

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035
Teléfono: 914934570,914934427,4606,4571
Fax: 914934569
NGC8
37051030
N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0007137



Recurso de Apelación RPL 312/2015

Origen: Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid
Diligencias Previas Proc. Abreviado 5563/2013

Apelante: IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACION y FEDERACION LOS VERDES, UNION PROGRESO Y DEMOCRACIA, y ASOCIACION OBSERVATORI DE DRETS HUMANS (DESC)

Procurador D. JOSE MIGUEL MARTINEZ-FRESNEDA GAMBRA, **Procurador** Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ y **Procurador** D. JAVIER FERNANDEZ ESTRADA

Apelado: PARTIDO POPULAR y MINISTERIO FISCAL

Procurador D. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

Ponente: SÁNCHEZ YLLERA

AUTO NÚM 23/2016

MAGISTRADOS /
D. IGNACIO SÁNCHEZ YLLERA /
D. MARIO PESTANA PÉREZ /
D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ /
_____ /

En Madrid, a 15 de enero de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES

PRIMERO. El pasado 10 de marzo de 2015 tuvieron entrada en este Tribunal las actuaciones reconstruidas de las Diligencias Previas 5.563/2013, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid, para sustanciar los recursos de apelación presentados en dicha causa.

Para facilitar la comprensión de dicha impugnación son relevantes las siguientes actuaciones procesales.

a) La representación procesal del partido político “IZQUIERDA UNIDA”, la Asociación “Justicia y Sociedad” y la confederación política “LOS VERDES” (en adelante IU y otros), que en esta causa ejerce la acusación popular por supuestos delitos de daños y encubrimiento, impugnó en reforma el Auto de 30 de octubre de 2013 que decretó su sobreseimiento provisional. El recurso de reforma fue desestimado por Auto de 26 de diciembre de 2013, el cual fue recurrido en apelación por dicha acusación popular mediante escrito, registrado el pasado 7 de enero de 2014, en el que solicitó la revocación de la decisión de sobreseimiento a fin de que prosiga la investigación con la práctica de las diligencias que han sido interesadas.

b) La representación procesal del partido político “UNION, PROGRESO Y DEMOCRACIA” (en adelante UPyD), personado asimismo en la causa como acusación popular, interpuso también recurso de apelación directo frente a dicho Auto de 30 de octubre de 2013, solicitando su revocación en los mismos términos ya señalados. Mediante providencia de 20 de febrero de 2015 se sustanció dicho recurso de apelación, admitiéndolo a trámite y dando traslado a las partes personadas para su impugnación o adhesión.

c) La representación procesal de la Asociación “Observatori de Drets Humans” (en adelante, DESC), también personada en la causa como acusación popular, al evacuar el traslado de los recursos que le ha sido conferido, ha apoyado la estimación de los recursos de apelación y ha solicitado la revocación de la decisión de sobreseimiento provisional cuestionada.

d) Mediante escrito registrado el 6 de marzo de 2015, la representación procesal de la formación política “PARTIDO POPULAR” (en adelante PP), cuya personación en calidad de entidad querellada fue admitida mediante providencia de 24 de febrero de 2015, impugnó el recurso de apelación presentado por UPyD, solicitando su desestimación y la confirmación de la decisión de sobreseimiento provisional impugnada.

e) El Ministerio Fiscal ha impugnado ambos recursos de apelación solicitando la confirmación de la resolución cuestionada.

f) Mediante providencia de 27 de febrero de 2014 el Juzgado instructor acordó remitir las actuaciones originales de la causa a esta Audiencia Provincial, a través del Decanato de los Juzgados de Madrid, para la sustanciación del recurso de apelación presentado por IU y otros. Detectado un año después por las partes que, pese a lo acordado, dichas actuaciones originales no tuvieron entrada en el Decanato de los Juzgados de Madrid ni en esta Audiencia Provincial, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción núm. 32 acordó el pasado 16 de febrero de 2015, mediante diligencia de ordenación, la reconstrucción de las actuaciones, a cuyo fin se convocó a las partes personadas a una comparecencia que se desarrolló el 20 de febrero de 2015. Las actuaciones se declararon reconstruidas mediante Decreto de la misma fecha. Las actuaciones fueron nuevamente remitidas a la Audiencia Provincial de Madrid el pasado 9 de marzo de 2015 para sustanciar las apelaciones formuladas.

SEGUNDO. Sucintamente expuestos, los hechos y antecedentes procesales en los que los recursos de apelación presentados tienen su origen son los siguientes:

1. La causa en la que se ha planteado la presente impugnación se inició en virtud de la inhibición parcial, con deducción de particulares, acordada en la Pieza Separada “Informe UDEF-BLA núm. 22.510/2013” de las Diligencias Previas 275/2008, mediante Auto de 19 de septiembre de 2013, por el Magistrado-Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional. La deducción de testimonio tenía que ver con la conducta acaecida en el seno de la organización del PP que fue puesta de manifiesto al ser requerido el responsable de su asesoría jurídica para que pusiera a disposición del Juzgado Central de Instrucción los ordenadores que, durante el ejercicio de su función de tesorero del partido, había venido utilizando en su puesto de trabajo don Luis Bárcenas Gutiérrez.

En efecto, en dicha resolución se explicaba que mediante escritos de 19 de agosto y 12 de septiembre de 2013, don Alberto Durán Ruiz de Huidobro, responsable de la asesoría jurídica del PP, respondiendo a la información que en el marco de dicha Pieza Separada le había sido requerida judicialmente por medio de Auto de 16 de agosto de 2013, había señalado que no tenía a su disposición las unidades de disco duro de almacenamiento digital de los dos ordenadores que, mientras fue tesorero o gerente del partido político, utilizaba don Luis Bárcenas Gutiérrez. Explicó que ambas unidades de almacenamiento digital habían sido físicamente destruidas para garantizar la confidencialidad de los datos en ellas almacenados,

debido a su “alto nivel de criticidad”, una vez que el 21 de abril de 2013 el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Madrid había sobreseído libremente la denuncia presentada por el Sr. Bárcenas en la que imputaba al partido político un delito de robo, hurto o apropiación indebida de dichos ordenadores. Y añadió también que, en octubre de 2012, en uno de los dos dispositivos electrónicos, el Sr. Bárcenas había sustituido su unidad de disco duro por otra, pasando a utilizar la original con un soporte externo, la cual no se hallaba en las instalaciones donde tiene su sede la formación política.

Con el análisis de las unidades de disco duro de dichos dispositivos se pretendía completar y contrastar la información que don Luis Bárcenas había facilitado verbalmente al Juzgado Central en su declaración prestada el 15 de julio de 2013, la cual tenía que ver con el contenido de las informaciones publicadas en diversos medios de información escritos, en los meses de enero y febrero de 2013, sobre la existencia de diversas anotaciones que, a modo de contabilidad paralela, llevaría el Sr. Bárcenas mientras ejerció sus responsabilidades económicas y administrativas en el seno del partido político querellado. Al tiempo que en su declaración reconoció la veracidad de dichas anotaciones, el Sr. Bárcenas aportó al Juez Instructor un dispositivo externo de almacenamiento (un “pen drive”) en el que, según manifestó, estaba grabada una copia de la totalidad de dichos archivos, con algunas excepciones relativas a los años 1993 a 1995.

2. El Auto de inhibición parcial con deducción de particulares se adoptó tras constatar pericialmente que no existía información digital almacenada en dichos ordenadores. La decisión judicial se apoyó en considerar que no era irrazonable entender que fuera penalmente relevante la conducta desarrollada en el seno de la organización del PP consistente en la destrucción física, sin realizar copia de resguardo, de las unidades de disco duro de los ordenadores que, como trabajador del partido, venía utilizando don Luis Bárcenas antes de cesar en el ejercicio de su funciones. Específicamente se consideró que no era irracional calificar inicial y provisionalmente dicha conducta como constitutiva de delitos de daños informáticos y encubrimiento mediante favorecimiento real (arts. 264.1 y 451.2 del Código Penal), tal y como había propuesto la representación procesal de la Asociación “Observatori de Drets Humans (DESC)”.

Al justificar su decisión inhibitoria, el Juez Central de Instrucción núm. 5 consideró relevante que en el momento de acordarse por persona no identificada, pero integrada en el seno de la organización administrativa del Partido Popular, la destrucción de los dispositivos de almacenamiento digital, era conocido por sus responsables que don Luis Bárcenas era investigado judicialmente tanto en la pieza principal de las Diligencias Previas 275/2008, por delitos contra la Administración Pública, la Hacienda Pública y blanqueo de capitales (en la que estaba personado), como también en la propia Pieza Separada “Informe UDEF-BLA núm. 22.510/2013”, por delitos de asociación ilícita, alteración de precio en concursos y subastas públicas, receptación, blanqueo de capitales, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, delito contra la Hacienda Pública, fraude y exacciones ilegales, encubrimiento, falsedad y apropiación indebida de fondos electorales. De hecho, la representación procesal del PP solicitó personarse como acusación popular en dicha Pieza Separada, lo que fue denegado por Auto de 4 de abril de 2013 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 que entendió que tal posición procesal acusatoria era incompatible con el objeto de la investigación, en tanto podía afectar a la eventual responsabilidad penal o participación a título lucrativo del partido político.

La decisión de inhibición parcial para el esclarecimiento de los hechos ya concretados supuso también deferir al Juzgado al que por reparto le correspondiese su conocimiento el pronunciamiento sobre las diligencias de investigación que sobre estos hechos habían planteado todas las partes personadas, incluida la representación del Ministerio Fiscal.

3. Recibida la causa por reparto ordinario en el Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid, se acordó dar traslado de las actuaciones remitidas al Ministerio Fiscal para que informase sobre la competencia del Juzgado (Auto de 27 de septiembre de 2013). El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2013, interesó el sobreseimiento provisional de las actuaciones (citando el art. 641.1 LECriminal) “por no existir indicios racionales suficientes de la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa”. El Ministerio Fiscal entendió no acreditada la ajenidad de los objetos supuestamente dañados y apreció que era inescindible la investigación del supuesto encubrimiento de la suerte de la pieza principal en la que el Juez Central de Instrucción núm. 5 investigaba el supuesto hecho delictivo supuestamente encubierto, por lo que el desarrollo

de esta investigación estaba sometido a la expectativa de resolución en la pieza principal, aún incipiente e indeterminada.

4. Siguiendo el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal, la Magistrada-Juez de Instrucción núm. 32 dictó Auto de fecha 30 de octubre de 2013 en el que acordó el sobreseimiento provisional de la causa. Mediante Auto de 26 de diciembre de 2013 fue desestimada la reforma presentada por la representación procesal de IU y otros. Su decisión vino apoyada en dos argumentos diferentes:

a) sobre los supuestos daños informáticos: considera la instructora que determinar la titularidad de los ordenadores es decisivo para pronunciarse sobre la relevancia penal de los hechos denunciados, concluyendo que las diligencias de investigación ya practicadas en otras causas apoyaban la tesis de que su titular era el partido político PP; añadía que según manifestó don Luis Bárcenas, él disponía de una copia de la información almacenada en el ordenador marca Toshiba, la cual entregó en el Juzgado, sin que se hubiera podido determinar qué información existía en el ordenador marca Apple. Concluía, apodícticamente, que por estas razones no habían resultado acreditados los elementos del tipo, lo que justificaba la decisión de sobreseimiento provisional.

b) sobre el encubrimiento mediante favorecimiento real del sospechoso: señala la Instructora que se trata de un delito independiente del principal que se encubre pero que materialmente depende del delito encubierto (por ejemplo en la pena imponible por su comisión) de forma que “no existe delito de encubrimiento si no se encubre un delito, y este no ha sido declarado probado”, por lo que entiende la Magistrada-Juez Instructora que la investigación del delito de encubrimiento “no puede deslindarse” de lo que acaezca en la causa en la que se esclarece el delito encubierto. Por ello, “sin perjuicio de lo que resulte acreditado en el procedimiento del que éste deriva”, tras declarar su competencia objetiva para investigar los hechos a los que se refiere la deducción de testimonio, consideró que procedía el sobreseimiento provisional de la causa.

TERCERO. El contenido de los recursos de apelación presentados, así como de las alegaciones sobre los mismos formuladas por las partes personadas, resumidamente expuesto, es el siguiente:

a) En su recurso de apelación directo, presentado el 19 de noviembre de 2013, la

representación procesal de UPyD considera relevante que la valoración indiciaria inicial acerca de la relevancia penal de los hechos sometidos a investigación no fue realizada por las partes personadas sino por el Magistrado Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional a cuyo cargo estaba la investigación del delito supuestamente encubierto. Se afirma que la decisión que acuerda el sobreseimiento provisional es contradictoria en sí misma, porque la Instructora, tras afirmar su competencia objetiva sin cuestionar la inhibición, decide el archivo de la causa al entender que no se puede deslindar materialmente su investigación del devenir de la que se realiza en la Audiencia Nacional sobre el delito encubierto. Destaca que es también contradictoria la posición mantenida por el Ministerio Fiscal en esta causa en relación con la que mantuvo la Fiscalía ante la Audiencia Nacional en la causa originaria. Expresa asimismo su disconformidad con el razonamiento que lleva a decretar el sobreseimiento provisional frente a la calificación indiciaria por delito de encubrimiento (art. 451 Código Penal). En su opinión ambos delitos, conducta encubierta y conducta encubridora, pueden ser investigados simultáneamente por lo que la pendencia de la investigación de la causa originaria no es razón para decretar el archivo. Tras citar diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos materiales del delito de encubrimiento, rechaza que el mismo no pueda ser investigado hasta que recaiga sentencia firme condenatoria por el delito supuestamente encubierto, pues lo relevante es que el supuesto encubridor conozca la conducta que encubre y que ésta tenga apariencia delictiva. Como indicios que justificarían la relevancia penal de la conducta denunciada destaca los siguientes: la destrucción de las unidades de disco duro se realizó en la sede del PP, por personas no identificadas después del 21 de abril de 2013, cuando el Sr. Bárcenas ya había sido imputado en dos causas por su actividad como tesorero del partido político PP, circunstancia que debían conocer los responsables de la destrucción, tanto por el carácter mediático y notorio de la investigación como por estar personado el PP en la causa en la que su ex tesorero aparece imputado; la destrucción de los dispositivos de almacenamiento se realiza sin guardar copia de seguridad de la información almacenada; no era la primera actividad obstativa de la investigación realizada por los responsables del PP; la Secretaria general del PP manifestó en su declaración judicial (14 de agosto de 2013), que los dispositivos se hallaban custodiados en la sede del Partido.

Entiende el recurrente que tampoco cabe descartar la existencia de un delito de daños informáticos (art. 264.1 Código Penal). Afirma que al menos uno de los dispositivos destruidos (el instalado en el ordenador marca Apple) era titularidad del Sr. Bárcenas; y entiende que también lo eran los contenidos digitales almacenados en tal disco duro. Destaca que no consta en la causa que el Sr. Bárcenas diera autorización para tal destrucción, por lo que dichas circunstancias han de ser investigadas, dada la eventual responsabilidad penal que, como persona jurídica pueda exigirse al partido político, ex arts. 264.4 y art. 31 bis, párrafo 2 del Código Penal.

b) La representación procesal de IU y otros, tras ver desestimado su recurso de reforma, formuló recurso de apelación contra la decisión de sobreseimiento provisional de la causa. Tras describir los eventos procesales acaecidos en la causa, destaca en su recurso que la decisión de sobreseimiento provisional es anterior a la admisión de su personación en la causa, que tuvo lugar mediante querrela, por lo que la Instructora no tuvo en cuenta la documentación que la acompañaba ni se refiere a sus argumentos justificativos, como tampoco hay razonamiento alguno sobre ellos en el posterior Auto de 26 de diciembre de 2013 que desestimó el recurso de reforma presentado.

En tal medida, articula la impugnación mediante dos motivos. Según el primero, los Autos cuestionados en reforma y apelación habrían desconocido su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por cuanto, de forma inmotivada, han inadmitido tácitamente la acción popular ejercitada mediante la querrela sin tomar en consideración sus argumentos ni la documentación que a la misma se acompañaba. Explica que, con su querrela, propusieron la ampliación del supuesto fáctico que había de ser investigado, aportaron documentación complementaria a la que conformó el testimonio deducido por el Juez Central de Instrucción núm. 5, y solicitaron la práctica de diligencias de investigación sobre cuya petición no han obtenido respuesta alguna. La indefensión alegada se refuerza, según su opinión, al no dar tampoco respuesta en el Auto de 26 de diciembre de 2013 a ninguno de los argumentos planteados en el recurso de reforma.

En el segundo motivo de impugnación considera que existen indicios que permiten afirmar la existencia de hechos con relevancia penal que se hallan necesitados de investigación. En cuanto al delito de daños, discute la idea de ajenidad que la resolución cuestionada maneja para excluir la existencia de delito, pues entiende preciso distinguir la

titularidad de los datos digitalmente alojados (que correspondería al Sr. Bárcenas) de la del hardware en el que se almacenan (que correspondería al partido político PP). Y en cuanto al delito de encubrimiento se apoya en lo razonado por el Juez Central de Instrucción, al deducir testimonio, sobre la posibilidad de investigar separadamente ambos delitos. Entiende que dicha posibilidad viene apoyada también por la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y elementos del delito de encubrimiento. Pone el acento en los supuestos delitos investigados en la pieza originaria y reitera que las personas responsables de la organización del Partido Popular que acordaron la destrucción de dichas unidades de disco duro no podían ser ajenas a la existencia de una investigación judicial en marcha sobre los eventuales delitos que quien fue su tesorero pudiera haber cometido. Concluye sus alegaciones solicitando la revocación de la decisión de archivo provisional a fin de que se inicie la investigación del hecho denunciado con la práctica de las diligencias en su día solicitadas.

c) La representación procesal de la Asociación “Observatori de Drets Humans” se adhirió al recurso presentado por UPyD, compartiendo su valoración acerca de la autonomía entre la conducta encubierta y la conducta encubridora, destacando su carácter de delito de actividad con remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

d) Aunque únicamente se le dio traslado para formular alegaciones sobre el recurso presentado por la formación política UPyD, la representación procesal del Partido Popular ha impugnado en un solo escrito, de forma conjunta, ambos recursos de apelación solicitando la confirmación de la resolución de sobreseimiento provisional cuestionada; aunque en algún momento en el cuerpo del escrito se solicita el sobreseimiento libre.

Tras relatar los antecedentes procesales que considera relevantes, se alega que los hechos investigados no constituyen el delito de daños informáticos porque no concurren los elementos del tipo que lo definen. Tal conclusión se apoya en los siguientes argumentos: los ordenadores donde se integraban las unidades de disco duro destruidas son titularidad del Partido Popular, como se deduce de la decisión de sobreseimiento libre de 21 de abril de 2013 adoptada y no recurrida en la causa penal (Diligencias Previas núm. 604/2013) tramitada, a instancias del Sr. Bárcenas, por supuesto delito de robo o apropiación, en el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Madrid; el Sr. Bárcenas, más allá de aquella denuncia, no ha iniciado acción judicial alguna para reivindicar la propiedad de dichos dispositivos

informáticos, ni tan siquiera se ha personado en esta causa afirmando sentirse perjudicado por la destrucción de las unidades de disco duro; tampoco ha afirmado el Sr. Bárcenas que en dichas unidades de almacenamiento digital existiera información privada o confidencial; las unidades de disco duro sólo fueron destruidas una vez se dictó Auto de sobreseimiento libre por el Juzgado de Instrucción núm. 21 al no acreditarse que el Sr. Bárcenas fuera titular de los dispositivos, y se llevó a cabo en cumplimiento de las obligaciones empresariales de protección de datos personales que le impone la ley; y no puede entenderse acreditada la titularidad del Sr. Bárcenas sobre la unidad instalada en el ordenador marca Apple, dado que únicamente ha aportado a la causa un presupuesto, pero no una factura sobre la compra de dicho disco duro.

Se afirma también que los hechos investigados no constituyen el delito de encubrimiento a que se refiere el Auto de 19 de septiembre de 2013 dictado por el Magistrado Juez Central de Instrucción núm. 5 al decretar la inhibición parcial con deducción de particulares de la causa originaria. Tras citar jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de encubrimiento, se apoya esta alegación en las siguientes afirmaciones: el Sr. Bárcenas no ha manifestado nunca que dichos ordenadores hubiese almacenada digitalmente información esencial para la investigación de la causa que se sigue en la Audiencia Nacional. En dicha causa están aportados los documentos que contienen las anotaciones manuscritas del Sr. Bárcenas, un dispositivo de almacenamiento digital externo y portátil (memoria USB o “pen drive”) y ciertas carpetas que contienen documentación que supuestamente soporta la realidad de las anotaciones manuscritas; por tanto, en la causa originaria ya está aportada la documentación acreditativa de la supuesta gestión irregular que se investigaba; pero la fiabilidad de dichas anotaciones manuscritas ha sido puesta en entredicho por el Informe de fecha 3 de febrero de 2014 emitido por la Unidad de Apoyo de la Intervención General de la Administración del Estado a la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada; se alega también que el Sr. Bárcenas mantiene la posesión de la unidad de disco duro inicialmente alojada en el ordenador marca Apple, porque ha sido requerido judicialmente para su entrega sin haber contestado a dicho requerimiento.

A lo expuesto en cuanto a la relevancia penal de los hechos, se añade en su alegaciones, con cita de la doctrina expresada en la Sentencia núm. 54/2008 de 8 de abril, de

la Sala Segunda del Tribunal Supremo, una consideración procesal sobre la imposibilidad de continuar la tramitación de la causa penal cuando la acusación pública no sostiene acusación y no hay personados perjudicados que sostengan la acción penal.

CUARTO. El Ministerio Fiscal ha impugnado también ambos recursos de apelación solicitando la confirmación de las resoluciones impugnadas. En relación con la imputación por delito de daños entiende que no existen en la causa elementos suficientes para considerar cometido el delito imputado por no constar acreditada la ajenidad de las unidades destruidas: así, los indicios existentes determinarían que la titularidad de las unidades de disco duro y de los ficheros contenidos en ellas correspondía al Partido Popular, dado que, según se alegó, en los mismos lo que había era “la contabilidad (ya sea oficial o la caja B) del Partido Popular”. Respecto a la eventual calificación de la conducta investigada como delito de encubrimiento, señala que el enjuiciamiento por separado del delito encubierto podría dar lugar a una condena por encubrimiento de un hecho todavía no juzgado, cuya relevancia penal aún no había sido determinada, por lo que no puede desligarse la investigación por encubrimiento de la que se sigue como investigación principal. A lo expuesto se suma que, en su opinión, los hechos carecen de relevancia penal en cuanto el examen de los ficheros contenidos en los dispositivos destruidos tenía por único objeto verificar y corroborar la identidad de los datos aportados en la causa principal para evaluar la credibilidad de la información que en ellos se recoge, pues los hechos en sí que pudieran poner de manifiesto carecen, por el tiempo a que se refieren, de relevancia penal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Consideraciones previas. Según en lo que antecede ha sido expuesto con detalle, la representación procesal de los apelantes solicita la revocación de las resoluciones judiciales por las que el pasado 30 de octubre y 26 de diciembre de 2013, sin practicar diligencia de investigación alguna, se acordó y ratificó el sobreseimiento provisional de la presente causa. Los recurrentes entienden que, pudiendo ser penalmente relevantes, no han sido aún suficientemente esclarecidos los hechos objeto de investigación que fueron establecidos en el Auto de 19 de septiembre de 2013 por el que el Magistrado-Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, con deducción de testimonio de las actuaciones, se inhibió parcialmente de su investigación en favor de los Juzgados de Madrid.

Los hechos objeto de investigación, cuya realidad admiten las partes, no son otros que la destrucción física en la sede del Partido Popular, después del 21 de abril de 2013, de las unidades de disco duro de los ordenadores que, como herramienta de trabajo, utilizaba en ella don Luis Bárcenas Gutiérrez, quien al menos durante los años 1990 a 2008 ocupó en dicho partido político diversas funciones de responsabilidad administrativa y económica (fue gerente nacional y tesorero). Específicamente, alegan los apelantes, los hechos imputados podrían constituir sendos delitos de daños informáticos (art. 264.1 Código Penal) y de encubrimiento por favorecimiento real o personal del autor o autores de otros delitos que se investigaban en el proceso originario (art. 451 Código Penal).

La causa originaria es la Pieza Separada “Informe UDEF-BLA núm. 22.510/2013” de las Diligencias Previas núm. 275/2008, que se siguieron en dicho Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en averiguación de supuestos delitos de organización criminal, asociación ilícita, falsedad contable, falsedad documental, tráfico de influencias, blanqueo de capitales, delito electoral continuado, delitos contra la Hacienda Pública y delito de apropiación indebida. En dicha causa, la entidad UNIFICA, SERVICIOS INTEGRALES SL, y la formación política Partido Popular han sido declarados, respectivamente, responsables civiles directo y subsidiario (Auto de 23 de marzo de 2015, folios 711 a 808 de las actuaciones recibidas) y dos de los tesoreros y el adjunto al gerente nacional del Partido Popular han sido declarados imputados por entender indiciariamente acreditado que “la formación política PARTIDO POPULAR (PP), desde 1990 y hasta al menos el año 2008, habría venido sirviéndose de diversas fuentes de financiación ajenas al circuito económico legal, lo que habría conducido a que la referida formación operase, durante el periodo temporal objeto de investigación y en los términos que posteriormente se concretarán, con varios sistemas de cuentas que registraron corrientes financieras de entradas y salidas de dinero (ingresos y pagos) al margen de la contabilidad oficial declarada por el Partido y presentada ante el Tribunal de Cuentas, funcionando las referidas cuentas a modo de contabilidades paralelas, cajas de dinero en efectivo o “Cajas B” –denominación indiciaria atribuida por no aparecer asentados los pagos que integrarían las mismas en los libros contables, ni declarados a la Hacienda Pública-” (folio 718, antecedente DUODÉCIMO del Auto de 23 de marzo de 2015 que concreta la imputación).

La mejor comprensión de la cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento exige realizar dos consideraciones previas:

La primera, para concretar que nuestra competencia en apelación se extiende, limitadamente, a analizar la conformidad a la ley de la decisión de sobreseimiento provisional, para lo cual solo podemos tomar en consideración los argumentos y datos objetivos unidos a las actuaciones que fueron tenidos en cuenta por la Magistrada-Jueza Instructora en el momento en que adoptó sus resoluciones (en noviembre y diciembre de 2013). Conviene incidir en este extremo dada la insólita y azarosa tramitación procesal de los recursos de apelación analizados, pues fueron presentados en noviembre de 2013 (UPyD) y enero de 2014 (IU y otros), pero fueron recibidos en esta Audiencia Provincial para su resolución más de un año y tres meses después, en los últimos días del mes de marzo de 2015, dado que las actuaciones originales han permanecido extraviadas durante más de un año sin que nadie lo advirtiera (lo que ha dado lugar a su reconstrucción parcial con auxilio de las partes). Además, el segundo de los recursos de apelación interpuestos no fue admitido a trámite sino una año después de su presentación, en febrero de 2015, lo que ha dado lugar a que, en su impugnación o adhesión, alguna de las partes haya utilizado argumentos referidos a nuevas actuaciones procesales adoptadas y practicadas en el proceso originario durante dicho dilatado lapso de tiempo, esto es, después de la fecha en la que los recursos fueron presentados. Obviamente, el resultado de tales actuaciones de investigación no pudo ser valorado por la Instructora en el momento de adoptar las resoluciones impugnadas. Por último, hemos podido constatar que la reconstrucción de actuaciones no ha sido íntegra, pues no ha sido reclamado ni unido a la causa, por ejemplo, el testimonio de las Diligencias Previa núm. 604/2013 tramitadas por el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Madrid ante la denuncia presentada por el Sr. Bárcenas, en la que imputaba al Partido Popular un delito de robo, hurto o apropiación indebida de dichos ordenadores.

La segunda consideración previa se dirige a destacar que la decisión de sobreseimiento provisional se adoptó por la Instructora inmediatamente después de incoar el procedimiento. Esto es, sin practicar diligencia de investigación alguna sobre los hechos que constituían el título de imputación que justificó la inhibición acordada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional. La decisión inicial de sobreseimiento provisional se adoptó, incluso, antes de admitir a trámite la personación de las acusaciones

populares a las que, simultáneamente –el 5 de noviembre de 2013- se les notificó la admisión de su personación y el Auto dictado seis días antes –el 30 de octubre de 2013- que acordaba el sobreseimiento provisional. A lo expuesto se suma que, antes de inhibirse parcialmente, tampoco el Juez Central de Instrucción había practicado diligencias de investigación adicionales una vez que conoció y constató que las unidades de disco duro que reclamó para su cotejo habían sido destruidas.

Por tanto, desde el momento en que fueron conocidos, no han sido investigados en forma alguna los hechos que en esta causa justifican la imputación judicial inicial mantenida después por los acusadores populares. Por esta razón, como más adelante se expondrá, a partir del estudio y análisis de las actuaciones remitidas la Sala carece de información contrastada sobre aspectos fácticos que pueden ser relevantes para dirimir fundadamente el debate que en la apelación se plantea. Por ejemplo, el Tribunal no ha tenido acceso al contenido de la documentación aportada por el Sr. Bárcenas en su declaración judicial de 15 de julio de 2013 ante el Juzgado Central de Instrucción, ni tampoco al contenido digital del dispositivo externo de memoria (“pen drive”) que el mismo aportó en dicha declaración, pues dicha información no forma parte del testimonio judicial deducido. Desconoce también este Tribunal quien o quienes acordaron u ordenaron en la sede del Partido Popular la destrucción de las unidades de disco duro, pues este aspecto no ha sido investigado ni esclarecido; no consta tampoco en las actuaciones si en el seno de la organización de la formación política Partido Popular existía o no un protocolo formal, conocido o aceptado por sus trabajadores, sobre el uso de las herramientas informáticas que se ponían a su disposición para desarrollar su labor, ni tampoco si existía entonces un protocolo formal documentado para el aseguramiento y garantía de la confidencialidad de la información en ellos almacenada una vez los trabajadores cesaban en sus responsabilidades, ni si el mismo prevé la entrega de copia de sus ficheros al trabajador o si, de existir, se aplicó en este caso. Evidentemente, tampoco la Magistrada-Juez Instructora tuvo a su alcance esta información cuando adoptó las resoluciones judiciales que han sido cuestionadas.

SEGUNDO. La imputación por delito de daños. Expuestos así los antecedentes precisos para situar el caso en el contexto de averiguación en que se produjo y los argumentos utilizados por las partes para defender sus respectivas pretensiones procesales, pasamos a continuación a analizar la decisión de sobreseimiento provisional adoptada

distinguiendo, como se hace en las resoluciones cuestionadas, la imputación por delito de daños (art. 264.1 Código Penal) y la que se formula por delito de encubrimiento (art. 451 Código Penal).

Como ya se ha expuesto, uno de los delitos imputados es el de daños que, según el Código Penal, prevé como delictiva la conducta de quien *“por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave”*.

La Magistrada-Juez Instructora apoya su decisión de sobreseimiento provisional en considerar no acreditados los elementos del tipo penal de daños. Entiende que los ordenadores en los que se alojaban las unidades de disco duro destruidas eran propiedad del Partido Popular y afirma que el Sr. Bárcenas, usuario de los mismos por su relación laboral con la formación política, disponía de copia parcial de dicha información, aunque admite que no se ha podido acreditar qué información había en una de las dos unidades de disco duro destruidas. El Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional valorando que no existían elementos suficientes para considerar cometido el delito imputado por no constar acreditada la ajenez de las unidades destruidas: así, los indicios existentes determinarían que la titularidad de las unidades de disco duro y de los ficheros contenidos en ellas correspondía al Partido Popular, dado que, según se alegó, en los mismos lo que había era *“la contabilidad (ya sea oficial o la caja B) del Partido Popular”*. Por último, al negar relevancia penal a los hechos que constituyen este título de imputación, la representación procesal del Partido Popular argumenta, adicionalmente, que ha sido sobreseída la denuncia presentada por robo de los ordenadores, que el Sr. Bárcenas no ha iniciado acción judicial alguna de reclamación de los ficheros que en ellos se almacenaban ni se ha personado en esta causa y que en dichos dispositivos informáticos no había almacenada información privada o confidencial, destacando que la destrucción se produjo para garantizar la privacidad del usuario del ordenador y la seguridad de la empresa, una vez se dictó la decisión judicial de sobreseimiento libre que, precisamente, se apoyaba en reconocer al Partido Popular la titularidad de los ordenadores.

En relación de la imputación por delito de daños, este Tribunal no comparte los argumentos utilizados para justificar la decisión de sobreseimiento provisional ni aquellos

otros adicionales que se utilizan para apoyarla e impugnar los recursos de apelación. Es obvio que sólo es penalmente relevante el daño causado a bienes ajenos. 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. 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.

Esta consideración se recoge en la reciente Sentencia 170/2013 de 7 de octubre (Sala Primera, Ponente: Excmo. Sr. Magistrado don Andrés Ollero Tassara). En ella el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un poder empresarial de dirección, vigilancia y control que en algunos supuestos y bajo determinadas condiciones legítima, incluso, el acceso inconstitucional al contenido de las herramientas informáticas puestas a disposición de sus trabajadores. Se trata de un poder que reconoce el Estatuto de los Trabajadores (art. 20), que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 26 de septiembre de 2007, Sala Cuarta y otras de 8 de marzo y 6 de octubre de 2011), y que se extiende a estos aspectos cuando así ha sido pactado por el empleador y el trabajador o se halla recogido en una norma convencional vinculante. Al establecer el marco general de relación y posible colisión entre los derechos de los trabajadores y la facultad empresarial de vigilancia y control, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que *“los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”* (STC 241/2012, FJ 5).

En una línea semejante e incluso más restrictiva, pues establece la inefectividad jurídica del acuerdo previo, se ha pronunciado la Sentencia 528/2014, de 16 de junio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 2.229/2013, Ponente: Excmo. Sr. don Jose Manuel Maza Martín) que exige en todo caso autorización judicial para que el empleador pueda acceder al contenido de las herramientas informáticas puestas a disposición

de sus trabajadores para el desarrollo de las labores profesionales que tengan encomendadas.

Por tanto, para delimitar los derechos de acceso y disponibilidad del empleador sobre los ficheros creados, manejados o almacenados por el trabajador usuario en las herramientas electrónicas que le ha suministrado la empresa, resulta decisivo conocer las condiciones del contrato de trabajo y si en su regulación, pactada y aceptada por las partes, existían normas protocolizadas, notificadas y aceptadas sobre el uso, acceso o disposición sobre dichos ficheros o sobre las condiciones de devolución de las herramientas de trabajo una vez extinguida la relación laboral. Y dado que ninguna investigación se ha realizado sobre los hechos que conforman el título de imputación, no disponemos de tal información, que debe ser judicialmente recabada pues puede ser relevante para determinar fundadamente la existencia de la responsabilidad penal que algunas de las partes personadas viene exigiendo. Lo usual en la práctica ordinaria es que al extinguirse la relación laboral el trabajador, que salvo que le esté expresamente prohibido suele compatibilizar usos profesionales y privados de los terminales informáticos, obtenga una copia de aquellos ficheros que no contengan información relevante para el desempeño de la actividad de la empresa empleadora. Desconocemos si en este caso se entregó copia de los ficheros al Sr. Bárcenas: su denuncia por robo invita a deducir que no.

A lo expuesto se ha de añadir que desconocemos también quién, en la organización del Partido Popular, ordenó o acordó la destrucción de los discos duros utilizados por el Sr. Bárcenas, la cual se produjo en un momento temporal en el que era público y notorio, dado su impacto mediático, que el mismo estaba siendo sometido a investigación penal por graves delitos cometidos con ocasión del desarrollo de su actividad laboral. Esta información no ha sido judicialmente reclamada una vez conocida la destrucción de las unidades de disco duro. Tampoco ha sido interrogado el Sr. Bárcenas sobre el contenido de dichos discos duros con posterioridad a conocerse su destrucción pues, la última declaración que consta en las actuaciones es de 15 de julio de 2013 (folios 33 a 117). Tampoco ha tenido este Tribunal a su disposición, ni los tuvo la Instructora antes de decidir, la documentación y los ficheros que fueron entregados por el Sr. Bárcenas en su declaración de julio de 2013, los cuales, según manifestó, eran copia incompleta de los almacenados en los discos duros. Sin perjuicio de las precauciones con las que ha de ser tomada la credibilidad de quien declara como imputado sin obligación de decir verdad sobre sus manifestaciones (art. 24.2 CE), las

explicaciones que proporcione así como el análisis de dicho contenido, voluntariamente puesto a disposición judicial en su día, permitiría formarse una opinión objetiva, aunque provisional e indiciaria, sobre la eventual titularidad e indemnidad de dichos ficheros destruidos.

En conclusión, no pudiendo descartarse ab initio la relevancia penal de los hechos investigados tal y como los estableció el Magistrado Juez Central de Instrucción núm. 5, y no habiéndose esclarecido aspectos nucleares de la conducta investigada que son útiles para formar criterio sobre dicha relevancia penal, la decisión de sobreseimiento, en este aspecto, puede ser calificada como prematura, lo que justifica la estimación de los recursos de apelación presentados a fin de que continúe la investigación para su esclarecimiento y para poder formar criterio jurídico-penal fundado sobre la misma.

TERCERO. La imputación por delito de encubrimiento. El sobreseimiento provisional decretado por la Instructora en relación con la calificación inicial de la conducta investigada como delito de encubrimiento (art. 451 Código Penal) se ha apoyado decisivamente en argumentos procesales y técnico-jurídicos.

La Magistrada-Juez Instructora ha apreciado, con acierto, que el delito de encubrimiento por auxilio personal o real a los autores de otro delito se halla materialmente vinculado al delito encubierto, pues la consumación de éste y su conocimiento por parte del encubridor son presupuestos de la apreciación de la conducta encubridora. Pero entendemos que yerra jurídicamente al deducir de dicha conexión material típica la imposibilidad de iniciar o continuar la investigación de la conducta supuestamente encubridora hasta tanto haya sido declarado judicialmente probado el hecho que constituye el delito encubierto. Dicha interpretación jurídica carece de apoyo jurisprudencial alguno.

Se trata de una tesis que, por las razones que a continuación se expondrán, la Sala no comparte, y que ha llevado a la Instructora a decretar de facto, a través de la decisión de sobreseimiento provisional, la suspensión de la investigación del supuesto encubrimiento hasta tanto quede esclarecida, determinada y declarada judicialmente probada la conducta que constituye el delito encubierto (FJ. CUARTO del Auto de 30 de octubre de 2013).

CUARTO. La jurisprudencia y la doctrina penal han puesto de relieve como en nuestro ordenamiento jurídico la incriminación del favorecimiento del delito consumado por

un tercero ha tenido una evolución, concluida en la LO 10/1995 del Código Penal, según la cual ha pasado de ser considerada en su Parte General una conducta accesoria de la del autor del delito encubierto (una forma de participación o una modalidad de codeincuencia) a ser configurada legislativamente en su Parte Especial como un delito autónomo contra la Administración de Justicia.

La norma penal vigente (art. 451 Código Penal) prevé que sea castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años quien “(...) 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:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

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

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o de la Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o de la Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas.

No obstante su condición de delito autónomo, sigue existiendo –como antes se dijo– una conexión material, de referencia, con el delito encubierto. Dicha conexión ha llevado a parte de la doctrina penal a destacar su carácter dependiente o accesorio del hecho encubierto. Así, por razones de proporcionalidad, la pena del encubrimiento encuentra su límite en la prevista en abstracto para el delito encubierto, y la descripción típica de la conducta encubridora exige que el hecho encubierto sea también típico y antijurídico. Por esta doble conexión material algunos han calificado el encubrimiento como “delito de

referencia”. Hay que advertir, no obstante esta peculiaridad, que no es la única figura delictiva autónoma que mantiene una relación material con un hecho previo típico y antijurídico protagonizado por un tercero. Con las diferencias propias de su diversa estructura típica, la relación material con un delito previo existe también en los delitos de receptación (art. 298), blanqueo de capitales (art. 301) o en los de colaboración con las actividades o finalidades de una organización terrorista (art. 577).

Pero, debemos añadir, de dicha conexión material no cabe derivar procesalmente, como ha hecho la resolución cuestionada, una imposibilidad de esclarecimiento de la conducta encubridora hasta tanto se declare judicialmente probada la conducta encubierta. Así lo explica su bien jurídico protegido, que no es otro que el normal funcionamiento de la Administración de Justicia a fin de que pueda ésta prestar la función de tutela del ordenamiento jurídico que tiene atribuida, la cual se ve frustrada, impedida o dificultada por la actuación del encubridor. Como ha señalado la jurisprudencia “(...) *el encubrimiento es sin duda una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva*” (STS 67/2006, de 7 de febrero).

Y más específicamente, sobre la desconexión de causas y la posibilidad de enjuiciamiento separado del delito encubierto y el delito de encubrimiento se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en la STS 214/2005, de 22 de febrero, analiza la condena por encubrimiento de un delito de homicidio, ante la queja del acusado que no acudió al primer juicio por homicidio ni pudo por ello refutar en él la existencia de ánimo homicida. Señala el Tribunal Supremo: “*Respecto a la imputación por homicidio, el censurante no forma parte del lado activo de la relación jurídico procesal y ello por propia definición del delito que se le atribuye, que exige la no intervención en el principal ni como autor ni como cómplice, pero tampoco del pasivo, pues no ha sido víctima ni afectado por los efectos negativos del delito. Incluso se pudieron haber incoado dos causas distintas o separadas, aunque, al parecer, la razón de la tramitación conjunta fue la existencia de un testigo común que presenció los hechos integrados por las agresiones homicidas, y a su vez tuvo conocimiento de que el recurrente ocultaba al presunto culpable en su casa, llegando a*

*ofrecerle dinero si silenciaba el hecho y no le implicaba. **La desconexión de las causas y la posibilidad del enjuiciamiento separado es clara por cuanto se trata de dos hechos delictivos distintos, cometidos por personas diferentes, en momentos dispares y que atacaban a diversos bienes jurídicos, el primero la vida e integridad corporal y el segundo a la recta administración de justicia. (...) En definitiva, el delito principal constituye en relación al impugnante, un simple presupuesto objetivo típico del delito por él cometido, extraño al mismo y desconectado del posterior delito de encubrimiento, sobre cuya existencia debe proyectarse el dolo del autor, esto es, debe tener conocimiento de que la persona que trata de sustraer a la acción de la justicia es el presunto autor de un delito de homicidio en grado de tentativa**". Y concluye la resolución señalando: "No se excluye que pueda enjuiciarse un delito de encubrimiento, sin juzgar a los autores principales (v.g. por rebeldía), 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"*.

Más recientemente, la tesis que defiende la posibilidad de enjuiciamiento separado ha encontrado respaldo en la Sentencia núm. 6/2011 de 12 de abril, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que enjuició a un Diputado en Les Corts de aquella Comunidad Autónoma como presunto encubridor (art. 451.2) de un delito de revelación de secretos, aún desconociéndose quien pudiera ser el autor del supuesto delito encubierto. En ella se señala que el delito de encubrimiento "*... se ha venido configurando en la jurisprudencia y la doctrina, aun cuando venga referido al favorecimiento de otro delito, como un delito autónomo del delito encubierto, y que por tanto no requiere condena firme por el delito encubierto, **ni tampoco la existencia de un proceso previo sobre el delito a que venga referido el encubrimiento, en especial en lo que se refiere a la modalidad del tipo de favorecimiento real, sin que el que el delito encubierto sea de los llamados delitos especiales o de propia mano, es decir aquellos que sólo pueden cometer determinadas personas, como es el caso del de revelación de secretos, desvirtúe esta autonomía del delito de encubrimiento, aun cuando no se conozca el autor del delito encubierto y éste no haya sido objeto de investigación o persecución, por cuanto precisamente esta modalidad delictiva de favorecimiento real sanciona las conductas impeditivas del descubrimiento del propio delito encubierto y el que no se haya constatado la comisión del delito especial encubierto, precisamente por no constar que su autor***

pertenezca al círculo de los únicos sujetos que pueden cometerlo, no obsta el carácter autónomo del encubrimiento. Así resulta que este tipo penal específico de encubrimiento, atendido su carácter de favorecimiento real y a diferencia de los tipos de favorecimiento personal, no exige el conocimiento o identificación del autor del delito encubierto, sino que es bastante la percepción por el encubridor de la existencia de hechos delictivos, sobre cuyo cuerpo, efectos o instrumentos venga en realizar conductas de ocultamiento, alteración o destrucción, con la finalidad de impedir su descubrimiento”.

QUINTO. Para rebatir la tesis jurídica que sustenta la decisión de sobreseimiento provisional se debe añadir que el propio legislador, en el art. 453 del Código Penal, dispone que el encubrimiento se castigará aunque el autor o el cómplice del hecho encubierto fuere irresponsable o estuviere incurso en una causa personal de exención de pena. A estos supuestos, como hemos dicho antes, la jurisprudencia ha añadido aquellos otros en los que el autor de la conducta ilícita encubierta no ha sido descubierto, o habiéndolo sido no puede ser juzgado por hallarse en rebeldía e, incluso, cuando el acusado como autor del hecho encubierto haya sido declarado inocente, siempre que se constate objetivamente la realización del hecho típico y antijurídico encubierto que es, obviamente, requisito previo del mismo.

Sirva la jurisprudencia expuesta sobre la naturaleza y elementos típicos del delito de encubrimiento para disipar cualquier duda, como la planteada por la Instructora en su razonamiento, sobre la supuesta exigencia, para perseguir al encubridor, de que el delito encubierto haya sido objeto de enjuiciamiento previo. La doctrina ha puesto de relieve que de admitirse esta interpretación no sólo se limitaría la eficacia preventiva de la incriminación del encubridor, sino que se permitiría la impunidad de los casos más graves, aquellos en los que, gracias a su auxilio, el encubridor logra su propósito, que no es otro que favorecer, auxiliar y ocultar al autor del delito encubierto.

Es cierto que la investigación conjunta del encubrimiento y del delito encubierto en el mismo proceso facilita su esclarecimiento y la acreditación de la conducta investigada. Por ello, la decisión de dividir en distintos procesos dicha investigación atribuyéndolos a distintos Juzgados debe realizarse con cautela y justificación suficiente, más aún cuando la causa por el delito encubierto se encuentra en su fase inicial; incluso podría oponerse la necesidad de no dividir la continencia de la causa cuando las características del hecho

investigado así lo exigieren. En todo caso, la Instructora no negó su competencia objetiva para investigar el caso, por lo que debió proceder a su esclarecimiento con el fin de identificar a la persona o personas que acordaron u ordenaron la destrucción de las unidades de disco duro en el momento en que se hizo y en el contexto de investigación ya existente en que se produjo, así como debió determinar el contenido de los ficheros almacenados en tales unidades destruidas y el procedimiento seguido con el usuario cuyo contrato se rescindió, constatando la existencia o inexistencia de acuerdos contractuales previos sobre este extremo o de procedimientos protocolizados de actuación por parte del empleador en casos similares. En definitiva, deben esclarecerse todos los aspectos fácticos que se consideren necesarios para pronunciarse fundadamente sobre la relevancia penal y la acreditación de los hechos provisional e indiciariamente imputados.

SEXTO. A lo expuesto no obstan los argumentos esgrimidos por la representación procesal del Partido Popular para apoyar la decisión de sobreseimiento provisional. Afirma en su escrito de impugnación que no consta que la información almacenada en las unidades de disco duro destruidas fuera esencial para investigar la causa que se sigue en la Audiencia Nacional, pero precisamente tal circunstancia es uno de los objetos de la investigación que ha de ser practicada: examinar dicha documentación, contrastarla con el título de imputación de la causa originaria que, por el transcurso del tiempo se halla en fase de enjuiciamiento, y oír al Sr. Bárcenas sobre este concreto extremo.

Ya hemos puesto de relieve que a esta causa no se han aportado copias de los documentos que contienen las anotaciones manuscritas del Sr. Bárcenas, ni tampoco el dispositivo de almacenamiento digital externo y portátil (memoria USB o “pen drive”), ni ciertas carpetas que contienen documentación que supuestamente soporta la realidad de las anotaciones manuscritas; por tanto, ni la Instructora pudo tomar en consideración las alegaciones que a dichos documentos se refieren ni este Tribunal puede valorarlas, por no haber sido unidos a las actuaciones. En la misma medida, al resolver este recurso tampoco podemos tomar en consideración el Informe de fecha 3 de febrero de 2014, de la Unidad de Apoyo de la Intervención General de la Administración del Estado a la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada, por haberse emitido con posterioridad a la decisión de sobreseimiento y no haber formado parte del debate contradictorio sobre la decisión cuestionada y su impugnación.

Tampoco puede ser atendida, por prematura, la impugnación que trae a colación la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con las SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 8 de abril (ratificadas en posteriores SSTS 8/2010, de 20 de enero y 4/2015, de 29 de enero) por cuanto los límites a la acusación popular que en ella se establecen tienen que ver con el juicio de acusación y la decisión de apertura del juicio oral, una vez concluida la fase de investigación e imputada judicialmente la comisión de un delito, y no, como es obvio, a la fase inicial de investigación en la que se encontraba la causa cuando fue sobreseída. Y en cuanto al fondo de la misma, es preciso poner de relieve que una de las calificaciones de los hechos investigados que provisionalmente se formula lo es por delito de encubrimiento, cuyo bien jurídico protegido, como ya se ha expuesto, es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; es decir, uno de los casos en los que podrá debatirse si, por tratarse de “delitos que carecen de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular” el Tribunal Supremo ha admitido la viabilidad de la pretensión acusatoria que, eventualmente, en ausencia de acusación pública o particular, pudiera formular quien ejerce la acción popular. Doctrina ésta que ha sido considerada conforme al derecho a la tutela judicial efectiva por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 205/2013, de 5 de diciembre (Pleno, Ponente: Excmo. Sr. Magistrado don Enrique López y López).

SÉPTIMO. La estimación de los recursos de apelación interpuestos con admisión de los argumentos de fondo que justificaron la impugnación hace innecesario analizar separadamente la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación suficiente, denunciada por la representación procesal de IU y otros. Entendemos que la escueta fundamentación de las resoluciones cuestionadas que, es cierto, no se pronunció sobre aspectos concretos de su recurso de reforma pero sí expuso las razones por las que adoptaba la decisión de sobreseimiento, ha de entenderse complementada y, en su caso, subsanada por esta resolución, pues el cauce de apelación es apto para remediar defectos de tutela por falta de motivación.

En consecuencia, la decisión de sobreseimiento provisional ha de ser dejada sin efecto en esta alzada. No se aprecian razones que justifiquen la imposición de costas.

En atención a todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se ESTIMAN los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal del partido político “IZQUIERDA UNIDA”, la Asociación “Justicia y Sociedad” y la confederación política “LOS VERDES” y por la representación procesal del partido político “UNION, PROGRESO Y DEMOCRACIA”, frente al Auto de 30 de octubre de 2013 (ratificado en reforma por Auto de 26 de diciembre de 2013) por el que se decretó el sobreseimiento provisional de la causa, los cuales se dejan sin efecto, acordando la reapertura de la investigación de los hechos por los que se dio inicio a la causa, a fin de que la Magistrada-Juez Instructora se pronuncie fundadamente sobre la pertinencia de las diligencias de investigación solicitadas por las partes personadas y pueda acordar aquellas otras que considere útiles para el esclarecimiento de los hechos y la valoración de su relevancia penal.

Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada, si las hubiere. Notifíquese este Auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y cumplimiento.

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