

Caso Nóos, justicia y opinión pública

Nóos case, justice and public opinion

Miguel PASQUAU LIAÑO

Magistrado Sala Civil y Penal, TSJ Andalucía

Fecha de recepción: 27 de abril de 2017.

Fecha de aceptación definitiva: 28 de abril de 2017.

Hay sentencias que llegan después de la condena. Eso se debe a que los juicios paralelos suelen ser más rápidos que los juicios sujetos a procedimiento. Los juicios mediáticos y paralelos son intuitivos, impacientes, y no necesitan acusación y defensa, porque más bien se canalizan sobre la base de pre-juicios (es decir, lo que hay después de un juicio). Eso es inevitable, y no debe escandalizarnos, porque la justicia no es ni puede ser un asunto encriptado o reservado: es un servicio público y, por tanto, ha de ser transparente. Pero, dentro de esa transparencia, debería ser incesante el esfuerzo de los juristas y de la Justicia misma por llevar a ese debate público elementos que logren al menos «hacer dudar» al público de sus prejuicios (es decir, de los prejuicios que reciben a través de los medios).

Un buen ejemplo puede ser la sentencia del caso Nóos, y en particular la absolución de la infanta doña Cristina. El asunto ya está mediáticamente amortizado, pero, en los días que siguieron a su publicación, la redacción en muchos medios, y desde luego en el entorno de redes sociales que frecuento, fue, muy mayoritariamente, dar por sentado que esa absolución viene motivada por presiones políticas y no por razones jurídicas; es decir, que existía de antemano una decisión de absolverla, y que todo ha sido un teatro salpicado por algún actor imprevisto como fueron el juez Castro y la acusación de Manos Limpias.

He leído el auto de imputación del juez Castro, el recurso del Ministerio Fiscal (Horrach) contra aquel auto, las partes de la sentencia que hacen referencia directa a la infanta doña Cristina, además de un espiguelo por otros párrafos de la sentencia en los que se describen los hechos delictivos principales. No he podido leer el escrito de acusación ni, obviamente, conozco cómo se desarrollaron las pruebas propuestas por acusación y defensa en el juicio oral. Lo que voy a decir, por tanto, tiene un valor muy limitado.

1. EL TRIBUNAL DEMOSTRÓ RESISTENCIA A TODA PRESIÓN

Las tres magistradas que han dictado la sentencia han tenido delante de sí un entramado de tesis y argumentos nada sencillo (pues los abogados intervinientes han sabido estirar al máximo sus posiciones) y su decisión ha surgido de esa malla técnico-jurídica y probatoria, y no de llamadas telefónicas ni «presiones» de ningún tipo. Hay un argumento para mantener esta convicción: estas mismas magistradas tomaron la decisión que más daño ha hecho a la Corona, que fue desestimar los argumentos a favor del archivo o exclusión del juicio de doña Cristina por aplicación de la famosa «doctrina Botín». Fue ese el momento decisivo, porque, con independencia de la suerte personal de la infanta, la Casa Real queda afectada más por el hecho y la escenificación del juicio en sí que por una condena a una pena escasa de prisión que seguramente no habría de cumplir. Es más, una vez que ha habido juicio, tengo la impresión de que la absolución puede perjudicar más la apreciación popular de la Corona que la condena, aunque esto sería largo de desarrollar.

Las tres magistradas que forman el tribunal tuvieron entonces frente a sí argumentos no desdeñables para excluir a la infanta del juicio: para ello bastaba con que entendiesen que la Hacienda Pública es «perjudicada directa» del delito fiscal (por el que se acusaba a doña Cristina): si fuera así, existiendo un perjudicado «concreto» que decide no acusar por el delito del que es víctima, no es admisible una acusación popular (la de Manos Limpias), y por tanto la infanta no habría podido ser enjuiciada. El diario *El Mundo* abrió su edición de papel de 12 enero 2016 con este titular: «El Estado se moviliza para salvar a la Infanta del juicio». Aquello era lo verdaderamente importante: mucho mejor evitar el juicio que ser juzgada y absuelta. Y, sin embargo, las tres magistradas se atuvieron a un criterio puramente jurídico y resolvieron que había que juzgarla. Esto me hace presumir que, si no se plegaron a presión alguna a favor de evitar el juicio (que era lo más importante), la absolución que se ha acordado no es tampoco resultado de ninguna presión.

2. PARA CENTRAR EL PROBLEMA: ¿DE QUÉ Y POR QUÉ SE LA ABSOLVIÓ?

Avanzo mi opinión sobre la absolución de doña Cristina: a) la gran mayoría de las razones por las que mucha gente cree que es culpable no son sostenibles y no tienen apenas nada que ver con lo que en realidad se estaba enjuiciando respecto de ella; son más «prejuicios» (proclividad a pensar que el que entra imputado en un juzgado es porque es culpable) que otra cosa. Y b) las razones esgrimidas en la sentencia para justificar su absolución no son contundentes y (me) dejan dudas lógico-jurídicas sobre un aspecto concreto que podría haber sido determinante de la culpabilidad, al menos en calidad de cómplice: ese aspecto es, en concreto, el de si la condición de socia fundadora de doña Cristina en la sociedad Aizoon SL (junto a Urdangarín, al 50% cada uno) era perfectamente prescindible, o si por el contrario facilitó objetivamente la comisión por su marido del delito fiscal por el que se le ha condenado.

Veamos. Lo primero que debe precisarse es que doña Cristina sólo estaba acusada de un delito: su participación, como cooperadora, en el delito fiscal cometido por su marido. No lo estaba por los demás delitos que se ventilaron en el juicio: malversación, prevaricación, falsedades. Es importante aclarar que aun en el caso hipotético de que la infanta conociese que su marido estaba cometiendo esos otros delitos, no por ello es responsable de los mismos, pues no hay obligación de denunciar a un familiar. Si usted sabe que su cónyuge ha matado a alguien, no comete delito por no denunciarlo, si no le ha ayudado con conductas concretas y conscientes a cometerlo (coparticipación) o a encubrirlo (destruir pruebas, etc.). El hecho de no denunciarlo es irrelevante penalmente. Por tanto, aunque doña Cristina tuviese sospechas de que su marido estaba obteniendo ilícitamente cantidades de dinero, traficando influencias o eludiendo el pago de sus impuestos, no la convierte en responsable penal. Nadie puede ser condenado por lo que hace un familiar, a menos que coopere con él de manera eficaz.

¿En qué sentido entendía la acusación (y el juez Castro en su auto de imputación) que doña Cristina pudo haber participado en el delito fiscal de Urdangarín?

Parece haber quedado acreditado que la mercantil Aizoon SL, constituida por ambos cónyuges con una aportación del 50% de capital por cada uno de ellos, no fue más que un instrumento para conseguir que Urdangarín pagase menos a Hacienda por sus honorarios y emolumentos (lícitos o ilícitos, eso forma parte del resto de la sentencia) percibidos por asesoramiento a terceros o por formar parte de consejos de administración de otras sociedades. Tales honorarios, sin duda, debían haber sido declarados en el IRPF, pero Urdangarín (sin la participación de doña Cristina en este punto) emitía factura por los mismos a favor de Aizoon SL, como si fuesen un servicio que prestaba esa sociedad. De ese modo conseguía no sólo tributar a un tipo impositivo menor, sino que además conseguía deducciones que no habrían sido posibles si se hubiese declarado en el IRPF. ¿Qué deducciones? Pues gastos cargados a la sociedad que en realidad no guardaban

relación con su actividad, sino que eran gastos domésticos, personales, de atención de la vida ordinaria de los dos socios y su familia, incluso el pago por la sociedad de una renta por utilizar la vivienda de los socios-cónyuges como sede. Ambos socios y cónyuges, titulares de una tarjeta VISA con la que podían disponer de los fondos de las cuentas de Aizoon, atendían a los gastos que usted y yo pagamos con nuestro sueldo y no podemos deducir en el IRPF. Como ven ustedes, se trata de algo que, por desgracia, sabemos que muchos asesores aconsejan a sus clientes adinerados: montar una empresa para derivar a ella los ingresos que habrían de tributar por el IRPF. Algo que, por cierto, produce desazón cuando se comprueba que, sin escrúpulos, se hace hasta por miembros de la Casa Real. Pero volvamos al código penal.

Quien comete el delito fiscal es Urdangarín, pues fue él quien en su personal declaración de IRPF de los años 2007 y 2008 no incluyó los rendimientos de su trabajo personal, ahorrándose la diferencia de tipo impositivo. Dicho ahorro, junto a las indebidas deducciones del impuesto de sociedades, ascendía a más de 120.000 euros anuales, y, por lo tanto, sobrepasaba el montante mínimo que convierte la simple defraudación fiscal en un delito (por el que ha sido condenado). Doña Cristina se benefició de ese delito, puesto que su patrimonio se incrementó (aunque sólo fuera por poder disponer de los fondos de Aizoon donde se ingresaba la cantidad no declarada, o mal declarada, por Urdangarín). Y por eso se le considera responsable civil, y se le condena a devolver todas las cantidades que se han podido probar como incremento patrimonial suyo con ese origen ilícito, lo cual tiene un componente de sanción que no debe despreciarse. Esto no es, sin embargo, suficiente para ser responsable penal: para ello es preciso haber «colaborado» con una conducta personal en la defraudación fiscal de su marido. Gastar en beneficio propio el dinero obtenido o retenido como consecuencia de la defraudación personal de otra persona obliga simplemente a devolver, pero no es delito. Habrá delito si participó en el plan para conseguir esa defraudación con una conducta necesaria o al menos útil a tal fin.

3. LA SOCIA DEL DEFRAUDADOR

Aquí, justamente aquí, estaba la clave. Ni siquiera en si doña Cristina sabía o no que su marido era un delincuente (sobre esto se ha puesto demasiado énfasis, y no es lo decisivo). La clave estaba en si Urdangarín pudo haber defraudado a Hacienda con la misma facilidad sin la intervención de su esposa (en cuyo caso ésta había de ser absuelta penalmente y sólo obligada a devolver el beneficio del que se aprovechó), o si resultaba necesario o útil que doña Cristina fuese *también* socia de Aizoon (en cuyo caso tendría responsabilidad penal).

¿En qué medida pudo ser necesaria o útil su condición de socia al 50%? Pensemos en estas dos consideraciones:

a) Al compartir la sociedad con su esposa y no con un tercero, se podía disponer para gastos personales y familiares (que era lo que se pretendía) la rebaja de cuota fiscal que se conseguía tributando por impuesto de sociedades lo que era IRPF. Si el socio fuese una tercera persona, entonces los ingresos escaparían del ámbito familiar, y los controles podían ser diferentes. Es verosímil, pues, pensar, que cuando doña Cristina accedió a constituir la sociedad lo hacía no para obtener rendimientos empresariales, sino como medio para disminuir la tributación de los ingresos de su marido, que se integrarían en la economía familiar por la puerta fiscalmente ventajista de la sociedad. La sola constitución de la sociedad, pues, podría ser un acto preparatorio y consentido de la defraudación fiscal, a menos que doña Cristina *creyese que se trataba de una empresa con actividad real*, lo que no parece demasiado verosímil dado que, según se dice en la sentencia, no obtenía más ingresos que los provenientes de las remuneraciones de su marido. A esta consideración la sentencia no dedica apenas atención: se limita a señalar que no puede presumirse de quien constituye una sociedad que es conocedor de antemano de la actividad ilícita que con posterioridad se realiza por otra persona a través de ella.

b) El notario que autorizó la constitución de Aizoon SL declaró en la instrucción, como testigo, que el asesor de Urdangarín (Miguel Tejeiro, cuñado de Torres) le había dicho que la condición de socia de doña Cristina en Aizoon cumplía la función de «escudo fiscal». No olviden que el DNI de los miembros de la Casa Real es perfectamente identificable, a primera vista, por la Agencia Tributaria, por lo que no es en absoluto insólito pensar que, en sus inspecciones aleatorias, Hacienda excluyese aquellas en las que participa un miembro de la Casa Real, aunque sólo fuese por la confianza que esto habría de inspirar. En el acto del juicio (ante el tribunal sentenciador), sin embargo, Miguel Tejeiro negó haber comentado eso al notario, y éste matizó su declaración, y precisó que lo que en realidad ocurrió fue que Tejeiro le había insistido en que figurase primero el DNI de la infanta, y que él (el notario) «interpretó» o dedujo que con eso se pretendía interponerla como escudo fiscal.

4. ¿CÓMPLICE, O *IN DUBIO PRO REO*?

Con estos datos no habría sido sorprendente una sentencia que considerase a doña Cristina cómplice del delito fiscal cometido (no por ella, sino) por su marido, lo que conllevaría una pena de entre seis meses de prisión a un año. Tampoco es insólito que, en una aplicación del principio *in dubio pro reo*, el tribunal no haya encontrado convicción suficiente de que doña Cristina favoreciera la defraudación fiscal de su marido «a conciencia» y con actos objetivamente útiles para ese fin. Lo cierto es que el tribunal no consideró probado que la presencia de doña Cristina se hubiera

decidido para utilizarla como escudo fiscal (pues eran posibles otras interpretaciones), y que el solo hecho de tener la condición de socia de la sociedad a través de la cual el otro socio defrauda al Fisco no la hace responsable de dicha defraudación, si no consta que fuese una socia administradora que influyera en la toma de decisiones de la sociedad (lo que se descarta, creo que sí, con razones convincentes en la sentencia); así como tampoco la hace responsable penalmente (sino sólo civilmente) el beneficiarse patrimonialmente de los ingresos de esa sociedad cargando a sus cuentas gastos personales, domésticos y familiares.

Como se ve, la decisión de condenar a absolver a Cristina de Borbón pendía de un hilo bien fino. Nada tenía que ver (discúlpenme la ironía) con el debate entre monarquía o república, pero tampoco con el conocimiento o desconocimiento por doña Cristina de las actividades de su marido de enriquecimiento a costa del erario público (no hay obligación legal de denunciar al cónyuge), ni con el hecho de los gastos que efectuó para atenciones personales o familiares con cargo a la sociedad en la que se ingresaban las remuneraciones percibidas por su marido. El tribunal tenía que pronunciarse sobre si el delito fiscal que cometió Iñaki Urdangarín necesitaba o quedaba facilitado por la presencia de doña Cristina como socia al 50% de la sociedad a través de la cual eludió la tributación por IRPF o si su presencia era irrelevante a efectos de la defraudación que se produjo. No era una cuestión que sólo admitiera una respuesta, y por eso la decisión del tribunal era difícil. Y no (sólo) por el nombre de la acusada. Me siento con derecho a presumir que las tres magistradas han decidido no en atención al nombre de la acusada, sino por no haber alcanzado la convicción de su culpabilidad. Y si fuera así, habrían hecho bien en absolver pese a la esperable crítica popular de su sentencia.

5. LA LIBERTAD PROVISIONAL DE URDANGARÍN: UN AUTO IMPECABLE

Urdangarín sí fue condenado, a pena de prisión que excede de los tres años. Sin embargo, no se ha acordado su ingreso en prisión preventiva en el auto de 23 de febrero de 2017, lo que, de nuevo, suscitó la indignación de muchos ciudadanos, así como repetidos comentarios sobre que no llegará a pisar la prisión nunca, por ser miembro de la familia real. «La justicia no es igual para todos» fue el comentario más común de aquellos días. Y probablemente no lo es. Sin embargo, el auto de la Audiencia Provincial de Mallorca de 23 de febrero de 2017 es, en términos generales, un auto impecable.

Yo también creo que Urdangarín debe ser encarcelado. La Audiencia Provincial de Palma también lo cree: de hecho, lo ha condenado a seis años y algunos meses de prisión. No saben cuánto me alegro de que la justicia haya llegado hasta el final para

reprimir comportamientos tan despreciables como los que la sentencia ha considerado probados. No me dará pena cuando ingrese en prisión dentro de algunos meses. Pero Urdangarín es un ciudadano español con derechos, y uno de sus derechos es tener la posibilidad de recurrir la sentencia que le condena, por creerla injusta. Tiene derecho, digamos, a una «segunda opinión». No hay condena mientras la sentencia no sea firme (irrecurrible), y por tanto no es en absoluto posible comenzar la ejecución del castigo impuesto. La prisión provisional no es la anticipación del cumplimiento de la condena. Sólo sirve para asegurar que, cuando la condena llegue a su firmeza, pueda cumplirse. Por tanto, sólo tiene sentido cuando existe un riesgo de fuga. Y ahora piensen ustedes si existe riesgo de fuga, o si más bien lo que existe es prisa y ánimo justiciero. Claro que no lo hay, o, más exactamente, que es mínimo. Urdangarín ha estado en libertad pese a estar acusado a penas mucho mayores que la que finalmente se le ha impuesto; incluso ha estado en libertad casi una semana después de que se conociera que había sido condenado a seis años de cárcel, y no ha intentado fugarse: hoy ha comparecido a una vista de la que podía haber salido esposado y con dirección a la cárcel. Vive en Suiza, es verdad, pero Suiza tiene fronteras no menos controladas que las de España, y mientras no esté definitivamente condenado tiene derecho, salvo supuestos excepcionales, a seguir viviendo en su casa. Tiene arraigo, es conocido, y un intento de fuga resultaría absolutamente comprometedor para el resto de su vida y para su vida social, familiar y económica, que podrá en cambio recuperar una vez que cumpla la pena que finalmente se le imponga. Reconozcamos que no hay un serio riesgo de fuga. Y, si no lo hay, hay que guardarse las ganas de vindicar el castigo hasta que éste sea definitivo. Eso es todo.

¿«Justicia desigual»? : no seré yo quien discuta que hay desigualdades, y que los ricos y poderosos tienen más fáciles las cosas de la vida. Y que pueden pagarse mejores abogados. Lo que no pueden es pagarse una justicia privada. Pueden elegir y pagar el supercoche que se compran, el superviaje de vacaciones, el supermenú en el restaurante, el supercolegio para sus hijos, la superclínica para su salud, pero no pueden elegir ni pagarse una justicia privada. Por eso es más igual para todos que otras muchas cosas. A mí lo que me repugna es que un miembro de la Casa Real vaya ganando dinero a espuestas mediante contratos con las Administraciones Públicas proclives, y que para colmo haga trampas a Hacienda, pero no que no lo metan en prisión preventiva de manera completamente innecesaria. Aplaudo la condena, y aplaudo también el no dictar prisión preventiva para contentar a la gente: hace tiempo que la «alarma social» (entendida como clamor popular para que alguien sea encarcelado) dejó de ser una buena razón para la prisión provisional.

Desde el punto de vista jurídico, un auto de prisión preventiva de Urdangarín habría sido escandaloso. Ojalá sirviera para reconducir a su estricta función una medida (la prisión provisional) de la que con alguna frecuencia se abusa con ligereza, cuando los implicados son los que han caído en el lado duro de la vida.