caso es factible que el Tribunal exprese una calificación del hecho principal, pero sólo con limitados efectos en el delito que se juzga.*" En igual sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana 6/2011, de 12 de abril: "*El delito de encubrimiento (…) 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…*"

B. El elemento de carácter normativo: no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el auto-encubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes.

   En la sentencia 62/2013, de 29 de enero, el Tribunal Supremo define el auto-encubrimiento como la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Según reiterada jurisprudencia (STSS 497/2012, de 4 de junio, entre otras), "*el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso.*"

C. El elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso, en cuanto se requiere, no una simple sospecha o presunción, sino un conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En este sentido, las SSTS 178/2006, de 16 de febrero y 67/2006, de 7 de febrero, y las SSAP de Madrid 419/2015 (Sección 3ª), de 19 de junio y 82/2015 (Sección 17ª), de 16 de febrero.

Explica la mencionada STSJ de la Comunidad Valenciana 6/2011, de 12 de abril, que no es necesario que el autor del encubrimiento conozca quién es el autor del delito encubierto: "*…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.*" Según esta misma sentencia, para el elemento subjetivo de la modalidad de favorecimiento real del artículo 451.2º CP por el que se acusa en esta causa, además del anterior conocimiento de la comisión del delito encubierto, se requiere que "*…la finalidad de la conducta de ocultación alteración o destrucción del objeto material del delito sea precisamente el impedir el descubrimiento del delito encubierto*".

QUINTO.- *Valoración de la prueba*. El contenido del apartado *Hechos Probados* antes recogido, tanto en los que han podido determinarse, como en los hechos que no han llegado a resultar acreditados, es el resultado de la valoración conjunta de la actividad probatoria, practicada con respeto a la garantía derivada de la observancia de los principios de inmediación, oralidad, concentración, publicidad y contradicción.

5.1. Propiedad de los ordenadores. En primer lugar, se examina la prueba practicada en relación con la titularidad de los dos ordenadores portátiles que se encontraban en la Sala Andalucía de la sede del Partido Popular: Toshiba Libretto 100 CT y Apple MacBook Pro con número de serie W893430666E. Luis Bárcenas mantiene que le pertenecían, mientras que el Partido Popular sostiene que eran equipos adquiridos por la entidad y de su propiedad, aunque los cedió o puso a disposición de aquél.

La titularidad de los dos equipos no es un dato determinante para establecer de manera directa si concurre uno de los elementos objetivos del delito de daños informáticos, ya que lo que más interés tiene a tal fin es la propiedad de los datos o archivos informáticos borrados –si es que realmente lo fueron–, en la medida en que esa titularidad sí permite apreciar si se da el requisito típico de la *ajenidad* de los ficheros exigida por el artículo 264.1 CP. En principio, sería perfectamente posible, tanto que los ordenadores fueran propiedad del Partido Popular (uno de ellos o ambos) y que el contenido de los discos duros perteneciera a Luis Bárcenas en todo o en parte, como también que se diera la situación dominical inversa, lo cual resta valor al dato de la propiedad de los ordenadores como instrumento de prueba de la titularidad de los archivos. Ya lo anticipaba la Sección 4ª de la Audiencia Provincial en su auto 23/2016, de 15 de enero (folios 857 a 881, tomo II, fundamento segundo): "*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.*"

Con todo, la propiedad de los ordenadores no es irrelevante en absoluto. Indirectamente, tiene importancia en orden a valorar si ha podido cometerse el delito de daños informáticos y el de encubrimiento. Si se llegare a establecer que los equipos portátiles pertenecían al sr.

Bárcenas, el Partido Popular no estaba obligado ni, por supuesto, estaba facultado para llevar a cabo un proceso de borrado seguro de ninguno de los archivos que contenía. En tal caso, tendría que haberse limitado a entregar los equipos a su dueño o, cuando menos, a ponerlos a su disposición, sin acceso ni manipulación alguna por los técnicos del partido. El conocimiento por los acusados de la propiedad del sr. Bárcenas sobre los ordenadores, además de su consecuencia más obvia sobre la vertiente intencional o subjetiva de la conducta, podría propiciar la apreciación del elemento típico "*sin autorización*" del artículo 264.1 CP, al quedar entonces el borrado desprovisto de cobertura legal. Asimismo, esa titularidad también podría tener incidencia en el delito de encubrimiento. En la misma hipótesis de que Luis Bárcenas fuera el dueño de los equipos y los acusados fueran conscientes de ello, sería difícilmente concebible que la eliminación de datos informáticos, de haberse producido realmente, hubiera estado guiada por un ánimo distinto del de privar al Juzgado Central de Instrucción nº 5 de esa información digital y, por ende, de su posible utilidad a los fines de la investigación judicial que involucraba a la formación política.

En la fecha del 1 de marzo de 2013, Luis Bárcenas interpuso una denuncia ante la policía (folio 996, tomo III), en la que manifestaba que el sr. Durán había procedido "*…sin el consentimiento del dicente a forzar la cerradura de la puerta de su despacho, sito en la sede del PP de la calle Génova 13 y a apropiarse indebidamente de los efectos personales y profesionales de su propiedad existentes en el mismo (…) incluidos dos ordenadores portátiles de su propiedad.*" Esta denuncia provocó la incoación de las diligencias previas 604/2013 del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid. El sr. Bárcenas declaró el 13 de marzo en el juzgado para ratificar su denuncia (folios 1002 y 1003, tomo III) y Alberto Durán lo hizo en calidad de imputado el 20 de marzo de 2013 (folios 1018 y 1019, tomo III). En esas actuaciones figuran incorporados, tanto el burofax de la misma fecha de la denuncia dirigido por Luis Bárcenas a Carmen Navarro (folios 1025 y 1026, tomo III), para solicitar que se pusieran a su disposición sus efectos personales (entre ellos, los dos ordenadores portátiles), como el burofax de 7 de marzo de 2013 remitido por el sr. Durán a los abogados del sr. Bárcenas (folios 1023 y 1024, tomo III), en el que se respondía al primero mediante la comunicación de la falta de constancia de "*…que exista en nuestras dependencias ningún equipo informático propiedad del mencionado señor, no obstante lo cual, como ya le he anticipado por teléfono, quedo a su disposición para aclarar esta cuestión si su cliente* pudiera *exhibir algún título de propiedad sobre alguno de los que alude en su carta*"; reiterando, además, la disposición del partido para que pudieran ser retirados de la sede sus efectos personales. También aparece el recibo de 14 de marzo de 2013, que documenta la recepción por dos allegados de Luis Bárcenas, en nombre de éste, de 27 cajas con documentación y efectos personales, un cuadro y un trineo (folio 1020, tomo III).

Sólo el sr. Bárcenas sabe si el objetivo de aquella denuncia –sin perjuicio del que le es propio en orden a promover la persecución del supuesto delito comunicado a la policía–, era el de que le fueran restituidos los dos ordenadores que afirmaba como propios o bien (ya adicional, ya exclusivamente), el de recuperar el contenido almacenado en los discos duros. Especular sobre ello sería estéril a los fines que nos ocupan. Lo cierto es que, si su interés estaba principal o únicamente volcado en la información digital, no lo exteriorizó ni lo dejó traslucir en modo alguno. No ya en la denuncia policial, sino ni siquiera en su declaración judicial del 13 de marzo de 2013. En contraste con esa aparente indiferencia inicial hacia el contenido

de los ordenadores, Luis Bárcenas afirmó en el juicio que lo que había en ellos siempre fue muy importante para él y para su defensa y que si no fue a recoger sus cosas cuando le dijeron que podía hacerlo –admitió que el sr. Durán le envió mensajes en febrero de 2013 con ese fin– fue porque desde el primer momento se le dijo que los ordenadores no se encontraban en las cajas. Ante esa situación, optó por presentar la denuncia.

El 21 de abril de 2013, el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid dictó auto por el que se disponía el sobreseimiento libre de las actuaciones incoadas a raíz de la denuncia del sr. Bárcenas (folios 1027 y 1028, tomo III), en el que la instructora razonaba: "*Referente a los dos ordenadores portátiles, manifestó el denunciado que son propiedad del Partido Popular, no obstante le pidieron al denunciante acreditación de su propiedad sobre ellos y nada ha presentado. Y este es el resultado de la prueba practicada y podemos concluir que ni se ha producido robo con fuerza, ni hurto ni apropiación indebida. Los bienes propiedad del denunciante están a su disposición y si quisiera reclamar otros, deberá acreditar su propiedad y utilizar otra vía para hacerlo.*" El auto no fue recurrido, por lo que la resolución de sobreseimiento libre devino firme.

Tratándose de sobreseimiento libre, el valor de esta resolución firme se circunscribe al ámbito penal y, más concretamente, a la eficacia de cosa juzgada material, que en ese orden jurisdiccional se ciñe a su vertiente negativa: la imposibilidad de que los mismos hechos investigados puedan volver a ser objeto de un procedimiento penal. Desde luego, no produce efecto declarativo alguno del derecho de propiedad de los objetos que fueron denunciados como sustraídos o apropiados; entre otras razones, porque la propia resolución ni siquiera se pronuncia sobre la propiedad de los ordenadores, limitándose a descartar que los hechos pudieran ser constitutivos de delito, por no haber existido un acceso ilegítimo a la estancia y por falta de voluntad de apoderamiento con el fin de obtener una ventaja patrimonial.

En el auto de la AP de Madrid (Sección 4ª) 23/2016, de 15 de enero, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 30 de octubre de 2013 del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, que había acordado el sobreseimiento provisional de la presente causa desde su mismo inicio, se razonaba lo siguiente: "*Resulta indiscutido en este caso que la titularidad de los ordenadores donde se alojaban las unidades de disco duro destruidas correspondía al Partido Popular, pues los había cedido para su uso al Sr. Bárcenas como consecuencia de la relación laboral existente entre ambos*" (folios 857 a 881, tomo II, fundamento segundo). Esta motivación ha sido esgrimida enfáticamente por las defensas para sostener que la cuestión relativa a la propiedad de los ordenadores ya ha sido resuelta por la Audiencia Provincial, en el sentido de pronunciarse a favor de la titularidad del Partido Popular sobre los equipos. Se discrepa de esta afirmación, por las siguientes razones:

a) Constituye un argumento instrumental de la decisión de ordenar la prosecución de la instrucción, formulado *obiter dicta* por la sala y en un momento prematuro de la causa. Incluso en la hipótesis de que la pretensión del tribunal hubiera sido declarativa –es obvio que no era el caso–, no sería vinculante, debido a la falta de efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material de las resoluciones penales firmes. Además, cualquier aseveración relativa a hechos con relevancia penal que se realiza durante la instrucción sólo tiene alcance indiciario, que no probatorio.

b) La propia Sección 4ª, en su auto 909/2017, de 3 de noviembre (folios 3853 a 3880, tomo IX), confirmatorio del auto de transformación en procedimiento abreviado de 26 de julio de 2016, a pesar de que trataba ampliamente la cuestión en el fundamento tercero, evitó hacer ninguna afirmación tajante relativa a la propiedad de los equipos: "…*en nuestro auto de 15 de enero de 2016 (…) cuando se dijo que, en ese estado de la causa, se consideraba que los ordenadores podían ser del PP…*". En cambio, volvió a poner el acento en que la propiedad de un ordenador no se extiende sin más a la de los ficheros almacenados en su disco duro (como antes se ha extractado de dicha resolución).

El testigo Luis Bárcenas afirmó en el juicio oral que adquirió el Toshiba Libretto en 1995 ó 1996 a través del sr. Barrero, quien le hizo la gestión de compra con un proveedor de servicios informáticos. Luego tuvo otros dos ordenadores, un Toshiba (distinto del modelo Libretto) y un Sony Vaio. Por último, compró el Apple MacBook Pro. Además de éste, había adquirido un ordenador Apple en Nueva York en octubre de 2012, que utilizaba su esposa y, según aclaró, se encontraba en su casa en ese momento. Para justificarlo, al tiempo de su declaración testifical de 3 de febrero de 2016 (folios 924 y 925, tomo II), hizo entrega del original de un albarán de reparación del ordenador Apple MacBook Pro con número de serie W893430666E, de fecha 13 de noviembre de 2012, expedido por el establecimiento Universomac (folio 939, tomo II). El presupuesto de la misma reparación, de fecha 31 de octubre de 2012, había sido entregado al tiempo de la declaración testifical de 13 de marzo de 2013 ante el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid que había conocido de su denuncia (folio 1004, tomo III).

El Partido Popular mantiene una postura opuesta acerca de la propiedad de los equipos portátiles. María Massó Moreu, en representación de la formación política acusada, afirmó en el plenario que todos los empleados del Partido Popular trabajaban con dispositivos corporativos que eran propiedad del partido. Estrella Domínguez López, quien dijo haber trabajado 42 años en el Partido Popular y, de ellos, 20 años como secretaria del sr. Bárcenas, testificó en el juicio que no sabía si éste llevaba su propio ordenador personal.

Javier Barrero Merino, que trabajó para el Partido Popular desde 1983 hasta su despido ocurrido, según indicó, el 8 de abril de 2016, manifestó que había sido jefe del servicio de informática del partido entre los años 1995 y 2011. Durante la instrucción, declaró como investigado el 4 de febrero de 2016 (folios 1068 a 1071, tomo III). Entonces había manifestado que "…*hasta febrero de 2011 se dedicaba a la compra de equipos informáticos y por su persona no se compraron el toshiba y el mac book.*" En el juicio, ya en calidad de testigo, mantuvo que no adquirió el Apple MacBook Pro de 13 pulgadas –el que compró para el partido se destinó a un tal Sergio Ramos– y que creía haber oído decir al sr. Bárcenas que se lo regaló su señora en un viaje a EEUU; como el teclado no era el español, se lo puso. Aseguró que era el único MacBook Pro que le había conocido al sr. Bárcenas. En cambio, modificó su versión en el plenario en lo relativo al Toshiba. Reconoció su firma cuando le fue exhibida la factura de compra en el establecimiento Exporland de un "*Portátil Toshiba Libreto P-100*" fechada el 14 de septiembre de 1998 (folio 1226, tomo III), si bien puntualizó que, viendo el modelo, no podía asegurar si era el mismo ordenador, pero tampoco lo contrario. El sr. Barrero admitió que recordaba haber declarado inicialmente que no había

comprado el Toshiba, pero que cambió de opinión al serle mostrada la factura. También reconoció su firma en la factura de fecha 26 de octubre de 1999 (folio 1225, tomo III), en la que figura la adquisición de un "*CD Rom Portátil Toshiba Libretto*", acerca de la cual apuntó que se refería al mismo ordenador. En las dos facturas aparece como cliente el Partido Popular. Es un dato muy revelador que en la segunda factura, junto a la descripción del modelo de CD Rom, aparece en letra manuscrita "*LUIS BARCENAS*"; el testigo no mencionó que esa anotación no hubiera sido escrita por él. Tampoco aludió a que el Toshiba hubiera podido ser adquirido para un directivo del partido distinto del sr. Bárcenas.

El problema de la identificación del titular de los ordenadores se agudiza por la ausencia de un inventario de equipos informáticos del Partido Popular, al menos en la época a que se refieren los hechos. El testigo Alexis Martín Montero, ingeniero técnico de sistemas que trabajó para el partido entre enero de 2012 y junio de 2018, refirió en el juicio que se comenzó un proyecto de inventariado de ordenadores, pero no se llegó a implantar. La misma afirmación hizo el testigo Héctor López Martín, ingeniero de redes y responsable del subdepartamento de comunicaciones IP del partido desde noviembre de 2011. El testimonio más descriptivo al respecto fue el de María Aguilera Sánchez, ingeniera informática que trabaja en el Partido Popular desde 2009 y pasó al departamento de sistemas de información en 2012. Explicó que uno de los primeros proyectos en los que participó fue el de inventario del equipamiento, que partió de cero en 2012 y, en sus palabras, "no terminaba de levantar", por lo que han tenido que pasar cuatro o cinco años "hasta que ha empezado a haber algo decente". Indicó que los ordenadores no llevaban etiqueta y que no sabía si había ordenadores personales en la sede, como tampoco cuáles pertenecían al partido, aunque dijo suponer que estos últimos eran los que había allí. A propósito de ello, el sr. Barrero dijo que hubo épocas en que se ponían etiquetas en los ordenadores que se caían enseguida y que luego se colocaban de plomo, pero no siempre se hacía así.

Como resultado de los anteriores medios de prueba se extraen las siguientes conclusiones sobre la propiedad de los ordenadores:

1. Se tiene por cierto que el Toshiba Libretto fue adquirido por el Partido Popular para ser puesto a disposición del sr. Bárcenas durante la época en que mantenía una relación laboral. En concreto, fue comprado personalmente por el entonces jefe de informática Javier Barrero en el establecimiento Exporland el 14 de septiembre de 1998, así como el CD Rom para el mismo dispositivo, cerca de un año después. Así se desprende del testimonio ofrecido por el sr. Barrero, quien se expresó en el juicio de forma sólida y convincente. Opinó en su día que se consideraba una persona de confianza de Luis Bárcenas. Fue despedido por el Partido Popular y, por lo que pudo percibirse, la llegada del sr. Moreno supuso que quedara desplazado de su cometido al frente del departamento de informática del partido. Sin embargo, en su declaración no se detectó atisbo de animadversión o ánimo tendencioso. No se considera alarmante que sus manifestaciones en el juicio sobre la compra del Toshiba fueran producto de un cambio de versión, por dos razones: a) en su primera intervención judicial lo hizo en la diferente condición de investigado; b) en 2016 fue preguntado por hechos que se remontaban a 18 años atrás y, lo más importante, no dispuso del auxilio de una exhibición documental, a diferencia de su declaración en el plenario.

2. Se manifiesta incertidumbre en cuanto a la propiedad del Apple MacBook Pro. En principio, la circunstancia de que el sr. Bárcenas acudiera a un comercio para la reparación a su costa del portátil averiado sugiere que el aparato le pertenecía. De no haber sido de su propiedad, recurrir al departamento de informática del partido le habría permitido ahorrase el importe del arreglo. Es obvio que reparar el equipo por su cuenta es el comportamiento característico de un propietario y no del usuario de un equipo corporativo; de hecho, en este segundo supuesto no es posible acometer la reparación externa sin autorización de la entidad titular del equipo. Empero, tampoco puede considerase un elemento de juicio decisivo para demostrar su propiedad, porque el sr. Bárcenas podría haber tenido un motivo de peso para haber actuado de esa forma a pesar de no ser el dueño. No sería descartable que, al haberse dañado el disco duro, hubiera buscado hacer la reparación fuera de la sede para evitar que los datos quedaran expuestos o fueran visibles para otros empleados del Partido Popular, en la eventualidad de que fuera imprescindible acceder al contenido del disco duro para su recuperación.

   Por otra parte, el sr. Bárcenas, no aportó factura de adquisición –negó tenerla en su declaración ante el Juzgado de Instrucción nº 21– o ticket de compra del portátil Apple, a pesar de que es prudente y usual conservar una u otro tras la compra de aparatos sometidos a un periodo de garantía legal o comercial. Tampoco consta que en aquel juzgado identificara el medio de pago y el establecimiento de compra, si bien en la declaración de 3 de febrero de 2016 en esta causa mencionó la cadena K-tuin. Si hubiera satisfecho el precio mediante tarjeta bancaria –es lo más más normal en productos de precio alto, como el de un portátil Apple–, habría resultado relativamente sencillo obtener, cuando menos, un documento justificativo del pago, directamente o mediante el auxilio del juzgado. Por supuesto, estas consideraciones sobre la inexistencia de factura y/o justificación del pago también son trasladables al Partido Popular y su información contable, si bien con el importante matiz diferenciador de que la defensa no tiene la carga de proporcionar las pruebas de descargo. El sr. Bárcenas mencionó en el juicio oral que le extrañaba que la factura del Apple no apareciera en la contabilidad del partido del ejercicio 2008. Entre el conjunto de facturas de compra de material informático entregadas por el partido (folios 1677 a 1694, tomo IV), aparece la adquisición de dos portátiles Apple MacBook Pro en las fechas del 21 de abril de 2009 (folio 1681, tomo IV) y 14 de abril de 2011 (folio 1679, tomo IV), pero en ambos casos se correspondían con ordenadores con pantalla de 15,4 pulgadas, mientras que el reparado en noviembre de 2012 por Universomac era un modelo con pantalla de 13 pulgadas (folio 939, tomo II).

   En definitiva, se echa en falta una prueba documental que no admita diversas interpretaciones, a lo que se suma que las aportaciones testificales han resultado ser inespecíficas en orden a lograr la identificación del dueño del portátil Apple. Ante esta insuficiencia probatoria se debe tener en cuenta que, por ser la titularidad del sr. Bárcenas sobre el equipo un hecho susceptible de perjudicar a los acusados (por las razones y con el alcance explicados al comienzo de este apartado), no sólo no puede presumirse, sino que únicamente puede tenerse por acreditado si no existiera ningún margen para la duda.

5.2. Entrada en la sala Andalucía. Las acusaciones han concedido bastante importancia a la forma en que se entró en la sala Andalucía de la sede del Partido Popular, ocupada por el sr. Bárcenas a modo de despacho hasta mediados de enero de 2013, con el consiguiente acceso a los instrumentos de trabajo y otros enseres que allí se encontraban. Se adelanta que no se comparte que ese incidente pueda tener el interés y la envergadura que se le ha atribuido, ya para el esclarecimiento de los hechos, ya para la valoración de las conductas de los acusados; por mucho que, naturalmente, sea inseparable del posterior borrado de los discos duros, en la medida en que únicamente se pudo disponer de los ordenadores a raíz de esa entrada. Partiendo de ello y 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, como se verá.

Luis Bárcenas explicó en el juicio que acudía un mínimo de tres veces por semana a la sala Andalucía, donde tenía muchas reuniones, aunque no tenía ninguna responsabilidad concreta asignada en el Partido Popular. Afirmó que la única llave la tenía él y sin ella no se podía entrar al despacho, así como que se enteró de un primer intento de entrada en la estancia. Quien había sido su secretaria, Estrella Domínguez, afirmó en el plenario que el sr. Bárcenas iba poco a la Sala Andalucía entre 2010 y 2013, pero que sólo se entraba cuando él lo hacía, incluso para limpiar. También dijo que ella no disponía de llave y creía que sólo la tenía su jefe. Sea como fuere, no ha sido posible determinar con seguridad si llegó o no a consumarse físicamente un primer intento de acceder sin llave. La testigo María Dolores Cospedal García, secretaria general del Partido Popular en la época de los hechos, explicó en el juicio que la decisión de que el sr. Bárcenas no pudiera volver a la sede del partido y desalojara la sala se tomó tras la recepción de la comisión rogatoria por la que se descubrió que tenía una cuenta ilegal o irregular en Suiza. Antonio de la Fuente Escudero, director de seguridad del partido hasta 2013 y cuñado de Luis Bárcenas, reveló que en su departamento se guardaban llaves de los despachos, pero no de todos y nunca de la sala Andalucía. Relató que en dos ocasiones le avisaron de que querían abrir el despacho –así se refería el testigo a la sala Andalucía–, bajo la autorización de Mariví, de la secretaría general. Como no tenían llave, habían llamado a un cerrajero, si bien precisó que vio a Mariví acompañada de personas de la sede, no de un cerrajero. Se negó a abrirlo porque esa persona no era su jefe. Su testimonio fue antagónico al de María Dolores Cospedal, quien negó que hubiera un primer intento de entrada por iniciativa de Mariví y aseguró que los servicios de seguridad tenían llave de todos los despachos, incluido el del presidente. Estrella Domínguez, secretaria del sr. Bárcenas, señaló que no recordaba un intento de entrar en su despacho. Finalmente, Francisco Javier Colás Jiménez, que trabaja en el Partido Popular desde principios de 2013 como responsable de servicios generales, afirmó que cuando el sr. Durán le pidió que abriera la sala y llevara a gente de distribución, con cajas para guardar cosas, lo hizo con la llave, sin servirse de un cerrajero, porque en la zona de seguridad había un armarito con llaves de todas las salas. No le constaba al testigo que hubiera habido un intento previo.

En atención a estos testimonios y a pesar de ciertas divergencias entre algunos de los testigos sobre la disponibilidad de llave y el supuesto primer intento de entrada con auxilio de un

cerrajero, lo cierto es que no hubo disparidad de versiones sobre el concreto hecho consistente en el modo en que se terminó por acceder a la sala Andalucía, debido a que el sr. De la Fuente aclaró que no estuvo presente en ese preciso momento. Que se entrara de esa forma parece el desarrollo de hechos más coherente con un diseño racional de las medidas de seguridad más elementales, no ya en la sede de Génova nº 13, sino en cualquier edificio de oficinas, que pasan por que la llave disponible para acceder a todas sus estancias no sea única (se encuentre ésta o no en poder del usuario de la misma, esté o no restringido su acceso, o permanezca o no habitualmente cerrada). Cuestión distinta es que la segunda llave, o las adicionales, se extravíen o no aparezcan en un momento determinado, en cuyo caso tiene sentido recurrir a un cerrajero como medida inevitable. Siempre y cuando, claro está, el propósito que mueva a quienes entran a un despacho ajeno cerrado, con llave o sin ella, no sea el de violentar la privacidad de quien lo ocupa u otra finalidad ilícita. Siendo el aspecto intencional lo verdaderamente relevante del acceso, no es razonable afirmar que fuera ilegítima la voluntad que lo impulsó, si se toma en consideración el estado de la vinculación laboral o profesional entre el sr. Bárcenas y el Partido Popular en la época en que fue abierta la sala Andalucía.

En la fecha del 15 de marzo de 2013 el sr. Bárcenas interpuso una demanda por despido improcedente ante la jurisdicción social. La pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en su sentencia 303/2014, de 17 de julio (folios 1695 a 1704, tomo IV). La sentencia de instancia quedó íntegramente confirmada en vía de recurso de suplicación por la Sección 5ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia firme 311/2015, de 20 de abril (folios 1705 a 1726, tomo IV). Entre la fundamentación del rechazo de la solicitud de declaración de despido improcedente, se razonó que en el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2010 y el 31 de enero de 2013 –o lo que es igual, entre el cese de Luis Bárcenas como senador (que había provocado la suspensión de su relación laboral por excedencia forzosa) y la fecha en que se le dio de baja en la Seguridad Social– se desarrolló una relación negocial simulada entre aquél y el Partido Popular, que no estaba acompañada de la efectiva prestación de servicios por cuenta ajena que es característica del contrato de trabajo. Durante ese periodo, el sr. Bárcenas percibió una retribución mensual y fueron puestos a su disposición medios materiales (vehículo con chófer, despacho y medios informáticos) y personales (secretaria), que utilizó "*…a título particular del actor y en su propio beneficio e interés y así se plasma en el hecho probado séptimo. No existe, además, un solo informe, resumen de reuniones, gestión de cualquier índole relativa al desempeño de funciones propias del puesto de asesor.*" También se razona en la sentencia de instancia que la relación laboral permanecía en suspenso al no haberse solicitado el reingreso, por efecto de la excedencia, así como que, por ello, el alta en la Seguridad Social había sido indebida. Ni el juzgado ni la sala se pronunciaron sobre la validez o licitud de la relación simulada, como tampoco entraron a determinar la naturaleza y contenido del negocio disimulado, por exigencia del respeto al principio de congruencia.

A modo de inciso, se hace notar que una de las consecuencias de esta resolución judicial es la imposibilidad de aplicar al eventual contenido de los discos duros, creado en el ámbito profesional después del 16 de abril de 2010, el tratamiento jurídico dispensado por la legislación laboral a los frutos de la actividad que el trabajador realiza para su empresa. En cuanto al periodo anterior, la defensa del Partido Popular alegó que, de haber existido, los

archivos que contenían datos sobre contabilidad y presupuestos de campañas electorales pertenecerían a la formación política, al haber sido generados por el sr. Bárcenas en el ejercicio de sus funciones laborales. Para defenderlo así, invocó el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia –STS (Sala 4ª) de 19 de julio de 2010: "*la ajenidad, por su parte, implica que los frutos del trabajo se transfieren "ab initio" al empresario*"– y la presunción de titularidad para el empresario de las obras realizadas por un trabajador asalariado (artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual). En cualquier caso, la propiedad del Partido Popular de los supuestos archivos con datos contables o financieros sólo podría tener incidencia en la acusación por delito de daños informáticos, entre cuyos elementos típicos se incluye el carácter ajeno de los elementos borrados, pero no por el delito de encubrimiento atribuido a los demás acusados, en el que lo decisivo es que esos supuestos documentos eliminados constituyan vestigios o pruebas del delito encubierto (entre otros requisitos subjetivos).

Lo que resulta indiscutible es que para la determinación de la relación entre Luis Bárcenas y el Partido Popular en 2013 debe estarse a la resolución emanada de la jurisdicción social. En el escenario definido por ésta resulta palmario que, una vez finalizada definitivamente la relación entre ambos por decisión unilateral del Partido Popular, exteriorizada en la prohibición de acceso a la sede a mediados de enero de 2013, la formación política estaba asistida del derecho de acceder a la dependencia que había cedido al sr. Bárcenas para que llevara a cabo su actividad, como también del derecho de recuperar los enseres y medios materiales que había puesto a su disposición, con el fin de otorgar a todo ello el nuevo destino que tuviera por conveniente, sin perjuicio de la restitución al cesionario de sus bienes propios; entre ellos, en su caso, la información digital personal almacenada en los ordenadores (sobre esto último se volverá más adelante). Ya se ha explicado antes que no consta que el ordenador Apple se encontrara entre los útiles que eran recuperables por el partido por ser de su propiedad. Pero también que, paralelamente, la falta de constancia de su pertenencia a Luis Bárcenas y la consiguiente incertidumbre en torno a su titularidad, impide considerar probado en un procedimiento penal, contra reo, que la actuación de los acusados se materializara sobre un bien ajeno.

5.3. Borrado seguro. Regulación, causa y método. En lo que respecta a la operación de borrado de datos y destrucción de los discos duros de los ordenadores, el acusado José Manuel Moreno afirmó en el juicio oral que no recibió orden para ello hasta mayo de 2013, cuando el sr. Durán le dijo que se había ganado el juicio y confirmado que los equipos eran del Partido Popular. Aseguró que tenían sistema operativo y arrancaban, pero no disponían de contraseña ni almacenaban datos del usuario. Para mirar si quedaba contenido de éste, hizo "búsquedas ciegas" de ficheros pertenecientes al usuario y comprobó que los discos no tenían absolutamente nada. Siempre según su versión, puso en marcha un proceso que hace sobre-escrituras en sucesivas pasadas sobre el disco de almacenamiento, llamado Gutmann, aplicado en multinacionales y administraciones públicas. Por la ley de protección de datos, tienen que cerciorarse de que no se entregan los equipos con datos de otro usuario. Cuando hay datos, el que los borra es el propio usuario, a quien hay que avisar para que retire la información. Explicó que los ordenadores no fueron reasignados, porque el Toshiba estaba obsoleto y el Apple quedaba pendiente de ser reinstalado, por lo que dejó éste en su despacho

para cuando tuviera tiempo de instalar un nuevo sistema operativo, lo que hizo a finales de julio.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD) –derogada el 7 de diciembre de 2018 por la LO 5/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, pero vigente en la época de los hechos enjuiciados– obliga a las empresas a custodiar la información de modo que no se pueda acceder a ella por terceros no autorizados. En su artículo 9.1 establece: "*El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.*"

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD 15/1999 (en adelante RDLOPD), dispone en su artículo 92.4 (dentro del Título que versa sobre las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal): "*Siempre que vaya a desecharse cualquier documento o soporte que contenga datos de carácter personal deberá procederse a su destrucción o borrado, mediante la adopción de medidas dirigidas a evitar el acceso a la información contenida en el mismo o su recuperación posterior.*"

En el ámbito del mismo desarrollo reglamentario, el artículo 88 RDLOPD establece: "*1. El responsable del fichero o tratamiento elaborará un documento de seguridad que recogerá las medidas de índole técnica y organizativa acordes a la normativa de seguridad vigente que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información. (…) 3. El documento deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos: (…) g) Las medidas que sea necesario adoptar para el transporte de soportes y documentos, así como para la destrucción de los documentos y soportes, o en su caso, la reutilización de estos últimos (…)*".

Las defensas alegan que, en cumplimiento del marco legal y reglamentario descrito, que imponía la elaboración del *documento de seguridad* al que se refiere el precepto antes recogido, el Partido Popular, en enero de 2011, encargó una auditoría a la compañía Écija en materia de cumplimiento de medidas de seguridad, a raíz de la incorporación del acusado José Manuel Moreno al cargo de director del departamento de sistemas de información. El denominado como *Informe de revisión de cumplimiento jurídico* que fue elaborado por Écija en abril de 2012 forma parte de la documentación adjunta al informe pericial realizado por la entidad Grant Thornton en la fecha del 12 de junio de 2019, a instancia de la defensa del partido (documento 1 del CD del folio 4963, tomo XII). Tenía por objeto el análisis de los diferentes aspectos jurídicos que pudieran incidir desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal en la actividad del Partido Popular, para lo cual, según se especifica en el mismo, se consideraron las diferentes implicaciones de la LOPD y su normativa de desarrollo; en particular, el RDLOPD.

Dentro del punto 3.2 del informe de revisión de cumplimiento jurídico de la entidad Écija, rubricado como *Deber de calidad. Conservación y destrucción de datos*, que a su vez se integra en el apartado *Deficiencias detectadas y medidas correctoras*, se incorporó la siguiente recomendación: "*En este sentido, se recomienda establecer e implantar unas directrices de actuación o una política de conservación de datos destinada a determinar cuándo debe procederse a la conservación, al bloqueo o a la destrucción o borrado físico de los datos, a los efectos de dar cumplimiento a las exigencias derivadas del deber de calidad y teniendo en cuenta los plazos legales que puedan derivarse de la normativa aplicable, en virtud de la diferente tipología de datos personales que se tratan en el PP*." Asimismo, en el informe de revisión de cumplimiento de las medidas de seguridad, la auditora puso de manifiesto: "*Se ha constatado que existe interés por el cumplimiento por parte del personal del PP con respecto a sus obligaciones para con el tratamiento de los datos personales incluidos en los ficheros.*"

El sr. Moreno explicó también en el juicio que los borrados ya se venían haciendo en el Partido Popular con anterioridad, pero el procedimiento de borrado seguro fue creado a consecuencia del plan de acción generado por la auditoría encargada en 2011 y 2012 sobre cumplimiento de medidas de seguridad, consensuado con la asesoría jurídica, en la que se detectaron muchas deficiencias. Según señaló, para generar el procedimiento interno se basó en una guía de borrado seguro hecho por una organización de prestigio, al ser un estándar internacional que se aplica por todo tipo de empresas y a todo tipo de dispositivos que hayan contenido información, incluso móviles, aunque vayan a ser desechados o no haya información visible, ya que hay un programa que puede recuperar la información si no se ha hecho un borrado seguro. Indicó que la aplicación que se utilizó en este caso es habitual y está al alcance de cualquiera en internet.

Al margen de la abundante documental disponible mencionada hasta ahora, la testifical practicada en el juicio confirmó de manera cumplida que el resultado de la auditoría encargada en 2011 al tiempo de la llegada al partido del acusado sr. Moreno impulsó la confección del documento de seguridad exigido por el RDLOPD, en el cual, a su vez, quedó integrado el documento sobre el procedimiento de borrado seguro. La testigo María Dolores Cospedal afirmó en el plenario que el protocolo se hizo desde que llegó al partido un informático profesional (en alusión al sr. Moreno). María Aguilera, miembro del departamento de sistemas de información del Partido Popular, refirió que el sr. Moreno encargó en 2011 una auditoría externa a la empresa Écija y que desde ese año ya mantenían reuniones de auditoría con dicha empresa para comprobar que se cumplía con la normativa de protección de datos.

El 18 de octubre de 2012, el acusado José Manuel Moreno fue nombrado responsable de seguridad de protección de datos personales, con el objetivo de coordinación y control de las medidas implementadas en los ficheros del Partido Popular definidas en el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, permaneciendo en vigor hasta que el responsable del fichero procediera a su revocación. Así consta en el documento que recoge el nombramiento, realizado por Carmen Navarro en su condición de gerente del Partido Popular y en cumplimiento de la LOPD 15/1999 (folio 4152, tomo IX). Precisamente, la designación de uno o varios responsables de seguridad en materia de protección de datos personales había sido una de

las recomendaciones del informe de revisión de cumplimiento de las medidas de seguridad elaborado por la auditora Écija unos meses antes (abril de 2012).

El documento de seguridad fue aportado por la defensa del Partido Popular y figura unido a las actuaciones en la pieza documental separada (en adelante PSD, en folios sin numerar). Al comienzo del mismo aparece el documento denominado *Procedimiento de Borrado Seguro (BS)*. De hecho, éste ya formaba parte de la causa (folio 1788, tomo IV), al haber quedado adjuntado a la solicitud de sobreseimiento de fecha 13 de abril de 2016. Describe un proceso aplicable a cualquier tipo de dispositivo que almacene información y haya sido utilizado por un usuario de la entidad. De los cuatro pasos en que se articula, es de interés extractar los siguientes pasajes:

1) "*Determinación del nivel de criticidad: Se establecerá en función de la condición del usuario y del valor estratégico de la información que éste pueda manejar. Si el nivel de criticidad resultante es bajo, el dispositivo una vez borrado de forma segura (BS), será reutilizado. En el caso de que el nivel de criticidad resultante sea medio o alto, una vez ejecutado el procedimiento de BS, se procederá a su destrucción física en la medida y forma necesarias, para en cualquier caso se puedan evitar métodos de lectura avanzados sobre dispositivos dañados.*

2) *Nivel de aislamiento del dispositivo: Éste deberá ser desmontado –en la medida de lo posible– de cualquier sistema al que pudiera estar ligado (…) La idea es accede al dispositivo esclavo sin que sean necesarias credenciales sobre el mismo (…)*

3) *Borrado seguro: El BS se realizará con herramientas de escritura a bajo nivel y en reiteradas pasadas. El objetivo será atender a 35 pasadas –según método Gutmann–.*

4) *Destrucción o reciclado: En función del nivel de criticidad resultante del punto primero, el dispositivo será destruido o reciclado.*

    a. *En el primer caso, se dañará el dispositivo de forma que éste pierda su integridad. Por poner unos ejemplos, (…) los discos magnéticos de los HDs, desmontados, rayados y destruidos (…)*

    b. *En el segundo caso, se devolverá el dispositivo al Dpto. Sistemas de Información para su reutilización.*"

El procedimiento interno se adecúa a la *Guía sobre almacenamiento y borrado seguro de información* realizada por el Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO, sociedad estatal adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Consta en las actuaciones en su versión de 2011 (folios 1746 a 1780, tomo XII). Actualmente, en la versión de 2016, ha sido sustituida por la *Guía sobre borrado seguro de la información* elaborada por el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), incorporada como documento adjunto a la pericial de Grant Thornton de 12 de junio de 2019 (documento 4 del CD del folio 4963, tomo XII).

La versión de INTECO de 2011, coetánea a la época de los hechos enjuiciados, indica que "*…cuando la información ha sido tratada en la empresa y llega al final de su vida útil, debe ser eliminada de forma segura, para evitar que pueda caer en manos de terceros y sea recuperada.*" En el apartado 4 que trata del borrado seguro y destrucción de la información, la guía explica en qué consisten los distintos métodos de destrucción de la información (desmagnetización, destrucción física y sobre-escritura), detallando las ventajas e inconvenientes de cada uno, con inclusión de un cuadro comparativo que resume la idoneidad de cada método en función del tipo de dispositivo. Se destaca que no considera el formateo como un método de destrucción segura; en cambio, señala al método de sobre-escritura como el que aporta mayor número de ventajas. Explica que toda empresa debe contar con una política de borrado seguro de la información de los dispositivos de almacenamiento con los que trabaja y, tras hacer un breve recorrido por la legislación en materia de protección de datos y por las certificaciones que garantizan que las organizaciones cumplen con determinados niveles de calidad en la gestión de la información, concluye que "*…es de gran importancia realizar un borrado seguro de datos, no sólo desde el punto de vista de la privacidad de los usuarios y la seguridad de las empresas, sino que, además, constituye una medida de obligatorio cumplimiento cuando se trata de datos de carácter personal, según lo estipulado en la LOPD y el RDLOPD.*"

Los peritos funcionarios del CNP n^{os} 82.701 y 106.594 que intervinieron en el juicio informaron de que 35 sobre-escrituras constituyen un estándar para ciertos niveles de seguridad, si bien precisaron que, seguramente, una sola pasada ya habría impedido su labor de recuperación de los datos. Los peritos de Grant Thornton, Alfonso Bravo y Cristina Muñoz-Aycuens, afirmaron en el plenario que el procedimiento de borrado seguro se aplica a dispositivos con independencia de que contengan o no información, porque los datos continúan a pesar de la apariencia de borrado. En su opinión, el borrado seguro es la única forma de dar cumplimiento a la LOPD, a diferencia del formateo, y representa una práctica habitual y comúnmente aceptada en compañías a nivel internacional. Citaron en su informe hasta cinco guías o estándares internacionales sobre buenas prácticas en esta materia; entre ellas, la guía de INCIBE a la que antes se ha hecho referencia.

Los testigos confirmaron la existencia del documento de seguridad, pero no, en particular, del documento que recoge el procedimiento de borrado seguro que antes se ha transcrito parcialmente (folio 1788, tomo IV). En cuanto al primero, Javier Barrero manifestó que era un documento-tipo que les hizo llegar una agencia a consecuencia de una inspección y de la Agencia de Protección de Datos. A propósito del procedimiento de borrado seguro, los testimonios emitidos en el juicio oral fueron los siguientes:

- Javier Barrero dijo que había reasignado ordenadores infinidad de veces. Cuando se dejaba un ordenador se asignaba a otro empleado después de cargar el Office. Dependiendo de quién era el usuario, se hacía un formateo de una pasada. Si era un cargo público, los equipos "los tenían en cuarentena" hasta que dijeran qué había que hacer con los datos. En lo referente a los borrados seguros y al equipo del sr. Bárcenas, manifestó que no había visto en su vida el documento sobre procedimiento de borrado ni se le expuso el mismo, así como que no recibió formación en materia de protección

de datos. Dijo no saber nada del borrado que hizo el sr. Moreno del ordenador del sr. Bárcenas.

- Alexis Martín manifestó que había llevado a cabo borrados seguros en unas diez ocasiones, aproximadamente, si bien, en lo que a él competía, siempre sobre sistemas (servidores o centros de datos), dado que de los equipos informáticos del personal se encargaba el departamento de microinformática. Así, señaló al acusado sr. Moreno como el encargado de hacer el borrado de los equipos de directivos. Apuntó que el borrado seguro es una práctica habitual y normal y que esos procedimientos también se hacen en otras empresas en las que el testigo había desempeñado puestos, sobrescribiendo "n veces" hasta que el contenido no es legible. Dijo conocer el método Gutmann y su estándar de 35 pasadas de sobre-escritura.

- Héctor López explicó en el juicio que el borrado seguro consiste en asegurarse de que el dispositivo no salga de la empresa con ningún tipo de datos. Se sobrescribe varias veces hasta que la información sea ilegible; "no vale con una, tienen que ser varias", puntualizó. El borrado seguro es habitual en otras entidades y se aplica a todo tipo de dispositivos, tengan o no datos, incluso aunque los discos duros se vayan a desechar. Indicó que hay mucho software y que el algoritmo empleado puede ser el Gutmann, pero hay otros. En lo que atañe al Partido Popular, refirió que cuando entró a trabajar el responsable de protección de datos era el sr. Moreno, añadiendo que éste siempre ha estado muy preocupado por ese tema. El testigo no había ejecutado borrados seguros, pero dijo que había proporcionado las herramientas para ello. Afirmó haber visto que en el departamento de microinformática se llevaban a cabo habitualmente borrados seguros en equipos de personal.

A partir de los testimonios anteriores se desprende que el protocolo de borrado seguro ya estaba efectivamente implantado cuando ocurrieron los hechos, pero no es posible tener por cierto que el documento que lo recoge ya estuviera redactado y difundido en ese momento, a diferencia del documento de seguridad del que forma parte. Es posible, aunque no indubitado, que ya hubiera sido confeccionado y que José Manuel Moreno no lo hubiera dado a conocer aún entre sus subordinados del departamento de sistemas de información. Debe tenerse en cuenta que el régimen interno en materia de protección de datos en que se enmarca el borrado seguro tuvo su origen en la auditoría realizada por Écija en abril de 2012 y que ésta, a su vez, se encargó coincidiendo con la llegada del sr. Moreno a la jefatura del departamento de informática en 2011, lo que provocó el desplazamiento de Javier Barrero. Éste manifestó en el juicio que al llegar el sr. Moreno le dejaron "*arrinconado, sin hacer nada*", lo que bien podría explicar su desconocimiento de los métodos más actuales empleados por el partido; especialmente si era el nuevo jefe de informática y responsable de protección de datos quien asumía personalmente el borrado de datos en equipos de directivos.

Por encima de la fecha en que fue redactado el documento que recogía el protocolo y de su grado de difusión entre los informáticos, lo decisivo es que a partir de la contratación de José Manuel Moreno se implantó y ejecutó una política de respeto a la legislación en materia de protección de datos, con las consecuencias que ello comportaba para el tratamiento de datos

almacenados en los equipos, tanto en supuestos de cambio de usuario como cuando eran desechados por obsoletos. Como antes se ha recogido, los testigos Alexis Martín y Héctor López, quienes habían entrado a trabajar en enero de 2012 y noviembre de 2011, respectivamente, describieron de modo verosímil que en el partido se aplicaban técnicas de borrado seguro basadas en la sobre-escritura múltiple, tanto a nivel de servidores como de equipos individuales, por lo que la operativa real, en lo esencial, era coincidente con la plasmada en el documento en cuestión, lo que resta relevancia al hecho de que los informáticos subordinados del sr. Moreno no hubieran llegado a conocerlo o tenerlo a la vista; máxime si, en la práctica, era el superior del departamento quien se reservaba para sí el borrado de los discos duros de los ordenadores utilizados por los directivos o empleados de mayor rango en la organización.

Con anterioridad a la entrada en el partido del sr. Moreno también se procedía al borrado de datos almacenados en equipos retirados a usuarios, por lo menos de quienes ocupaban puestos de nivel más alto en la jerarquía del partido, si bien a través de métodos más rudimentarios y menos eficaces, en la medida en que permitían la recuperación de datos por técnicos y mediante el empleo de programas específicos. Así, en la pericial de Grand Thornton se muestran dos correos electrónicos que contenían solicitudes dirigidas al departamento de informática (documentos 2 y 3 del CD del folio 4963, tomo XII), que los peritos recuperaron ante notario a partir del buzón asignado a Javier Barrero durante su época en activo en el partido. El primero, remitido por presidencia el 6 de octubre de 2009, reza así: "*Ya se puede formatear el ordenador que le ha sido retirado al presidente.*" El segundo, enviado por Mariví Alonso el 7 de octubre de 2009, es del siguiente tenor: "*Ya se puede formatear el ordenador que le ha sido retirado a la Secretaria General.*" Esta constatación documental desmiente la versión del sr. Bárcenas en el juicio, cuando afirmó que hasta 2010 los ordenadores no se formateaban jamás y que la persona que lo usaba sacaba los archivos y no se hacía nada más. En sintonía con lo que dan a entender los dos correos electrónicos extraídos por los peritos, María Massó, representante del Partido Popular en el juicio, manifestó que antes de la auditoría de Écija ya se aplicaban políticas de protección de datos, de manera que, aunque desde 2011 ya existían medidas destinadas a evitar delitos informáticos, lo que faltaba era una norma escrita.

Al hilo de lo anterior, en la tarea de inferir la intención de los acusados, el aspecto que se revela más crucial es que la intervención sobre los portátiles Toshiba Libretto y Apple MacBook Pro no fue aislada o excepcional, ni se apartó de la práctica habitual en esa o en otras organizaciones. Si se hubiera aplicado a los ordenadores manejados por el sr. Bárcenas un método de borrado o destrucción de datos más concienzudo o intenso que a los equipos de otros usuarios, o bien desprovisto de causa o de cobertura normativa, esa actuación habría resultado sospechosa desde el punto de vista de la intención que se situaba detrás del borrado, al faltar una justificación para apartarse del estándar. Lejos de ser así, la operativa sobre esos dos portátiles se mantuvo dentro de los parámetros recomendados por el organismo público competente para el mejor cumplimiento de la legalidad vigente en materia de protección de datos y, además, al haber tenido lugar en 2013, era armónica con la metodología recién implantada en la formación política desde el año anterior por iniciativa del sr. Moreno, mediante la cual se había hecho un avance muy significativo en la gestión de la protección de datos.

Tampoco puede generar desconfianza la circunstancia de que los discos duros fueran físicamente destruidos a continuación del borrado mediante sobre-escritura. Según la guía de INTECO, ambos son métodos aptos para discos duros, que garantizan, casi al mismo nivel, la imposibilidad de recuperación posterior de los datos almacenados. A lo sumo, el segundo proceso podría considerarse innecesario o superfluo, pero ello tampoco repercute en la valoración que merece el aspecto intencional de la actuación, en la medida en que el objetivo de eficacia se alcanza igualmente con uno u otro método, capaces aisladamente de lograr la total eliminación de los datos. En la hipótesis de que se hubiera observado expresamente el procedimiento de borrado seguro que figura en el documento aportado por el Partido Popular, no cabe duda de que nos situaríamos ante el llamado *nivel de criticidad medio-alto*, tras la oportuna ponderación en función de la condición del usuario y del valor estratégico de la información que hubiera podido manejar. Ese nivel de riesgo habría sido adecuado para el sr. Bárcenas, dado que el Toshiba comenzó a utilizarse en la época en que era gerente y tesorero del partido, y el Apple cuando era senador.

5.4. Contenido de los discos duros. Ésta es, sin duda, la cuestión nuclear entre todos los aspectos de hecho sometidos a juicio, junto con la determinación del carácter exclusivo o replicado de la información digital que pudiera haberse encontrado en los ordenadores cuando se realizó el borrado seguro. Es de importancia capital conocer si había archivos en los discos duros cuando fueron borrados y destruidos, así como, en caso afirmativo, si esa información contaba con el respaldo de alguna copia externa. Las dos únicas personas que tienen conocimiento directo del contenido de los discos duros en aquel preciso momento son Luis Bárcenas y José Manuel Moreno. Entre las versiones de ambos se manifestó un antagonismo absoluto. El informático del Partido Popular afirmó que no había nada en los dos soportes de almacenamiento después de haber efectuado una "búsqueda ciega" de posibles archivos del usuario; motivo por el cual no se ofreció a éste la posibilidad de retirar la información, como ocurre cuando la búsqueda da resultado positivo. La postura del sr. Bárcenas en el juicio fue la opuesta, pues mantuvo que quedaba información en los dos ordenadores y que, en el caso del Toshiba, incluso sobrepasaba el contenido del *pendrive* entregado en el juzgado. En síntesis, la versión del testigo fue la siguiente:

A. Toshiba Libretto y *pendrive*: en 2010 ya no utilizaba el Toshiba, pero tenía información histórica que utilizó para completar otra información manuscrita que tenía. No pasó al *pendrive* que entregó en la Audiencia Nacional toda la información del Toshiba, sino una gran parte. Se habían quedado cosas importantes, pero no las necesitaba para completar la información de otros ordenadores. Había información de presupuestos de campañas, de sus cuentas y hojas Excel, que sacó con una disquetera. Para ello, llamó al jefe de sistemas de información y le pidió que la pasara a un *pendrive*, después de darle la clave del Toshiba Libretto. Le dio el *pendrive* al sr. Barrero y, tal y como éste se lo entregó, se lo dio al Juzgado Central de Instrucción nº 5. Desde ese *pendrive* imprimió las hojas entregadas en el juzgado. Lo que aportó a éste en el *pendrive* era una parte de lo que había en los ordenadores que estaban en la sede del Partido Popular; por eso, su abogado, el sr. Gómez de Liaño, solicitó que el partido los entregara.

B. Apple MacBook Pro: contenía escaneos de recibo, complementos de la información de 1990 a 2008 y presupuestos de campañas electorales, con un listado de los donantes. El Apple tenía contraseña de acceso; normalmente, sus ordenadores la tienen. El *pendrive* tenía la misma contraseña del ordenador. A principios de noviembre de 2012 cambió el disco duro estropeado del Mac. Fue a repararlo a una tienda y le entregaron el disco duro dentro de una carcasa que funcionaba como disco duro externo. La información del disco duro antiguo la pasó él mismo al disco nuevo, sin recurrir al sr. Barrero, entre noviembre de 2012 y el 15 de enero de 2013 en que no se le permitió la entrada en la sede del partido.

No puede valorarse correctamente el testimonio ofrecido en el juicio sin conectarlo con determinados fragmentos de las demás declaraciones efectuadas previamente por el sr. Bárcenas acerca del contenido de los discos duros y del *pendrive*, tanto en las diligencias previas 275/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, como en este procedimiento:

1. Declaración del 15 de julio de 2013 en calidad de imputado ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (folios 33 a 87, tomo I): "*Y ahí faltan 3 ejercicios sobre los que, en fin, había dudas de si existían, si habían desaparecido, o alguien los había quitado. Esos 3 ejercicios están en los ordenadores que hay en Génova del partido, que no se me devolvieron cuando dejé mi despacho, pero además están en el pendrive éste, ¿no? Este es un pendrive donde aparte de los ejercicios que faltan ahí, se encuentra información sobre las cuentas mías en Suiza, referente a los años 93, 94 y 95, porque era toda la información que estaba ahí, y sobre temas míos personales, y sobre temas del partido, pero temas oficiales (presupuestos…). Hago entrega del pendrive. Insisto, esa información está en los ordenadores que hay en Génova que son míos. (…) lo que hay es información mía particular, de cuentas mías (…) hay algún fichero específico con información del partido, el presupuesto de una campaña, un presupuesto de funcionamiento, información que afecta al Partido Popular, y yo creo que hay 2 o 3 archivos que afectan a datos míos personales de las cuentas mías en Suiza (…) Y esta es la documentación que afecta expresamente a la causa ésta que está contenida en ese pendrive y en el ordenador que está en Génova.*"

   Más adelante, cuando se preguntó al sr. Bárcenas si lo mismo que había entregado en el *pendrive* estaba en los ordenadores que tenía en la sede del Partido Popular, respondió afirmativamente. Y al pedirle que aclarara si hablaba de un ordenador o de varios, añadió: "*Estaba hablando de dos ordenadores, de un Apple y de un Toshiba, me parece que es. Del Toshiba, concretamente, es de donde procede la información que está en el pendrive, y en el Apple pues había otra información pero no sé por qué le cambié el disco duro en el mes de octubre, y no sé lo que habrá podido quedar en la memoria RAM, pero había otra información también*" (folio 80, tomo I).

   El significado de estas palabras es claro e inequívoco y sólo admite una interpretación: lo que Luis Bárcenas entregó en el juzgado fue la totalidad de la información que había estado almacenada en los ordenadores de la sede. Esta impresión es coherente con la justificación del requerimiento judicial de entrega de los ordenadores:

a. El 22 de julio de 2013, la representación del sr. Bárcenas solicitó al Juzgado Central de Instrucción nº 5 que requiriera al sr. Durán "*para que haga entrega al Juzgado de los dos ordenadores portátiles que don Luis Bárcenas tenía en esa sede y que por técnicos cualificados, a presencia de las partes, se descarguen los archivos en la memoria de ambos dispositivos informáticos*" (folios 118 y 119, tomo I). De esta petición se deduce que la defensa de Luis Bárcenas consideraba que había datos en los dos equipos situados en la sede, pero no que contuvieran más información que la almacenada en el *pendrive* entregado.

b. La finalidad de mero contraste aparece con más claridad en la postura de la Fiscalía. Se resalta que el fiscal había estado presente en la declaración del sr. Bárcenas del 15 de julio de 2013. La Fiscalía Especial Anticorrupción informó el 16 de agosto de 2013 que procedía requerir al Partido Popular "*para que aporte a la causa los dos ordenadores portátiles utilizados por el imputado Luis Bárcenas Gutiérrez, que obran en poder del partido, para que por técnicos cualificados se proceda al volcado de los archivos que contienen*", justificando su petición –esto es lo más relevante– en que "*en los ordenadores referidos se contiene la información y archivos primigenios de los que los contenidos en el pen drive aportado el día de la declaración son una copia*" (folio 122, tomo I). Cabe interpretar entonces que la Fiscalía Especial Anticorrupción estimó procedente la diligencia sólo con finalidad de cotejo, y no para la ampliación de la información entregada o para la búsqueda de otra similar.

c. Por auto de 16 de agosto de 2013 el juzgado acordó la diligencia propuesta por ambas partes, "*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*" (folios 123 a 126, tomo I). Es evidente que el instructor contempló la posibilidad de que los ordenadores contuvieran otra información distinta de la aportada, pero también parece igualmente obvio que el sentido de su decisión fue prospectivo y no dirigido a complementar o reforzar la información entregada porque conociera o sospechara que ésta era incompleta.

2. Declaración de 3 de febrero de 2016, como testigo en este procedimiento (folios 924, 925 y CD del folio 953, tomo II):

a. Toshiba Libretto: "*…lo que tenía era información histórica (…) lo que ahí tenía era exclusivamente hojas de cálculo, fundamentalmente, y archivos de Word. De todos los archivos que tenía el disco duro del Toshiba Libretto, una parte de ellos, las hojas Excel que completaban la información que yo de forma manuscrita tenía en los ya llamados papeles de Bárcenas, los ejercicios que faltaban estaban pasados a ordenador, creo que como expliqué en la Audiencia Nacional en su momento, cuando yo adquirí este ordenador y por practicar con él, pues las anotaciones manuscritas en esos años, en lugar de hacerlas en… las hacía en papel, pero las pasaba luego al ordenador y conservaba el material en el ordenador. Eran comunicaciones y archivos de la contabilidad del Partido Popular, de la*

contabilidad paralela y de la contabilidad oficial (…) Había también archivos que comprendían presupuestos de campañas electorales, determinados datos provinciales en cuanto a cifras de donativos, de ingresos y tal, que yo los tenía incorporados a ese ordenador (…) Y en paralelo a eso, había información mía, personal, concretamente de mis cuentas en Suiza."

b. Apple MacBook Pro: "*Ese ordenador tenía desde fotografías mías personales hasta música (…) pero además de eso tenía, que yo recuerde, porque ese es un ejercicio que yo no lo llego a hacer hasta el mes de julio del año 2013, cuando mi abogado en aquel momento, Javier Gómez de Liaño, que hace una petición al juez Ruz para que el Partido Popular aporte los ordenadores, y me pide "Luis, haz una relación de qué cosas recuerdas tú que tenías." (…) sin entrar en detalles, había muchos pantallazos de correos electrónicos que me interesaba conservar, había un archivo, una carpeta concreta sobre Libertad Digital que tenía mucho detalle de cómo se habían hecho esas operaciones, mi soporte documental escaneado de algunas cosas que no pude aportar al juicio. Le estoy hablando en este caso concreto de comprobantes de las personas que recibieron fondos del partido y las comunicaciones cruzadas por las que se autorizaban esa operación se financiase con fondos del partido, aunque fuesen extraoficiales de la contabilidad B.*"

3. Declaración de 9 de marzo de 2016, también en calidad de testigo en esta causa (folios 1402 a 1406 y CD del folio 1407, tomo IV): "*…había un correo electrónico con Luis Molero (…) ese documento (…) hacía referencia a la petición que yo hago en el momento que voy a dejar el Senado y la tesorería del partido, que quiero recordar que es en el mes de marzo (…) era un pantallazo de un correo electrónico (…) Había correos, lo mismo, con mi secretaria, con Estrella Domínguez, en los que le pedía que determinadas cosas me las escanease, documentos que previamente ella me había hecho a máquina por indicación mía, que los escanease y que los volviese a enviar por correo electrónico para yo guardarlos en la memoria, correos con el Banco Popular de determinadas operaciones (…) que era el banco con el que trabajábamos principalmente. Con relación a documentos relacionados con Libertad Digital, que también es un tema que está en la causa de la Audiencia Nacional, había entre otros, que yo recuerde, un documento con la autorización de Álvaro Lapuerta para que determinadas personas dispusiesen de fondos del Partido Popular para comprar acciones de Libertad Digital, cosa que sucedió, no? Pero había documentación en la que Álvaro Lapuerta autorizaba expresamente eso, es decir, daba la orden de que se dispusiese de fondos de la contabilidad B para atender esas operaciones. Y estaban los recibos en los que esas personas reconocían que los títulos estaban a nombre de ellos, pero no eran propiedad de ellos, sino que el propietario final era el Partido Popular (…) Había, con relación a Libertad Digital, un listado de todos los donantes del PP con los que hizo gestiones Álvaro Lapuerta para que suscribiesen la ampliación de capital de Libertad Digital (…) Para mí tiene interés, desde luego, en el procedimiento que se sigue en la Audiencia Nacional, ¿no? Luego había un listado (…) de reuniones con Álvaro Lapuerta y donantes, con nombres de éstos cuando Lapuerta los identificaba, que era un control por fechas de las personas con las que nos habíamos reunido, la cantidad, independientemente de que se materializaba en la contabilidad B (…) eso lo tenía en un*

documento de Word (…) recibos escaneados de distintos conceptos de pagos de la contabilidad B (…) y luego pongo recibos de pagos a determinadas personas que en ningún caso son cargos importantes del Partido Popular (…) recibos que, de alguna forma, bueno, consolidan lo que el auto de apertura de juicio oral de UDEF-BLA ya ha consolidado, y es que, en fin, que la contabilidad B del Partido Popular es una realidad desde el primer apunte hasta el último (…) Luego había un detalle presupuestario de diferentes (…) eran recibos escaneados. De pagos de la contabilidad B, eso es. Luego había también en hojas Excel detalle presupuestario de diferentes campañas electorales (…) las aportaciones específicas que entregaban determinadas personas para financiar el déficit en el que se podía haber incurrido en una determinada campaña electoral. Luego, en cuanto a temas míos particulares (…) detalle personal de operaciones de compraventas de cuadros (…) fotografías de todos los cuadros (…) Luego había mucha información de datos de mis cuentas bancarias en España y, fundamentalmente, de mis cuentas en Suiza, de los dos bancos en los que yo tenía cuenta abierta (…) Y luego detalle de operaciones de carácter comercial en las que he intervenido (…) Y por último, documentos con visados de Álvaro Lapuerta, que concretamente esos documentos eran pólizas de crédito y contratos firmados por Álvaro…"

Para relacionar el contenido anterior, el testigo se auxilió de una nota previamente redactada. Aclaró que esos eran los documentos que guardaba en el disco nuevo del ordenador Apple, tras haber pasado la información desde el soporte que estaba estropeado y le daba problemas, que al final tiró a la basura. Es de interés su manifestación de que toda la información del *pendrive* salió del Toshiba, aunque ese *pendrive*, una vez que ya tenía esa información, debió de introducirlo en el Apple. También negó haber hecho copias de seguridad.

Una vez llegados a este punto, es imprescindible afrontar la valoración de la verosimilitud atribuible al testimonio del sr. Bárcenas y su aptitud como prueba de cargo, lo que resulta clave para el enjuiciamiento de la conducta. Se reitera que la subsistencia de información digital en los discos duros de los ordenadores que permanecían en la sede del Partido Popular en el momento en que fueron sometidos al procedimiento de borrado seguro es, de entre todos los hechos analizados, el de mayor relevancia. Además de integrar un elemento del tipo común a los delitos de daños informáticos y encubrimiento, constituye un presupuesto o condicionante lógico de otros elementos típicos del primer delito (ajenidad y gravedad del resultado). Es palmario que si no hubo una verdadera destrucción, borrado o eliminación de datos, porque los soportes estaban vacíos, no puede haberse cometido ninguno de los dos delitos por los que se acusa.

Como antes se ha dicho, únicamente vieron o conocieron directamente el contenido de los discos duros el sr. Bárcenas y el sr. Moreno, y ambos mantienen lo contrario. Siendo así, la única fuente de prueba de la existencia de los archivos en los discos duros al tiempo de proceder a su borrado es el testimonio de Luis Bárcenas como perjudicado. Este carácter exclusivo condiciona decisivamente el modo de enfocar la valoración de esa versión incriminatoria, toda vez que ésta, en lo que respecta a ese concreto hecho, actúa como prueba de cargo única y bastante para la condena, sin perjuicio de la valoración de la prueba practicada sobre otros hechos.

Son sobradamente conocidos los requisitos exigidos al testimonio de la víctima de la infracción penal, perjudicado o denunciante, para que pueda operar como prueba de cargo exclusiva y suficiente para la condena, al apoyarse en una reiteradísima jurisprudencia. No son condiciones objetivas de validez de la prueba, sino criterios o parámetros a los que ha de someterse la valoración del testimonio, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración razonable. En principio, un único testimonio puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, pero ha de reunir las siguientes notas o requisitos: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre testigo y acusado que permitan deducir la presencia de un móvil espurio, como puede ser resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, animadversión o cualquier otro similar capaz de privar a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. B) Persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, coherente, sin ambigüedades, contradicciones ni modificaciones esenciales a lo largo de las sucesivas declaraciones. C) Verosimilitud del testimonio, que se articula en una doble exigencia: en el plano interno, ha de ser lógico en sí mismo; desde el punto de vista externo, ha de estar respaldado por corroboraciones periféricas de carácter objetivo u otros datos añadidos que consten en las actuaciones (entre otras muchas y por más recientes, STS 271/2019, de 29 de mayo, y SSAP de Madrid 193/2019 (Sección 15ª), de 25 de marzo y 335/2019 (Sección 3ª), de 6 de junio; las dos últimas, a propósito de delitos de daños). El resultado de la proyección de cada uno de esos requisitos al testimonio de Luis Bárcenas es el siguiente:

A. *Ausencia de incredibilidad subjetiva*. En el juicio se puso mucho énfasis por las defensas en la animadversión demostrada por Luis Bárcenas hacia el Partido Popular o sus dirigentes, exteriorizada en la interposición de varias querellas contra éstos. En su intervención testifical, el sr. Bárcenas negó albergar ese sentimiento cuando fue preguntado por ello en relación con denuncias dirigidas contra el sr. Durán y la sra. Navarro (al parecer, por delitos de estafa procesal y falsedad documental). En cualquier caso, aquí carece de sentido indagar si la activación de esos procedimientos penales es demostrativa de la voluntad nociva alegada por las defensas, porque en las presentes actuaciones no se dispone de suficiente información al respecto. No puede decirse lo mismo de las dos siguientes causas, promovidas contra algunos de los acusados apenas cuatro meses antes de la primera declaración incriminatoria por el borrado de los discos duros efectuada el 15 de julio de 2013, ya mencionadas en los apartados 5.1 y 5.2 de este fundamento:

   - Demanda por despido improcedente interpuesta ante la jurisdicción social el 15 de marzo de 2013, desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid de 17 de julio de 2014, que resultó confirmada en suplicación por la sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social (Sección 5ª) del TSJ de Madrid (folios 1695 a 1726, tomo IV).

   - Más reveladora es la denuncia policial interpuesta el 1 de marzo de 2013 por supuestos delitos de robo y/o apropiación indebida de los dos ordenadores, que el sr. Bárcenas atribuyó al sr. Durán (folio 996, tomo III), dando origen a las diligencias previas 604/2013 del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, sobreseídas libremente

por auto de 21 de abril de 2013. La defensa del Partido Popular mantiene que la auténtica intención que escondía la denuncia era la de preconstituir prueba de cara al inminente procedimiento por despido, instado apenas quince días después. En principio, es cierto que la mención del denunciante de que disponía de despacho propio en la sede del partido podía servir a los fines de la demanda de despido, pero ocurre lo contrario con la afirmación de que los dos ordenadores sustraídos le pertenecían a él y no a la supuesta empleadora, como hizo notar la acusación Izquierda Unida–Los Verdes. De un modo u otro, es patente la conexión entre la denuncia y el requerimiento que Luis Bárcenas dirigió a la sra. Navarro para la entrega de sus efectos personales objeto de la supuesta apropiación indebida (folios 1025 y 1026, tomo III), entre ellos los ordenadores, puesto que la denuncia y el requerimiento fueron simultáneos –coincidieron el 1 de marzo de 2013– y su contenido era prácticamente idéntico en la exposición de hechos. El Ministerio Fiscal preguntó al testigo en el juicio si la solicitud de efectos personales iba a dirigida a presentar una prueba en el proceso laboral sobre el hecho de que seguía ejerciendo funciones en el Partido Popular. El sr. Bárcenas respondió inicialmente que no lo recordaba, pero es preocupante la respuesta inmediatamente posterior en relación al burofax de requerimiento que remitieron sus abogados laboralistas: "*probablemente sea lo que usted dice, era un forma de acreditar que efectivamente yo estaba trabajando en el partido y tenía mi despacho allí, ¿no? vamos, yo no lo recuerdo, probablemente fue así.*" Dada la manifiesta vinculación entre el burofax y la denuncia, la respuesta del testigo al conectar el primero con la demanda laboral, sólo ambigua en apariencia, supone un velado reconocimiento de la instrumentación del procedimiento penal contra el sr. Durán por la supuesta sustracción de los ordenadores al servicio de una finalidad ajena a la que le es propia (la única legítima y admisible). La constatación de tal artificio genera el primer motivo de desconfianza hacia el testimonio del sr. Bárcenas.

B. *Persistencia en la incriminación*. Al comparar las sucesivas declaraciones de Luis Bárcenas antes recogidas aparecen las siguientes divergencias sustanciales sobre el contenido de los discos duros:

- 15 de julio de 2013: según el testigo, el contenido del *pendrive* coincidía con el del disco duro del Toshiba, del cual había sido extraído. Ambos soportes incorporaban también tres ejercicios que no se encontraban entre la documentación impresa que había entregado en el jugado. En los ordenadores que había en la sede no había otra información que la del *pendrive*, dado que, si bien inicialmente había más en el Apple, el testigo tuvo que sustituir el disco duro, tras lo cual sólo quedaba lo que hubiera en la memoria RAM. Obviamente, esta última mención equivalía a decir que no quedaba nada, porque la RAM es una memoria de funcionamiento y no de almacenamiento, que se vacía cada vez que se apaga el equipo.

- 3 de febrero y 9 de marzo de 2016: el sr. Bárcenas describió con mucho detalle la información que había en los dos ordenadores, especialmente el contenido del Apple en la segunda de esas declaraciones. Afirmó que lo que había en el *pendrive* había sido extraído del Toshiba y no del Apple. Según dijo, tras el cambio de disco duro

del Apple, trasladó al nuevo la información que había en el antiguo estropeado, que tiró a la basura porque no servía para nada.

- Juicio oral: a tenor de esta versión, la información que había en el *pendrive* no era toda la que estaba guardada en el Toshiba, ya que faltaban cosas importantes. El testigo sostuvo que quedaba contenido almacenado en el Apple porque había logrado traspasarlo al nuevo soporte desde el disco duro estropeado.

Al igual que sucede con las narraciones de hechos de varias personas sobre un mismo suceso, es perfectamente lógico que una misma persona utilice palabras diferentes en descripciones sucesivas de unos mismos hechos si están separadas en el tiempo, sobre todo en aspectos secundarios. También puede ser natural que no surja el recuerdo de ciertos datos en determinada ocasión, pero sí aparezca en un momento posterior. Téngase en cuenta, además, que en declaraciones judiciales la riqueza de detalles en las respuestas suele estar bastante condicionada por la dinámica del interrogatorio y por las preguntas formuladas. Incluso podría llegar a aceptarse, por más que resulte extraño, que el grado de exactitud del recuerdo se incremente progresivamente con el transcurso de tiempo si, de forma paralela, se ha aumentado el esfuerzo memorístico. Lo que ya no puede aceptarse es que el cambio en el relato afecte a aspectos esenciales de una vivencia personal que han tenido que quedar sólidamente fijados en la memoria. Esa clase de variación sustancial de la versión tampoco es compatible con el requisito de la persistencia en la incriminación que se está analizando. No es coherente que el sr. Bárcenas dijera el 15 de julio de 2013 que el *pendrive* contenía la totalidad de lo almacenado en el Toshiba y que, sin embargo, en las intervenciones en esta causa haya afirmado que quedaron datos en el ordenador; especialmente, si se repara en la extrema imprecisión de la respuesta del testigo en el juicio cuando la defensa del sr. Moreno le preguntó por ese contenido residual y su compatibilidad con su expresión "*porque era toda la información que estaba ahí*" (de su declaración del 15 de julio de 2013): "*sí, porque era toda la información que estaba ahí que guardaba relación con la información que estaba entregando y que completaba los papeles (…) la realidad del procedimiento es que yo aporto todo lo que es significativo para la pieza de los papeles que se está juzgando (…) y saco los archivos que complementan eso, que aprovecho para sacar cosas que afectan a mis cuentas en el extranjero, que también quiero aportarlas porque no se tiene conocimiento por las comisiones rogatorias (…) pero dejo en el disco del ordenador algunas cosas que no recuerdo pero que yo no les di en ese momento mayor importancia porque no completaban eso, hacían referencias a otras cosas.*" Cuando se le pidió que tratara de recordar esa información que quedó en el Toshiba respondió que le resultaba imposible. Otro tanto sucede con el contenido del Apple. Ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dio a entender explícitamente que no quedaba nada tras el cambio del disco duro deteriorado (salvo lo que hubiera en la memoria RAM), pero en declaraciones sucesivas en esta causa, sobre todo en la de 9 de marzo de 2016, fue desvelando gradualmente un contenido que, incluso, podía superar al del *pendrive* en volumen y relevancia para la investigación que conducía dicho juzgado. La desconfianza hacia el testimonio del sr. Bárcenas se acentúa tras la declaración de Roberto Estangui Olmo sobre esta última cuestión, a la que se hará referencia en el siguiente apartado.

Las modificaciones sustanciales en un relato de hechos son legítimas y comprensibles para un acusado desde la perspectiva de su derecho de defensa, pero no para un testigo. Acaso pueda encontrarse la explicación a tales cambios en el solapamiento temporal de ambas condiciones sobre hechos parcialmente coincidentes. El 15 de julio de 2013, el sr. Bárcenas declaró como imputado, mientras que en esta causa lo ha hecho siempre como testigo. Al versar una y otras, en parte, sobre los mismos hechos –en los aspectos que aquí interesan de la declaración de imputado–, no sería prudente descartar la posibilidad de que, en caso de colisión o de interferencias entre su deber de mostrarse veraz en este procedimiento y su estrategia de defensa en la causa en que ya ha sido acusado, hubiera optado por dar prioridad a esta última. No en vano, en la testifical del sr. Bárcenas en el plenario declaró asistido de su letrado.

C. *Corroboración de la verosimilitud*. Se puso de manifiesto una discrepancia muy relevante entre el testimonio de Luis Bárcenas y la testifical del técnico que efectuó la reparación del ordenador Apple.

El sr. Bárcenas mantuvo –con la única excepción del 15 de julio de 2013– que fue capaz de traspasar el contenido del disco duro averiado al recién instalado en el Apple, tras la sustitución efectuada por el establecimiento Universomac. A preguntas de la defensa del sr. Durán explicó en el juicio: "*…el disco dañado lo meten en una carcasa que también la pago y figura en esa factura con un cablecito que termina en un puerto USB, una tecla que permite entrar en un puerto USB. Esa tecla la conecto al puerto USB del ordenador y traslado con mucha dificultad la información del disco duro dañado al disco duro recién comprado (…) y una vez que eso está hecho guardo el disco una temporada y tal, pero el disco lo tiro, porque no sirve para nada*." Y en respuesta a la defensa del sr. Moreno: "*El día siguiente a recoger el ordenador, cojo el disco duro deteriorado, conecto el cable y empiezo a pasar toda la información que tengo (…) en el disco duro al nuevo. Lo hago yo solo y le he explicado que lo hago yo solo porque es tan sencillo como meter un pendrive en el ordenador. Aunque es un disco duro, un disco externo, que los estamos viendo permanentemente, bueno pero con el disco duro, con una carcasa que contiene el disco duro antiguo, el deteriorado. Y eso es tan sencillo como pinchar, abrir los archivos y arrastrar los archivos (…) Yo, como le he dicho, no soy un técnico en esta materia, lo consultaba todo. Yo lo que le garantizo es que la información que había en el disco duro deteriorado pasó toda al ordenador, al disco duro del ordenador.*"

Pugna con esta manifestación el relato del técnico de Universomac que llevó a cabo la reparación del Apple, Roberto Estangui Olmo, quien negó la posibilidad de recuperar el contenido del disco duro defectuoso. En concreto, cuando fue preguntado en el juicio por la posibilidad de dejar esa información en el ordenador reparado, respondió: "*Si lo hubiese hecho, en el albarán de salida hubiésemos presupuestado recuperación de datos. Y en el albarán de salida no hay ningún término así, sólo hay… o sea poner el disco duro en una caja externa para que el cliente pudiese acceder a esa información, pero el disco duro estaba tan dañado que no se podía hacer un traspaso de datos de un disco duro viejo a un disco duro nuevo. Si en el albarán no está puesto ese concepto,*

recuperación de datos, la información del disco duro viejo sólo estaba en el disco duro viejo." Cuando la fiscal quiso saber si la imposibilidad de recuperar esos datos a petición del cliente se debía a que el disco estaba muy dañado, contestó: "*Claro, porque normalmente si vemos que el disco duro no vamos a tener esa posibilidad, porque Universomac no era una empresa de recuperación de datos, si no teníamos una garantía 100% de que se pudiese recuperar esa información, no nos arriesgábamos por así decirlo a (…) que luego al final no pudiésemos recuperar esa información.*"

El sr. Bárcenas admitió que no era un entendido en informática, lo que también confirmó el sr. Barrero en el juicio, al señalar que aquél tenía "conocimientos informáticos básicos." Los peritos de Grand Thornton apuntaron que para la recuperación de datos hace falta una empresa especializada, que ni siquiera da garantías, pero no puede hacerla un usuario sin conocimientos técnicos. Con los datos disponibles, parece sumamente improbable que Luis Bárcenas lograra por sí mismo recuperar la información del soporte deteriorado y hacer el trasvase con éxito al ordenador Apple. Por supuesto, no puede afirmarse con total seguridad que no lo consiguiera, pero esa operación no parecía quedar al alcance de sus limitados conocimientos informáticos. Ni siquiera resultó convincente la descripción que hizo en el juicio del modo de conseguirlo: una simple selección y arrastre de archivos de un soporte a otro, esto es, sin especialidad alguna en relación con el método común de copiado, más allá de mencionar que lo hizo con mucha dificultad.

Con arreglo a las consideraciones anteriores, no es factible conceder al testimonio de Luis Bárcenas la fiabilidad suficiente para tener por acreditado, sin lugar para la duda, que había información digital almacenada en los discos duros de los dos ordenadores cuando el sr. Moreno llevó a cabo el borrado seguro. Tampoco hay motivos de peso para afirmar que el testigo faltó conscientemente a la verdad en todas o alguna de sus declaraciones. Pero su relato, en lo que respecta exclusivamente a la existencia de esos archivos en ese preciso momento y en esos concretos equipos, está lejos de reunir las características necesarias para poder actuar como prueba de cargo, a tenor de la doctrina jurisprudencial asentada sobre la materia, bien entendido que, como antes se ha explicado, constituiría el único medio de prueba conducente a la demostración de un hecho decisivo para la fundabilidad de la pretensión de condena.

La falta de convicción sobre la existencia de contenido digital en los discos duros antes de su borrado y destrucción, como efecto inevitable de la considerable desconfianza que provoca el testimonio del sr. Bárcenas, es independiente del resultado de las tres periciales que obran en las actuaciones. Dos de ellas, incorporadas mediante documental extraída de la causa tramitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5; y la tercera, específicamente elaborada para el juicio a instancia de la defensa del Partido Popular. Antes de desarrollar las razones que llevan a entenderlo así, se va a hacer un breve resumen de las conclusiones de las tres pericias, lo que permitirá explicar mejor esos motivos:

1. Pericial de la Comisaría General de Policía Científica, emitida por los funcionarios del CNP nºs 82.701 y 106.594 que intervinieron en el juicio oral. Se compone de dos dictámenes separados:

A. Informe de 12 de agosto de 2013, relativo al *pendrive* de la marca It Words, de 4 GB, aportado por Luis Bárcenas el 15 de julio de 2013 (folios 1801 a 1843, tomo IV). El estudio se realizó sobre los *pendrives imagen* y *clonado* procedentes del volcado efectuado el 17 de julio de 2013. Las conclusiones principales son:

   - De los trece ficheros, diez presentan la misma fecha de creación (21 de octubre de 2011), que es posterior a la fecha de última modificación, lo que indicaría que fueron copiados desde otro soporte. Los tres ficheros restantes habrían sido guardados en el mismo con posterioridad.

   - El contenido de algunos archivos parece incongruente con la fecha de última modificación de los mismos, ya que incluyen algunas anotaciones de tipo económico que podrían corresponder a periodos temporales posteriores a esa fecha.

B. Informe de 23 de septiembre de 2013, relativo al disco duro del ordenador Apple MacBook Pro con nº de serie W893430666E (folios 172 a 185, tomo I). Se concluye lo siguiente:

   - El sistema de archivos contiene un volumen creado el 2 de julio de 2013. El sistema operativo Mac OS X fue instalado el 3 de julio de 2013.

   - Se encuentran vacías todas las carpetas personales del único usuario (administrador). La única actividad es la propia de la instalación del sistema operativo. La aplicación de técnicas de recuperación de datos en el disco duro dio resultado negativo.

2. Pericial de la Unidad de Apoyo de la IGAE a la Fiscalía Anticorrupción, realizada por los NUMHAP nºs 8.289 y 12.838 en la fecha del 3 de febrero de 2014 (folios 675 a 708, tomo II). Sólo compareció en el juicio el segundo de los peritos. Del prolijo contenido del dictamen puede tener interés extractar que el archivo Barcen.xls tenía una fecha de modificación del 18 de abril de 1993, a pesar de que ese archivo contenía movimientos de los *papeles de Bárcenas* hasta diciembre de 1993.

   El perito que acudió al plenario opinó que le parecieron muy extraños los movimientos que reflejaban esos papeles y que, aunque no sabría decir si el *pendrive* contenía información manipulada, no la consideraba creíble.

3. Pericial de Grand Thornton realizada el 12 de junio de 2019 a instancia de la defensa del Partido Popular (folios 4856 a 4963, tomo XII). De sus conclusiones relativas al examen de los portátiles y el contenido del *pendrive* se considera conveniente resaltar lo siguiente:

   - Algunos de los ficheros almacenados en el *pendrive* datan de años anteriores a 1998, el año en que se comenzó a comercializar el Toshiba Libretto 100 CT, por lo que no pudieron hacerse a través del mismo. No existe evidencia de que la información

procediera del disco duro del Apple, dado que las fechas de las conexiones realizadas por el *pendrive* en un ordenador de ese tipo no son coherentes. Por ello, la información del *pendrive* no ha podido ser copiada desde ninguno de los dos ordenadores portátiles.

- El informe pericial policial identificó 13 archivos, pero en el *pendrive* pudieron encontrar un total de 41 archivos visibles y 8 archivos ocultos. Tras analizar su contenido, estiman que los apuntes contenidos en los mismos no guardan relación, en todos los casos, con las fechas de modificación de los mismos. En algunos supuestos, las fechas son previas.

- Aparecen archivos temporales que evidencian que se accedió al contenido de algunos archivos el 15 de julio de 2013; en unos casos, antes de comenzar la declaración del sr. Bárcenas y, por tanto, de la entrega del soporte; en otros archivos, al término de esa diligencia. Existen elementos que indican que el contenido del *pendrive* aportado por el sr. Bárcenas ha sido alterado y, por consiguiente, no pueden pronunciarse acerca de la integridad de su contenido.

Cuando los peritos de Grand Thornton advierten una divergencia entre el resultado de sus comprobaciones técnicas y la versión del sr. Bárcenas, aluden fundamentalmente a las siguientes manifestaciones de su declaración judicial como imputado de 15 de julio de 2013: "*Los documentos son de la fecha en la que están abiertos los archivos y en uno hace referencia, concretamente, me parece que es a BARCE93, ese archivo está hecho en el año 93. En aquel momento, yo tenía un ordenador portátil pequeño (…) y estos temas los anotaba en el ordenador (…) La totalidad de esos documentos, como he dicho, se corresponden al año en el que figura el documento. Si es BARCENAS93, está hecho en el año 93*" (folio 35, tomo I). Asimismo, en el acta de la declaración testifical de 9 de marzo de 2016 consta: "*Los archivos del año 93 estima que no se crearon en el Toshiba, porque quiere recordar que lo compró en el 96*" (folio 1405, tomo IV).

Como se ha adelantado, 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. En este sentido, es muy importante deslindar el objeto de este juicio y el de la causa que ha sido instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y se encuentra pendiente de enjuiciamiento ante la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de que la persecución de los presentes hechos arrancara a partir de aquel procedimiento. Si el contenido del *pendrive* pudo ser manipulado antes y después de su aportación en el juzgado, si existen evidencias digitales de que los archivos del *pendrive* no pudieron ser creados en el momento y por el medio que indicó el sr. Bárcenas, o si el contenido contable o presupuestario de los ficheros de ese soporte no es congruente con la fecha de creación o modificación de los mismos, son cuestiones todas ellas que, a buen seguro, acaparan el máximo interés probatorio en el procedimiento en el que se va a enjuiciar, entre otros hechos, la existencia de una supuesta

contabilidad B del Partido Popular. Por la misma razón, en esta causa no es trascendente a efectos probatorios si Luis Bárcenas fue o no veraz al declarar sobre esos aspectos. El contenido de los equipos durante la primera mitad de 2013, de un lado, y la supuesta contabilidad oculta en el partido, de otro, son hechos independientes entre sí, material y procedimentalmente, del mismo modo que son independientes las valoraciones que puedan hacerse en una y otra causa de las declaraciones del sr. Bárcenas. Por ello, que aquí se estime que su testimonio sobre el contenido de los discos duros no es fiable, es compatible con la eventual credibilidad que se le pudiere otorgar sobre el funcionamiento contable y financiero del Partido Popular. No se pone en duda que los ficheros existieran realmente, con el contenido y las implicaciones jurídico-penales que determinará en su día la Sala 2ª de la Audiencia Nacional. Tampoco cabe duda de que esos archivos constituyen en ese juicio fuentes de prueba de supuestos delitos, con la eficacia que estimare oportuno atribuirle dicha Sala. Ahora bien, se insiste en que aquí sólo tiene sentido analizar la verosimilitud de Luis Bárcenas en torno a la cuestión de hecho nuclear: si los discos duros de los dos ordenadores, al tiempo en que fueron borrados y destruidos, no guardaban información alguna, o bien almacenaban sólo el mismo contenido del *pendrive* o también otros archivos adicionales.

5.5. Delito de daños informáticos. Se explicó en el fundamento primero que es estimable la cuestión previa planteada por las defensas sobre la interpretación del artículo 782 LECrim por la doctrina jurisprudencial consolidada que parte de la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, por lo que procede la absolución por el delito de daños informáticos. A pesar de ello, se va a estudiar la concurrencia de los elementos del tipo, por los motivos que se explican en el apartado 1.5.

La participación en el supuesto delito de la acusada Carmen Navarro carece de base fáctica suficiente. La circunstancia de que la gerente del Partido Popular fuera quien tomara la decisión de impedir a Luis Bárcenas la entrada en la sede en enero de 2013, si es que partió de ella, es ajena a la conducta con posible relevancia penal. También lo es que hubiera tenido alguna implicación en la decisión de entrar en la sala Andalucía y en el modo de hacerlo. En cuanto a esta última acción se hace remisión, además, a las consideraciones del apartado 5.2 de este fundamento. Por otra parte, en lo que respecta al borrado de los discos duros, su vinculación con los hechos es extremadamente débil, dado que, según el planteamiento acusatorio, está basada en que el borrado seguro que hizo el sr. Moreno por indicación del sr. Durán tuvo que ser consentido o autorizado por la gerente, al estar integrado el departamento de sistemas de información en la gerencia del partido. La dependencia orgánica y/o funcional es evidente y objetiva, pero insuficiente para extraer de ella, de manera indubitada, una participación en la conducta supuestamente delictiva por alguna de las modalidades de autoría que contempla el artículo 28 CP, incluso en el plano teórico y sin necesidad de profundizar en el aspecto probatorio.

En lo que atañe al Partido Popular, ya se explicaron en el fundamento segundo, entre otros extremos, los requisitos exigidos para la declaración de responsabilidad de la persona jurídica. A pesar de que la carga de la prueba corresponde a las acusaciones (como también se razonó en ese apartado), en buena medida por iniciativa de la formación política acusada se ha demostrado que en el funcionamiento interno del partido no se manifestó ninguna deficiencia estructural en los mecanismos de prevención y control exigibles y destinados a

evitar la comisión de delitos de daños informáticos, en relación con el tratamiento de datos de los equipos. En la definición de esos mecanismos, el referente no puede ser otro que la legislación en materia de protección de datos y su desarrollo reglamentario (ya expuesto con profusión en el apartado 5.3). A su vez, para la traslación de ese marco legal a la realidad de las entidades y organizaciones, es inevitable recurrir a las diversas guías de buenas prácticas disponibles en el ámbito internacional; entre ellas, por ejemplo, ya se ha hablado de la guía de INTECO (en la época de los hechos), elaborada por un organismo público español. No consta, según se ha razonado, que el procedimiento de borrado seguro implantado hubiera sido dado a conocer a los empleados del departamento de sistemas de información. Ni siquiera consta que el documento que lo recoge ya estuviera redactado en mayo de 2013 como parte del documento de seguridad. Las testificales de los informáticos no han permitido acreditarlo, pero también es cierto que de esos testimonios se obtiene la certeza del protagonismo del sr. Moreno, tan pronto como llegó al partido en 2011, en la implantación de una política de cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos. En ese proceso, fue un factor decisivo el encargo por el partido de una auditoría a la entidad Écija, cuyas conclusiones en 2012 se tradujeron, entre otros aspectos, en una modernización de los métodos de borrado seguro de datos de los equipos informáticos a reasignar o desechar. No es relevante que no conste la difusión de esa nueva metodología entre todos los informáticos a principios de 2013, porque se ha probado que el propio acusado, bajo las directrices marcadas por el protocolo, se encargaba personalmente del borrado seguro de los ordenadores del personal directivo. Así lo hizo con los que habían sido utilizados por Luis Bárcenas. Estas conclusiones probatorias impiden apreciar que el Partido Popular hubiera incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de sus empleados, cuya finalidad fuera la de evitar la comisión de un delito de daños informáticos.

Entrando en el examen de los elementos del tipo, siempre en la línea del escenario legal y jurisprudencial desarrollado en el fundamento tercero de esta sentencia, se exige en el artículo 264.1 CP que el borrado se haga *sin autorización*, lo que está estrechamente relacionado con el elemento intencional de la conducta. Es claro que en el término tiene cabida la autorización del dueño de los datos borrados, pero también es susceptible de asimilarse a una autorización legal. Recuérdese lo que se exponía en el apartado 3.1, en el sentido de que el Considerando 17 –el equivalente a la Exposición de Motivos en el ordenamiento nacional– de la Directiva 2013/40/UE (inspiradora de la redacción vigente de los artículos 264 y ss. CP), excluye la responsabilidad penal cuando se cumplen los criterios objetivos de la infracción, pero los actos se cometen sin propósito delictivo. Entre los ejemplos que incluía tras esa exclusión citaba los supuestos "*…de intervención autorizada o de protección de los sistemas de información…*". Constituye un elemento de interpretación muy valioso para descartar razonablemente que en la conducta enjuiciada concurra el elemento típico de la falta de autorización. El contexto en el que tuvo lugar la acción de borrado y, más exactamente, el hecho de que se esperara hasta el sobreseimiento libre declarado por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, permite inferir que el ánimo que lo inspiró no fue el de ocasionar un menoscabo patrimonial al sr. Bárcenas, sino el de preservar la privacidad de la información que el usuario almacenaba, en cumplimiento de una exigencia legal. Que se optara por observar ésta mediante un determinado método de

borrado, en lugar de otro menos eficaz, no tiene virtualidad suficiente para mermar esa inferencia.

Se ha razonado con anterioridad que no se ha probado que en los ordenadores Toshiba y Apple quedara ninguna información en el momento en que se llevó a cabo el borrado seguro, lo que es bastante por sí solo para la absolución por el delito de daños informáticos. Por tanto, al examinar la concurrencia del requisito del artículo 264.1 CP consistente en que los datos eliminados sean ajenos, sería meramente especulativa la tarea de establecer si la información digital señalada por las acusaciones era privativa del sr. Bárcenas o, en cambio, pertenecía al Partido Popular. Con todo, se recuerda que los documentos elaborados a resultas del trabajo desempeñado para el partido, de carácter administrativo, contable o presupuestario, así como los correos electrónicos corporativos, pertenecen a la organización y no reúnen la nota de ajenidad exigida por la definición del tipo. Como se adelantó en el apartado 5.2, la sentencia de 17 de julio de 2014 del Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, dictada en el procedimiento por despido, dificulta ese enfoque para el producto del trabajo de Luis Bárcenas posterior al 16 de abril de 2010. En cualquier caso, éste afirmó en su testifical del 9 de marzo de 2016 que su actividad como gerente del partido concluyó en junio de 2008. Y en relación a su actividad posterior en la sala Andalucía: "*es que en el de la sala Andalucía yo tuve actividad de… el ordenador lo utilizaba dentro del despacho, abría correos, enviaba correos… pero yo no tuve ninguna actividad, digamos, profesional, yo estaba a disposición del partido, ocupaba ese despacho, que era una sala, porque así lo decidió el presidente del partido, pero yo, eso que llaman en términos de derecho trabajo u ocupación efectiva no tuve.*" (folios 1402 a 1406 y CD del folio 1407, tomo IV).

El problema de la indeterminación de los datos borrados también es extensivo, tanto al elemento del tipo consistente en la gravedad del resultado del apartado 1 del artículo 264 CP, como al requisito de que el resultado dañoso sea evaluable económicamente, exigido de forma implícita para el delito de daños informáticos cometido por persona jurídica del artículo 264.4 CP (redacción anterior a la LO 1/2015), en la medida en que el valor del perjuicio causado constituye un módulo imprescindible para la determinación de la extensión de la pena de multa a imponer a la persona jurídica que resulta condenada. El elemento de la gravedad debe ser enlazado con la exigencia jurisprudencial de una imposibilidad de recuperación de la información borrada, a la cual se hizo referencia al final del apartado 3.2 (SAP de Barcelona, Sección 2ª, 370/2015, de 11 de mayo). Al respecto, conviene hacer las siguientes consideraciones:

- Está a salvo el contenido del disco duro del Toshiba del que procede, en su caso, el del *pendrive* entregado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5. En cuanto al supuesto contenido adicional no incluido en el *pendrive*, negado por el sr. Bárcenas el 15 de julio de 2013 pero afirmado en esta causa, el testigo dijo en el juicio que tenía importancia, pero fue incapaz de recordar en qué consistía, más allá de algunas vaguedades en su intento de describirlo.

- El sr. Barrero, además de hacer el copiado en el *pendrive*, hizo el trasvase de la totalidad del contenido del disco duro del Toshiba al ordenador de sobremesa *todo en uno* que se encontraba en la sala Andalucía. Así lo dijo en el juicio: "*Sí, claro, sí, yo fui el que*

traspasé esa información de un ordenador a otro (…) Si sé que había hojas de cálculo y documentos Word y se sacaron, y se lo puse en un ordenador todo en uno, que es un monitor que lleva la CPU incorporada y demás (…) Sí, sí. Del Toshiba Libretto a un todo en uno, que era un clónico, no tenía marca conocida, que llevaba la CPU, un CD-ROM y una disquetera todo en la misma, en el monitor. Ahí es donde paso las hojas de cálculo y los documentos Word por primera vez." Se desconoce qué hizo el sr. Bárcenas con el duplicado de información del que disponía en ese equipo de sobremesa, procedente del Toshiba.

- En cuanto al ordenador Apple, si el disco duro original había quedado malogrado definitivamente, no podía tener contenido alguno (así se ha entendido, pro reo, en esta sentencia). Pero si fuera cierto que Luis Bárcenas logró copiar la información al nuevo disco duro instalado en noviembre de 2012, también habría permanecido en el disco duro antiguo, que en esa hipótesis habría sido utilizable. El sr. Bárcenas dijo que terminó por tirarlo a la basura después de guardarlo "una temporada", sin más detalles y sin especificar si lo desechó antes o después de conocer que habían sido borrados los discos duros de los portátiles que estaban en la sede.

- Por último, todos los correos electrónicos enviados y recibidos por Luis Bárcenas utilizando el buzón de su cuenta corporativa permanecen intactos en los servidores de la sede del Partido Popular. Ninguna diligencia se ha practicado para intentar una posible restauración parcial de la información supuestamente borrada. El propio Luis Bárcenas afirmó que había recurrido al escaneo de documentos por su secretaria, con posterior envío mediante correo electrónico, para convertir documentos en archivos digitales. No obstante, Estrella Domínguez lo desmintió en el juicio: "*El correo apenas lo he utilizado con Luis Bárcenas (…) No, no teníamos escáner. Yo no he escaneado casi nunca (…) Ni he escaneado ni se los he mandado por correo.*" En el apartado siguiente se volverá sobre la subsistencia de los mensajes en los servidores, a propósito del delito de encubrimiento.

Las razones anteriores imponen la absolución de los cuatro acusados por el delito de daños informáticos objeto de acusación.

5.6. Delito de encubrimiento. La acusación por este delito, que no puede cometer una persona jurídica, ha sido dirigida contra los acusados Alberto Durán, José Manuel Moreno y Carmen Navarro.

Se prescinde de entrar en valoraciones sobre los hechos relativos a la eliminación de la agenda de Luis Bárcenas por Estrella Domínguez y al borrado de los registros de entrada en la sede del Partido Popular por Antonio de la Fuente, excluidos del procedimiento desde el auto de 20 de enero de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 32.

Para el estudio de la concurrencia de los elementos objetivos del delito de encubrimiento, son trasladables en su integridad los razonamientos contenidos en el apartado 5.4 de esta sentencia (falta de acreditación, sin lugar para la duda, de que en los discos duros de los ordenadores quedara algún archivo). La acción de borrado es única, aunque sea susceptible

de calificarse como dos delitos distintos (en relación de concurso ideal), por lo que, en el aspecto objetivo, la prueba es común y el resultado de ésta, coincidente. Si no se tiene constancia cierta de que se eliminara ninguna información digital, obviamente no pudo existir la ocultación de los efectos o instrumentos del delito que exige el artículo 451.2º CP. Por este motivo, al igual que sucedía con el delito de daños informáticos, la falta de certeza sobre la presencia de archivos en el momento del borrado es bastante por sí misma para conducir a la absolución. Sin perjuicio de ello y aunque pudiere resultar superfluo, se van a analizar los demás elementos del tipo, al igual que se hizo con aquel delito patrimonial.

El primer requisito es la comisión de un delito. No se ha declarado esa comisión por sentencia firme (la única vía admisible), pero ya se motivó en el fundamento cuarto que no es preciso que haya recaído sentencia firme de condena por el delito encubierto; ni siquiera que hayan sido juzgados los autores principales, que sean conocidos o que estén identificados. En el presente caso, si bien no hay condena, existen indicios racionales de actividad delictiva, toda vez que en la pieza separada Informe UDEF-BLA nº 22.510/13, en la que se ha investigado, entre otros hechos, la llevanza de una contabilidad B por el Partido Popular, ha sido abierto juicio oral y los hechos están pendientes de enjuiciamiento por la Sección 2ª de la Audiencia Nacional.

En ese procedimiento no están acusados los sres. Durán y Moreno y la sra. Navarro, por lo que también concurre el denominado como elemento de carácter normativo. Se excluye así la posibilidad de auto-encubrimiento, que sería incompatible con la comisión del delito del artículo 451 CP.

De todos los requisitos del tipo cuyo tratamiento jurisprudencial quedó expuesto en el fundamento cuarto, el más problemático desde el punto de vista probatorio es el elemento subjetivo: el conocimiento por los acusados de la comisión del delito encubierto. Los criterios marcados por la jurisprudencia (fundamento cuarto) se pueden formular concentradamente del siguiente modo: no es suficiente una mera sospecha o presunción sobre el delito encubierto, pero sí basta con la percepción por el encubridor de la existencia de hechos delictivos, siempre que la finalidad de la conducta de ocultación, alteración o destrucción del objeto material del delito encubierto sea, precisamente, la de impedir su descubrimiento o comprobación.

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. En esencia, el entorno judicial y mediático era el siguiente:

- Por auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 7 de marzo de 2013, dictado en las diligencias previas 275/2008, se acordó formar la pieza separada denominada Informe UDEF-BLA nº 22.510/13, que tenía por objeto la investigación de la "*posible existencia*

de pagos realizados por la tesorería del Partido Popular, durante un dilatado periodo de tiempo, a miembros integrantes de ese partido u otras personas, mediante la entrega de diversas cantidades de dinero sin aparente justificación legal, y sin aparente reflejo en la contabilidad de ese partido ni en las correspondientes declaraciones tributarias. *Del mismo modo, tal contabilidad paralela habría quedado reflejada a través de diversas anotaciones manuscritas practicadas a lo largo del tiempo en soportes documentales publicados en medios de comunicación y aportados por copia a la causa, reflejando tanto las entradas de dinero en la formación política –con expresión de los donantes– como las salidas o destino posterior dado al dinero –identificándose los receptores–, comprendiendo un periodo temporal entre los años 1990 y 2008 (en concreto, entre abril de 1990 y enero de 1993; y entre enero de 1997 y diciembre de 2008)*" (folios 20 a 26, tomo I).

- El informe policial UDEF-BLA nº 22.510/13, de fecha 6 de marzo de 2013, partía de una descripción de los documentos publicados por el diario El País en sus ediciones escritas n^{os} 13.001 y 13.004, de fechas 31 de enero y 3 de febrero de 2013, respectivamente (folios 12 a 19, tomo I). Tras esta publicación, el 24 de enero de 2013 fueron incoadas de oficio las diligencias de investigación 1/2013 por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, que posteriormente fueron acumuladas a la mencionada pieza separada. También en enero de 2013 trascendió públicamente que, en virtud del resultado de una comisión rogatoria remitida a Suiza, Luis Bárcenas era titular de cuentas bancarias en ese país con fondos depositados por un montante que superaba los 20 millones de euros.

- Previamente, el 18 de enero de 2013, el diario El Mundo había publicado la existencia de supuestos sobresueldos pagados a dirigentes del Partido Popular por Luis Bárcenas. A esta publicación se refirió en el juicio oral el testigo Pedro José Ramírez Codina, director del diario El Mundo en aquella época. En síntesis, relató que Casimiro García-Abadillo publicó a finales de enero de 2013 una información sobre el *modus operandi* de la caja B del Partido Popular, que no procedía de Luis Bárcenas sino de altos cargos del partido, unos días antes de que trascendieran las cuentas en Suiza. Con posterioridad a los hechos enjuiciados, el 3 ó 4 de junio, el testigo se reunió con el sr. Bárcenas, y el 8 de junio le llegaron los originales de la documentación. Había un compromiso con aquél de no publicarlo, pero el testigo tuvo la certeza de que el sr. Bárcenas estaba de acuerdo con la publicación en cuanto le hizo llegar el primer original manuscrito de la caja B del Partido Popular. Las conversaciones con Bárcenas se publicaron el 7 de julio de 2013. Le explicó lo que ocurría cuando llegaba un donante con dinero al Partido Popular; entre Álvaro de Lapuerta y él recogían el dinero y lo destinaban a sobresueldos de dirigentes. Finalmente, el testigo le dijo a Casimiro que Luis Bárcenas le había contado lo mismo que anteriormente le había relatado su fuente.

- Por auto de 4 de abril de 2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, se inadmitió la personación del Partido Popular como acusación popular en la pieza separada Informe UDEF-BLA nº 22.510/13, "*no cabiendo el ejercicio por parte de aquella formación de la acción popular, al resultar dicha posición procesal que se interesa en la Pieza Separada incompatible con el propio objeto de la misma, dirigido entre otros extremos*

a la investigación de determinados hechos de los que pudiere derivarse responsabilidad civil, exigible en el marco del procedimiento penal ex arts. 111, 112, y 113 LECrim, del propio Partido Popular" (folios 28 a 32, tomo I).

- El relato de hechos a investigar, expuesto en las primeras resoluciones de la tramitación de la pieza separada Informe UDEF-BLA nº 22.510/13, no difiere demasiado del recogido, dos años después, en el auto de apertura de juicio oral de 28 de mayo de 2015 (folios 4724 a 4825, tomo XI). De la larga relación de hechos contenida en esa resolución, es útil para este juicio extractar lo siguiente: "*...de lo instruido aparece indiciariamente acreditada la llevanza por parte del imputado Luis BÁRCENAS GUTIÉRREZ, prevaliéndose al efecto de sus cargos de Gerente y Tesorero de la formación política PARTIDO POPULAR (PP) –puestos que ocupó desde el año 1990 hasta el 2009–, junto con el imputado Álvaro DE LAPUERTA QUINTERO (quien fuera tesorero del PARTIDO POPULAR desde el año 1993 hasta el año 2008) de una contabilidad paralela o "Caja B" del referido partido político entre los años 1990 a 2008, que se habría nutrido de donativos o aportaciones ajenos a la contabilidad oficial, y que, de acuerdo a lo indiciariamente acreditado, habría sido destinada, al menos, a los siguientes fines: a) Al pago de retribuciones, complementos de sueldo o compensaciones a personas vinculadas con el Partido; b) Al pago de gastos generados en campañas electorales; c) Al pago de distintos servicios y gastos en beneficio del Partido o relacionados con su actividad; d) Así como a integrar el saldo de las cuentas de donativos anónimos y nominativos del Partido, en los términos que posteriormente se concretarán.*"

En buena lógica, el conocimiento del avance de esa investigación y sus pormenores más llamativos estaban al alcance de cualquiera que estuviera medianamente pendiente de la información ofrecida por medios de comunicación, debido a la relevancia pública que había adquirido Luis Bárcenas desde su imputación en 2009 y a la circunstancia de que estaba involucrada una formación política. En puridad, si se respeta la LECrim, el contenido de la instrucción no debe trascender más allá de las partes, pero no sería realista desconocer o minimizar el fenómeno de la generalización de las filtraciones indebidas de datos de las investigaciones judiciales en curso. Partiendo de esta innegable realidad, sería inútil hacer conjeturas en torno al concreto grado de atención que prestaban a esas noticias cada uno de los tres acusados. En principio y en una estimación superficial, cabe pensar que sería alto en la sra. Navarro como gerente, así como en el sr. Durán como director de la asesoría jurídica, cuya condición también le convertiría en directo conocedor del contenido de resoluciones judiciales notificadas al partido. En cambio, el sr. Moreno afirmó en el juicio que desconocía que Luis Bárcenas estuviera en la sala Andalucía y que no se informaba a los de su área de informática si había un procedimiento en marcha; aseguró que ni siquiera sabía nada por las noticias. Por su cometido técnico en el partido y porque la atención a los medios es muy personal y varía mucho de un sujeto a otro, no hay motivos para considerar que su declaración no fuera verosímil en ese punto.

Para que pueda asumirse como probado el componente interno o subjetivo exigido para el delito de encubrimiento, no puede caber la más mínima duda de que los acusados, con conocimiento de la comisión de los delitos que aún se estaban investigando y a sabiendas de

que en esos discos duros había pruebas documentales que permitían su acreditación, realizaron, ordenaron o permitieron el borrado del contenido de los discos duros –ya se ha explicado que la implicación material de la sra. Navarro en esa operación tiene un apoyo probatorio sumamente débil–, con la intención de que la destrucción de esas pruebas documentales pudiera evitar al Partido Popular las consecuencias perjudiciales que podría depararle el avance de una investigación judicial que se sirviera de esas pruebas.

La tesis mantenida por las acusaciones sobre la intención de los acusados proporciona una explicación lógica a su forma de proceder. En efecto, es posible que en su ánimo estuviera dificultar la acreditación de un delito vinculado a la supuesta contabilidad paralela del partido, en la medida en que la condena por ese delito podría haber tenido consecuencias negativas para el Partido Popular, económica, social y políticamente. Pero también existe otra alternativa igualmente lógica: como sostienen las defensas, que su voluntad al llevar a cabo el borrado seguro no fuera otra que la de observar las buenas prácticas aconsejadas para el cumplimiento de la legalidad vigente en materia de protección de datos, con independencia de que los acusados sospecharan o no la posible influencia de lo que pudiera contener el ordenador en la suerte que hubiere de correr la investigación judicial. Al fin y al cabo, en una situación como ésta, la lógica es insuficiente por sí sola para zanjar la cuestión relativa a la determinación de la voluntad que les movió a hacerlo. No puede obviarse el resultado de la actividad probatoria a expensas de la defensa de una determinada hipótesis sobre la intención, por sugerente que sea la fácil acomodación de ésta a determinados hechos, aunque sean indubitados.

Importa destacar que los hechos que giran en torno a la supuesta caja B del Partido Popular y van a ser próximamente enjuiciados por la Sala 2ª de la Audiencia Nacional ocurrieron entre los años 1990 y 2008, según se desprende del relato indiciario del auto de apertura de juicio oral de 28 de mayo de 2015. El sr. Durán es director de la asesoría jurídica desde 2010, el sr. Moreno es director de sistemas de información desde 2011 y la sra. Navarro es gerente desde 2012. Por tanto, no consta –al menos, a través de prueba practicada en esta causa– que tuvieran conocimiento directo de los supuestos hechos delictivos, sin perjuicio de lo que se les hubiera podido trasladar por quien, en su caso, los conociera o los hubiera cometido, de lo cual no se tiene la más mínima constancia. Se recuerda que, para entender cumplido el requisito exigido por el artículo 451 CP, es necesario el conocimiento, que no sospecha, de la comisión del delito encubierto, por lo que no basta con un conocimiento limitado a la investigación de dicho delito. Lo socialmente notorio era la investigación a nivel de policía, fiscalía y juzgado, no la supuesta acción delictiva investigada. Cuestión muy distinta es que para cometer el delito de encubrimiento no haga falta la condena previa por el delito encubierto, como en su momento se explicó. Hecha esta precisión, no pasa de ser una suposición que todos o alguno de los acusados tuvieran el suficiente grado de conocimiento, ya directo, ya a través de un tercero, de la operativa financiera, contable y tributaria supuestamente delictiva desplegada en el seno del Partido Popular entre 1990 y 2008. De haber ocurrido esos hechos, a buen seguro no sería una conjetura demasiado arriesgada entender que eran sabedores de los mismos una o más personas de las que trabajaban en el partido en 2013. Ahora bien, desplazar esa suposición hacia los acusados se adentra en el terreno de las presunciones contra reo, inadmisibles en el ámbito penal.

A las razones anteriores se añaden algunos datos y situaciones que resultan compatibles con la tesis que postulan las defensas sobre el ánimo de los acusados:

a. Si la intención hubiera sido la eliminación de pruebas, lo más acorde con ella habría sido proceder al inmediato borrado seguro de los discos duros en febrero de 2013, tan pronto como se tuvieron a disposición los ordenadores tras el acceso a la sala Andalucía, dado que a primeros de ese año se sucedían con cierta rapidez las noticias sobre la investigación judicial. Sin embargo, el borrado no se planteó y ejecutó hasta después del auto de sobreseimiento libre de 21 de abril de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 21, en la causa por robo o apropiación indebida tramitada a raíz de la denuncia del sr. Bárcenas del 1 de marzo.

b. Si la intención hubiera sido la destrucción de rastros o vestigios del supuesto delito, lo más eficaz habría sido vaciar, en todo o en parte, el buzón de correo de la cuenta corporativa utilizada por Luis Bárcenas, que permanecía en los servidores del Partido Popular. En el auto de 19 de diciembre de 2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (folios 1939 a 1956, tomo V) se acordó que los miembros de la UDEF-BLA del CNP llevaran a cabo en la sede del Partido Popular un requerimiento documental presencial para, entre otras finalidades, la aportación de los archivos informáticos o correos electrónicos que obraran en los equipos y el servidor, relacionados con los hechos investigados y los imputados que tuvieron responsabilidades en las áreas de tesorería y gerencia (entre ellos, Luis Bárcenas). La diligencia se realizó el propio 19 de diciembre de 2013. María Massó, en representación del Partido Popular, manifestó en el juicio oral que la policía accedió a los servidores y comprobó que no se había borrado "ni un solo megabyte" de información relativo al sr. Bárcenas. Esta afirmación fue corroborada por el exempleado del Partido Popular Alexis Martín, quien testificó en el plenario que los correos electrónicos no se borran tras la salida de un empleado, sino que se deshabilita el usuario de correo, de modo que la información permanece en el servidor. El informático relató que, cuando llegó la policía, le dieron todo el contenido del buzón de correo de la cuenta corporativa del sr. Bárcenas y tuvieron total acceso, tanto a los correos como a los archivos adjuntos. Refirió que estuvieron mirando el correo electrónico del sr. Bárcenas durante horas y, si bien el testigo aclaró que no sabía lo que se llevaron, apuntó que no se quejaron de correos destruidos o borrados. El propio Luis Bárcenas admitió en el juicio que se podía haber extraído información a través de los servidores de correo, pero si no lo solicitó en su día fue porque no había caído en ello.

Naturalmente, éstos son elementos circunstanciales que nada prueban por sí mismos, pero sí refuerzan de forma considerable el carácter plausible de la hipótesis alternativa a la mantenida por las acusaciones acerca de la intención de los acusados.

Es sabido que, ante dos alternativas de hecho admisibles, compatibles con la lógica y potencialmente susceptibles de generar convicción, el principio *in dubio pro reo* obliga al juzgador a inclinarse por la solución fáctica más favorable al acusado. Se recuerda que la demostración de culpabilidad exige que el resultado de la actividad probatoria, valorada de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, haya permitido al tribunal alcanzar certeza sobre los hechos ocurridos y la

participación en ellos de los acusados, declarándolos probados, al mismo tiempo que permite descartar la versión alternativa, en su caso, por carencia de la necesaria racionalidad. Lo que nuestro legislador pretende no es que se haga difícil condenar a nadie o que se pidan situaciones de certeza imposibles, sino que quien tiene que juzgar llegue al convencimiento sobre la realidad de lo ocurrido a través de medios de prueba, más allá de toda duda razonable. Si se presentan dudas sobre la intención que llevó a realizar el borrado y éstas son lógicas, de sentido común, no absurdas o derivadas de planteamientos maximalistas o imposibles, se ha de absolver. Estas razones consolidan las ya expuestas en el mismo sentido al comienzo de este apartado. De ahí que también sea procedente absolver por el delito de encubrimiento a Alberto Durán, José Manuel Moreno y Carmen Navarro.

SEXTO.- *Costas*. Las defensas de los acusados Carmen Navarro, José Manuel Moreno y Partido Popular interesaron la condena en costas para las acusaciones populares en caso de absolución.

El artículo 240.3º LECrim, a diferencia de lo que ocurre con la imposición de las costas por la ley a los responsables criminales del delito (artículo 123 CP), prevé la condena en costas al querellante particular (o actor civil) sólo "*cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.*" En tal caso, la decisión deberá motivarse suficientemente, pero la regla general será la no imposición aun cuando la sentencia sea absolutoria (STS 464/2007, de 30 de mayo), porque se exige que concurran de manera notoria y evidente, lo que conduce a mantener una interpretación restrictiva de dichos conceptos legales.

Ante la falta de precisión del contenido de tales conceptos, más fáciles de definir que de acreditar (sobre todo el de mala fe), la jurisprudencia ha entendido que en orden a valorar la consistencia de la pretensión del acusador particular (o popular), siempre sin perder de vista el margen de valoración subjetiva del tribunal sentenciador, en función del estudio de las circunstancias de cada caso y la procedencia de interpretar de forma restrictiva los conceptos legales de mala fe o temeridad, puede operar como una referencia válida la posición del Ministerio Fiscal, dada su configuración constitucional, que sujeta sus actuaciones, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad (STS 899/2007, de 31 de octubre). En principio, la adopción de este criterio nos llevaría a la imposición de las costas a las acusaciones populares, dada la radical divergencia entre su postura y la mostrada por el Ministerio Público, prácticamente desde el inicio del procedimiento. Sin embargo, desde el alto tribunal también se ha advertido de que no es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido en el proceso posiciones diversas, incluso contrapuestas, a la de la acusación oficial (STS 91/2006, de 30 de enero).

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 742/2018, de 7 de febrero de 2019, reuniendo una buena cantidad de precedentes, ha hecho un exhaustivo repaso de todos los criterios cuyo manejo puede resultar útil para determinar los conceptos de temeridad o mala fe en materia de costas. Razona que la imposición de costas a cargo de la acusación particular (o popular) "*se vincula a que perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, porque sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada o inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.*" Los criterios que aglutina se pueden distribuir en tres grupos, según que

conecten con: a) las decisiones judiciales recaídas a lo largo de la causa; b) la fundabilidad objetiva de la pretensión punitiva; y c) la conciencia del acusador sobre la injusticia de su postura. Se desarrollan del siguiente modo:

a) Se resalta el especial cuidado a tener en cuanto a la "*trascendencia que deba reconocerse a las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión* (…) *Y es que la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular*" (STS 91/2006, 30 de enero). Si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, "*la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales* (STS 508/2014, de 9 junio). La expresión de las razones de aquellas decisiones interlocutorias pueden dar una adecuada perspectiva para la decisión sobre la imposición de las costas (STS 384/2008, de 19 junio).

b) En el plano objetivo, centrado en la fundabilidad de la pretensión, debe entenderse que concurre temeridad o mala fe "*cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tan injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta*" (SSTS 293/2006, de 13 de marzo, 558/2006, de 22 de mayo, 682/2006, de 25 de junio y 1029/2006, de 25 de octubre).

c) Desde una perspectiva subjetiva, también son factores reveladores de aquella temeridad o mala fe, más que la objetiva falta de fundamento o inconsistencia de la acusación, "*la consciencia de ello por parte de quien, no obstante, acusa. Lo que no empece que sea la evidencia de esa falta de consistencia la que autorice a inferir aquella consciencia.*" Así, se impone la condena cuando se estime que existen "*razones para suponer que no le asistía el derecho*", o cuando las circunstancias permiten considerar que "*no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción*".

Las tres acusaciones populares han mantenido un enfoque diametralmente opuesto al del Ministerio Fiscal, cuya posición absolutoria ha sido acogida finalmente por el tribunal. A pesar de ello, no se advierte ninguna evidencia de que todas o alguna de esas acusaciones hayan actuado en el procedimiento impulsadas por la temeridad o la mala fe, por las razones que se recogen a continuación, inspiradas en los criterios jurisprudenciales que acaban de ser expuestos:

1. El auto de transformación en procedimiento abreviado de 26 de julio de 2016, que ya contenía un análisis suficiente sobre la existencia de indicios fundados de delitos de daños informáticos y encubrimiento, fue recurrido en apelación. La Audiencia Provincial (Sección 4ª), en su auto de 3 de noviembre de 2017, más allá de una simple confirmación

de la formalización de la imputación, tras estudiar de forma muy meticulosa las diligencias de investigación practicadas, respaldó el juicio de valor indiciario que había efectuado el juzgado de instrucción, tanto inicialmente como al asumir éste el 23 de septiembre de 2016, en trámite de reforma, la postura de las acusaciones populares en su impugnación de los recursos planteados por las defensas y el Ministerio Fiscal. Como es lógico, el planteamiento de la acusación siempre se sitúa a continuación de una resolución favorable a la presencia de indicios de criminalidad, pero en este caso la Audiencia Provincial despejó el camino procesal a las acusaciones con especial contundencia.

2. En el fundamento primero de esta sentencia se ha razonado que el juzgado de instrucción, tras apartarse de la causa el sr. Bárcenas como acusador particular, debió aplicar la doctrina jurisprudencial nacida de la STS 1045/2007, de 17 de diciembre y, en esa interpretación del artículo 782.1 LECrim, denegar parcialmente la apertura de juicio oral por el delito de daños informáticos (sin perjuicio de superior criterio de la Audiencia Provincial). Como es obvio, que el juzgado no decidiera en tal sentido no es atribuible a las acusaciones, con independencia de la postura que hubieran mantenido al respecto.

3. En lo que concierne al criterio de la fundabilidad de la pretensión, se desprende de los argumentos de esta sentencia que han sido varios los motivos que se han sumado para desembocar en una absolución. De entre todos ellos, por su mayor peso para suscitar dudas sobre la concurrencia de los elementos del tipo, destaca la testifical practicada en la persona del sr. Bárcenas. Entre otras razones, la falta de fiabilidad de su testimonio ha representado un serio obstáculo para la acogida de una pretensión punitiva que estaba apoyada, fundamentalmente, en el crédito atribuible a sus manifestaciones sobre el contenido de los discos duros borrados. Pero no debe perderse de vista que en absoluto se concluido que el sr. Bárcenas hubiera faltado a la verdad. Se desconoce si fue así. Lo que se afirma es que su testimonio no reúne las condiciones suficientes para servir de sustento probatorio a una condena. En estas circunstancias, que las acusaciones populares sí hayan confiado en la veracidad de su declaración es fruto de una posición valorativa respetable que, desde luego, nada tiene que ver con la mala fe o temeridad, reservadas a los supuestos, muy distintos, en los que se determina que el testigo falta a la verdad y, además, se prueba que el acusador lo conocía de antemano. Nótese que esta última es una situación que bien podría darse cuando se trata de acusación particular y el testigo que miente es el propio perjudicado personado, pero que tiene difícil encaje para una acusación popular.

4. Uno de los dos delitos que han integrado la acusación ha sido el de encubrimiento; el único por el que, a juicio de este tribunal, debió abrirse juicio oral. Es cierto que no existe condena por los supuestos delitos encubiertos, pero esa condena no era descartable en el momento en el que se formuló la acusación, como tampoco lo es al tiempo de la celebración del juicio oral en la presente causa. Como ya se ha explicado, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó el 7 de marzo de 2013 la incoación de la pieza separada Informe UDEF/BLA nº 22.510/2013, dimanante de las diligencias previas 275/2008. Tras haberse dictado auto de apertura de juicio oral el 28 de mayo de 2015 (folios 4724 a 4825, tomo XI), por delitos de falsedad en documento mercantil, contra la Hacienda

Pública, apropiación indebida, falsedad contable, falsedad de fondos electorales, tráfico de influencias, asociación ilícita y organización criminal, actualmente se tramita ante la Sección 2ª de la Audiencia Nacional (rollo 6/2015) y se encuentra pendiente de juicio oral. Si se atiende a la vinculación entre las conductas enjuiciadas en una y otra causa, la existencia de indicios fundados de la comisión de los supuestos delitos encubiertos debilita de forma considerable la posibilidad de apreciar temeridad o mala fe en la persecución del encubrimiento.

5. La defensa del Partido Popular identifica una serie de deficiencias de técnica jurídica en las acusaciones que, a su entender, son demostrativas de su mala fe o temeridad. Entre ellas, se citan: a) la calificación con arreglo a una redacción del tipo posterior a los hechos y de imposible retroactividad; b) las solicitudes de pena basadas en la apreciación de subtipos agravados manifiestamente inaplicables. Se discrepa de esa asimilación que pretende la defensa. Esos errores o defectos técnicos, además de supuestos –los hechos probados no han permitido al tribunal entrar en la calificación jurídico-penal–, no afectan a los aspectos esenciales de la acusación capaces de determinar la apertura del juicio oral, no habrían impedido una decisión de condena si ésta hubiera tenido una base fáctica suficiente y, en esta eventualidad, tampoco habrían condicionado la labor del tribunal en la apreciación de los tipos aplicables o en la determinación de la extensión de las penas (siempre dentro de los límites del principio acusatorio).

Por todo lo expuesto, se descarta la imposición de costas a alguna de las acusaciones populares, por lo que procede declarar las costas de oficio, con arreglo a lo previsto en los artículos 240.1º y 2º párrafo segundo LECrim y 123 CP (sensu contrario).

SEPTIMO.- *Notificación de la sentencia al perjudicado*. El artículo 789.4 LECrim establece que se "…*notificará la sentencia por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.*" En virtud de este precepto, la sentencia debe ponerse en conocimiento de Luis Bárcenas Gutiérrez, perjudicado por el delito de daños informáticos objeto de acusación, aunque no se haya mantenido como parte en el procedimiento.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

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.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia el mismo día de su fecha por el magistrado-juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.