

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

PALMA DE MALLORCA

APELACIÓN PENAL

ROLLO 144/13

AUTOS DPA 2677/08 (Pieza 25)

Juzgado de Instrucción número 3 de Palma

A U T O NÚM. 256/2013

Ilmos. Sres.:

Presidente

DIEGO JESÚS GÓMEZ-REINO DELGADO

Magistrados

JUAN JIMÉNEZ VIDAL

MÓNICA DE LA SERNA DE PEDRO

En Palma de Mallorca a 7 de mayo de 2013.

I.-ANTECEDENTES PROCESALES.-

ÚNICO.- Por el Ministerio Fiscal se formuló recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, recaído en la pieza separada número 25, del denominado caso PALMA ARENA, de fecha 3 de abril de 2013, por el que se acordaba declarar imputada a SAR la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia, recurso del que se ha dado traslado a las demás partes, habiéndose adherido al mismo la defensa de la Infanta, así como parcialmente la Abogacía del Estado, la defensa de su marido Don Iñaki Urdangarín Liebaert y de su Secretario personal Don Carlos García Revenga,

formulando oposición al recurso la acusación popular ejercitada por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias, verificado lo cual han sido remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda de esta Audiencia, que las recibió en fecha 19 de abril pasado, siendo designado ponente el Magistrado Diego Jesús Gómez-Reino Delgado, quien tras la oportuna deliberación y de solicitar la incorporación al Rollo de Sala del informe de fecha 14 de enero de 2013 elaborado por la Delegación Especial de la A.E.AT. de Cataluña y anticipándose a la fecha prevista señalada para el día 20 de mayo próximo, expresa el parecer mayoritario de esta Sala, por cuanto el Magistrado Juan Jiménez Vidal ha formulado un voto particular discrepante, que se incorpora a la presente resolución.

II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.- Se alza el Ministerio Fiscal y la defensa de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia, contra el auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Palma que ha dispuesto citarla a comparecencia para que presente declaración judicial presencial en calidad de imputada.

Al recurso se han adherido el marido de la Infanta Don Iñaki Urdangarín Liebaert, así como el asesor de la Infanta Don Carlos García Revenga y la Abogacía del Estado. En lo que a esta representación se refiere su oposición a la decisión judicial controvertida se ha limitado, única y exclusivamente, a negar las imputaciones que el auto apelado vierte respecto a que Doña Cristina de Borbón y Grecia haya podido incurrir en la comisión de un delito contra la hacienda pública.

El recurso ha sido impugnado por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias, que actúa en la causa como acusación popular. Con sus manifestaciones apoya la bondad del auto recurrido, llamando la atención de que los indicios de criminalidad que justifican la imputación de la Infanta apelante y que se relacionan en el auto apelado en número de catorce debieron de haber llevado

anteriormente, cuando dicha parte lo solicitó el pasado año, a decretar su imputación.

En esencia, tanto el recurso del Ministerio Fiscal como el formulado por la defensa de la Infanta imputada Doña Cristina, aunque con distinta argumentación de fondo, insisten básicamente como motivo de impugnación central, junto a otros periféricos de refuerzo, en la inexistencia de indicios racionales de criminalidad que permitan sostener, con fundamento, las imputaciones que se contienen en el auto apelado y a tal efecto manifiestan al unísono que dichas imputaciones ya fueron en su momento tomadas en consideración por el mismo Juez a quo y luego por esta Sección Segunda de la Audiencia de Baleares para denegar la comparecencia de la Infanta en calidad de imputada y descartar en ella indicios de actuación delictiva.

A juicio de ambas partes, pues, entre el auto de esta Sala y el momento presente nada ha variado sustancialmente.

En concreto, ambas partes apelantes coinciden en afirmar que no puede construirse la imputación de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia, sobre la circunstancia de que la misma figurase en un folleto alusivo a que participaba como vocal de la Asociación Instituto Nóos de Investigaciones Aplicadas, ni tampoco a la circunstancia de que en la Junta Directiva de dicho Instituto formase parte de él, junto con ella misma, el Secretario de la Infanta y Asesor de la Casa Real Don Carlos García Revenga, por cuanto lo relevante a efectos de la imputación es que Doña Cristina de Borbón y Grecia no participaba, directa ni indirectamente, en la toma de decisiones del Instituto Nóos, ni intervino en su gestión, ni en los contratos de colaboración que firmó el citado Instituto con entidades públicas (Fundación Illes Balears-Ibatur y CACSA y FVTB).

Entienden tanto el Fiscal como la defensa de la Infanta que la intervención del Sr. García Revenga fue absolutamente neutra respecto a las presuntas

actividades delictivas del Instituto Nóos, no constando que las conociera y en tal caso y de ser ello así que se las hubiera comunicado o participado a la Infanta Doña Cristina, la cual en todo momento actuó confiada en la creencia de la corrección de la gestión realizada por su marido, precisamente porque se hallaba amparada por la tutela de su Secretario personal y prueba de ello es que enseguida que se suscitaron en la opinión pública y en el Parlamento de las Islas Baleares dudas sobre las contrataciones públicas en las que participó el Instituto Nóos, la Infanta cesó en marzo de 2006 como integrante de dicho Instituto y no continuó ni tuvo participación alguna en la Fundación Cultura, Deporte e Integración Social, dentro de la cual su marido habría supuestamente continuado la gestión iniciada en el Instituto Nóos.

Tanto el Fiscal como la defensa de la Infanta salen al paso de los nuevos indicios de criminalidad que a juicio del Instructor justificarían que en este momento, en contra de lo resuelto anteriormente de modo negativo en el auto de fecha 5 de marzo de 2012, y niegan que de ellos quepa hacer un juicio positivo de imputación, y llevan a la defensa de la Infanta a atribuir al auto de esta Sala de 12 de julio de 2012, confirmando el precedente del Instructor, el valor de constituir una suerte o especie de auto de sobreseimiento provisional con efectos de cosa juzgada material, por cuanto entiende dicha parte apelante que los nuevos datos tomados en cuenta por el Juzgador para cambiar su criterio, favorable ahora a una imputación de la Infanta, carecen del valor incriminatorio que el instructor les atribuye.

Estos indicios, según explica el Juez a quo en el auto combatido, consisten en la aparición de nuevos correos electrónicos aportados por la defensa del imputado Diego Torres Pérez y socio Iñaki Urdangarín en el Instituto Nóos y en otras sociedades instrumentales por ellos constituidas, de los que resultaría que Don Carlos García Revenga estaba al corriente de las actividades realizadas por el citado Instituto, de modo que hay que suponer que tales actividades se las transmitía o debía de hacerlo a la Infanta, en tanto en cuanto el Sr.Revenga

actuaba como tutor o garante de Doña Cristina y que por ello mismo las conocía, así como otros correos alusivos a la propia Infanta Doña Cristina.

Junto a estos correos, el Juez a quo toma en consideración como elemento indiciario de criminalidad la declaración en calidad de imputado del Secretario de la Infanta el Sr. García Revenga y la del coimputado Sr. Torres Pérez, que vino a manifestar que la Infanta estaba plenamente al corriente de la actividad del Instituto Nóos y considera que a partir de estos nuevos elementos o datos ganarían fuerza los indicios y sospechas que en su momento fueron considerados insuficientes para la imputación de la Infanta: existencia de un folleto comunicando a posibles clientes del Instituto Nóos que la Infanta y su asesor personal formaban parte del mismo y que se habría utilizado como reclamado publicitario y serviría para favorecer o prevalerse de contrataciones públicas; integración de la Infanta y de su asesor en la Junta Directiva del Instituto Nóos como órgano de administración, participación por la Infanta como socia al 50% con su marido en la sociedad limitada Aizoon, a la que el Instituto Nóos habría pagando facturas desviado fondos provenientes de los contratos presuntamente delictivos llevados a cabo por el Instituto Nóos y aplicación de tales ingresos en la cuenta de Aizoon S.L., para atender gastos particulares de la Infanta y de su familia, cuya valoración conjunta, ahora sí, permitiría razonablemente inferir, siguiendo el planteamiento del instructor, la posibilidad de que la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia pudiera haber participado o cooperado, siquiera en calidad de cómplice, en las conductas ilícitas que se atribuyen a su esposo a través del Instituto Nóos, de las cuales se habría beneficiado a través de la entidad Aizoon, SL, en la que tenía el 50% de las participaciones sociales, puesto que a dicha sociedad el marido de la Infanta desviaba cantidades provenientes del Instituto Nóos con cargo de facturas libradas por Aizoon, de las cuales habría dispuesto la Infanta para sufragar gastos de la unidad familiar.

Para el Juez a quo la presencia de estos indicios sugiere y sostiene, al menos desde un juicio de inferencia hipotético, la indiciaria posibilidad de que la

Infanta hubiera podido participar o intervenir de alguna manera en la actividad ilícita que se atribuye a su marido Iñaki Urdangarín y, por ello, y para confirmar o descartar las sospechas existentes de eventual participación criminal, es por lo que ha resuelto ordenar su imputación y que comparezca a judicial presencia a rendir declaración y ofrecer explicación de cual fue su concreta actuación y participación en las actividades presuntamente ilegales realizadas por su marido a través del Instituto Nóos y de las que ella se habría beneficiado a través de la mercantil Aizoon.

Para contrarrestar estas argumentaciones el Ministerio Fiscal y la defensa de la Infanta hacen un análisis pormenorizado de los varios correos aportados a la causa y de la declaración prestada por el coimputado Diego Torres, en la que la defensa de la Infanta aprecia motivaciones espurias e inconfesables que deben hacer dudar de la veracidad de sus insinuaciones, derivadas también de lo abusivo de su actitud procesal (aportación interesada y medida de correos electrónicos – en realidad sin contenido valorable - para intentar involucrar y desacreditar a la Infanta y la Familia Real en aras, seguramente, de obtener algún tipo de ventaja o beneficio procesal derivado del ataque contra una Institución del Estado como es la Monarquía) para descargar responsabilidades sobre la Infanta, concluyendo que nada nuevo aportan los referidos correos, ni la declaración del Sr. Torres, a las consideraciones que en su momento tuvo en cuenta el Juzgador de instancia y esta misma Sala para descartar que existan indicios fundados de conducta criminal en la Infanta apelante.

Finalmente, el Fiscal y la defensa recurrentes como refuerzo a su impugnación alegan que en cualquier caso y en su parecer, la conducta de cooperación que el Juez a quo atribuye a la Infanta en el auto controvertido, consistente en hacer dejación de su nombre y consideración para, prevaliéndose de ello, lograr contratos con la administración, carecería de relevancia penal a los efectos de conformar un delito de tráfico de influencias o como inducción eficaz a la prevaricación, precisando como ya lo hizo esta Sala, que con relación a la imputación de la esposa en las supuestas actividades ilegales realizadas por su

marido, no bastaría con el mero conocimiento de las actividades de aquél y de su eventual ilicitud, sino que se requiere su efectiva participación, al respecto de lo cual, añaden, no existe dato indiciario alguno que la sostenga.

En este mismo sentido y con relación a los beneficios obtenidos por Aizoon S.L., señalan que ninguna responsabilidad puede atribuirse a la Infanta, ya que la gestión y dirección de esta sociedad correspondía como administrador de hecho y de derecho a su marido Iñaki Urdangarín Liebaert y no a ella, por mucho que fuera socia de la mercantil al 50% y el aprovechamiento de ingresos provenientes del mismo por parte de la unidad familiar para reformas y pagos a personal de la casa, en modo alguno sería delictivo desde el momento en que la Infanta desconocía la procedencia ilegal de tales ingresos.

Por último y en cuanto al delito contra la Hacienda pública se argumenta por el Fiscal y la Abogacía del Estado que la responsabilidad última por dicho ilícito recaería exclusivamente sobre el administrador de la sociedad Aizoon y no sobre el socio no administrador, y se explica que conforme se desprende del informe emitido por la Delegación de la Agencia Tributaria de Cataluña, las cantidades ingresadas en Aizoon provenientes del Instituto Nóos lo eran por la actividad profesional del Sr. Urdangarín, y por tanto imputables únicamente a él como renta y no a la sociedad Aizoon, de ahí que sea él y no su mujer quien habría de responder de la eventual comisión de un delito fiscal por cantidades recibidas a título de renta y no declaradas en el impuesto.

SEGUNDO.- Ya hemos comentado más arriba que la resolución del recurso contra la imputación de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia pivota de manera fundamental y decisiva, constituyendo prácticamente el único motivo del recurso que merece comentario y detenido análisis, sobre la suficiencia o no de los indicios de criminalidad que a criterio del Instructor avalan su citación a judicial presencia en calidad de imputada, para recibirle declaración por su posible participación como cooperadora necesaria o cómplice en las presuntas actividades delictivas que se atribuyen a su marido, a quien, junto con su socio el Sr. Torres Pérez, sumariamente se le imputan la comisión de los delitos de

tráfico de influencias, prevaricación, fraude a la administración y malversación (subvenciones ilegales), así como – de momento ya que las actuaciones inspectoras no han sido concluidas y ni siquiera todavía se ha llegado a determinar la cuota defraudada, ni tampoco la existencia de fondos en el extranjero - tres delitos contra la hacienda pública del artículo 305 del CP, uno correspondiente al impuesto de sociedades del Instituto Nóos para el año 2007 (porque aunque estaba exento del pago del impuesto al ser una Asociación sin ánimo de lucro, el Instituto Noos operaba como una auténtica sociedad mercantil) y dos por el impuesto de las personas físicas correspondientes a los ejercicios económicos de los años 2007 y 2008, por la diferencia de tributación en Aizoon por el impuesto de sociedades, lo que realmente constituía renta a declarar en el impuesto de la renta de las personas físicas; en todos estos casos con una cuota defraudada (todavía sin determinar), pero superior al límite del ilícito administrativo, esto es, superando los 120.000 euros por anualidad.

Sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal como la defensa de la Infanta efectúan en su recurso una serie de alegaciones periféricas o de refuerzo dirigidas a atacar el auto apelado y a las que conviene dar cumplida respuesta para que no se diga que orillamos el examen de estas cuestiones.

Tales alegaciones o argumentos contrarios a la imputación serían los siguientes:

1.- La imputación de la Infanta contravendría el Principio de igualdad ante la Ley.

2.- El auto dictado por esta Sala en fecha 12 de julio de 2012 tendría el valor de constituir una suerte de auto de sobreseimiento con los efectos de la cosa juzgada, el cual seguiría vigente dado que los nuevos indicios de criminalidad a los que se refiere el Juez Castro como motivo para reconsiderar la imputación, no pueden considerarse elementos indiciarios relevantes o con entidad bastante para justificar un cambio de postura favorable en este caso a la imputación.

3.- No se entiende el porqué el Juzgador rechaza la posibilidad de que la Infanta pueda declarar como testigo en lugar de que lo haga en calidad de imputada.

4.- La defensa de la Infanta reflexiona sobre la idea de que cuando se trata de dirigir la imputación contra determinados personajes públicos o relevantes, sobre todo aquellos que aparecen vinculados a instituciones centrales del Estado, el Juez Instructor ha de proceder con suma cautela al dirigir la imputación hacia estas personas y ello exige un especial cuidado a la hora de valorar la solidez de los posibles indicios que hipotéticamente habrían de conducir a su imputación.

5.- Arguye también la defensa de la Infanta que el auto impugnado debería ser considerado nulo de pleno derecho, ya que el juicio de positivo de imputación que verifica el Juzgador se base fundamentalmente en el advenimiento al proceso de correos electrónicos que han sido aportados por uno de los imputados Diego Torres Pérez, el cual ha asumido funciones acusatorias que no le competen y que debería en tal caso ostentar la doble condición de testigo – para poder ser interrogado bajo juramento sobre el origen y procedencia de los correos – y de imputado. En definitiva, para esta parte recurrente el Sr. Torres habría extralimitado en el proceso su función como parte defensiva irrogándose un papel que no le corresponde, de modo que al ser su actuación abusiva en el ejercicio de su derecho a la defensa, tales correos no deberían de haber accedido al proceso y por tanto no tendrían que haberse valorado ni utilizado como material con potencial incriminatorio, ni por ello podrían ser usados para que la Infanta fuera citada de comparecencia.

6.- Finalmente, tanto el Fiscal como la defensa desdeñan que la imputación se haya producido a instancias del propio Juez e impetran la infracción del principio acusatorio, dando a entender que el Juez se habría extralimitado al acordar la imputación de la Infanta de oficio y sin petición de parte acusadora.

Examinemos una por una las referidas alegaciones impugnativas:

1.- Por lo que hace a la infracción del principio de igualdad, este operaría si efectivamente el juicio de imputación positiva que realiza el Juez a quo en el auto apelado y el negativo a tal imputación que verificó en el antecedente de fecha 5 de marzo de 2012 se sustentasen en la misma base fáctica. Ello no ocurre en la medida en que el Juez a quo ha tenido en consideración otros y distintos indicios que a su juicio, eso sí, puestos en relación con otros ya existentes, valora ahora suficientes para motivar la imputación de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia. Nos estamos refiriendo a la declaración en calidad de imputado del Secretario personal de la Infanta Don Carlos García Revenga y de la aportación a la causa a instancias del imputado Sr. Torres de determinados correos electrónicos.

Desde la posición del Fiscal aparece lícito y legítimo que cuestione la verosimilitud del juicio de imputación que expresa el auto apelado, pero no se sostiene que invoque que dicha resolución pueda comportar lesión al principio de igualdad constitucional expresado en el artículo 14 CE.

El Fiscal puede cuestionar, y en el fondo es lo que hace, la valoración que el Juzgador otorga a los indicios de criminalidad que le llevan a acordar la imputación de la Infanta, y estimar que ese juicio de imputación supone una inferencia demasiado endeble, equívoca o abierta para a partir de tales elementos indiciarios deducir la participación de la Infanta en los delitos cometidos por su marido y por su socio en la asociación Instituto Nóos, mas este planteamiento impugnativo guarda relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la presunción de inocencia, derechos que resultarían lesionados o conculcados si la imputación careciera de motivación atendible o si la misma examinada desde las reglas de la lógica no resultase plausible, pero nada tiene que ver con el principio constitucional de igualdad.

2.- Sorprende que la defensa de la Infanta se queje del valor de cosa juzgada del auto antecedente de esta Sala confirmando la no imputación de la Infanta. En nuestro auto convenimos con el Juez de Instrucción en que de momento no era prudente la imputación, pero nunca se descartó de plano tal posibilidad y de hecho el dictado de aquella resolución no supuso el cierre y clausura de las investigaciones respecto de la Infanta Doña Cristina, sino que la misma ha seguido y sigue siendo investigada. Por consiguiente, mal se compadece una decisión sobreseyente con tal proceder investigador.

De nuevo el rechazo a esta cuestión reconduce el problema al examen de los indicios de criminalidad que según el auto apelado deberán de llevar a la imputación de la Infanta y si los mismos son o no suficientes para efectuar razonablemente un juicio positivo de imputación.

3.- Desde luego aparece fuera de lugar y carente de rigor barajar la posibilidad – con riesgo de que la diligencia carezca de valor probatorio e incluso que pueda ser considerada nula - de que la Infanta declarase como testigo en lugar de hacerlo como imputada, pues si como consecuencia de su citación y toma de declaración el Juzgador pretende, y así se desprende del contenido del auto apelado, interrogarla, incluso por escrito, sobre cuestiones con claro contenido incriminatorio o de acusación: participación que pudo tener en la conducta delictiva de su marido y de su socio y en el entramado societario por ambos constituido, el estatuto con el que debería de producirse la declaración de la Infanta apelante es sin duda ninguna con el de imputada, al no venir obligada con tal motivo a prestar juramente o promesa de decir verdad, y porque en dicha declaración debería contar con la presencia y asistencia letrada; derechos estos que no asisten al testigo.

Tiene dicho el TC a propósito de esta cuestión que no debe someterse al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible y la imputación no ha de

retrasarse para evitar indefensión (STC 174/2001, que cita a las STC 44/85, 135/89 y 273/93).

4.- Convenimos efectivamente con la defensa de la Infanta que la imputación no tiene porque ser automática cuando venga precedida de una denuncia sin previamente verificar su verosimilitud y de que en determinados supuestos de procedimientos seguidos contra personas relevantes (no aforadas por supuesto) en los que ante la posibilidad de que la utilización del proceso penal pueda estar instrumentalizada o se pretenda la consecución de perversas intenciones de publicidad, deterioro institucional, político o personal, el Juez instructor debe obrar con sumo cuidado a la hora de acordar la imputación, rechazando decretarla de modo indiscriminado basándose exclusivamente en que la imputación constituye una ventaja o garantía para el sujeto pasivo del proceso, olvidando también que innegablemente comporta una carga procesal en la medida en que a dicha persona se le está atribuyendo la presunta comisión de hechos delictivos, atribución que se vería naturalmente agravada por la dimensión y trascendencia pública que pueda tener la repercusión en los medios de comunicación de esa imputación, mas precisamente para este tipo de casos el Juez instructor puede, y el TC así lo tiene reconocido, la posibilidad de retrasar la imputación para antes de que esta tenga lugar poder valorar su verosimilitud y la indiciaria posibilidad de que el imputado efectivamente haya podido cometer hechos concretos con trascendencia penal.

Tal posibilidad, desde luego, si bien es admitida por el TC ha de estar justificada, ya que el retraso en la imputación constituye un arma de doble filo, puesto que aunque puede favorecer al imputado, dado que se pretende asegurar la verosimilitud indiciaria de las acusaciones que se ciernen en su contra evitando que el denunciado sea objeto de acusaciones carentes de fundamento, sin embargo, al mismo tiempo la dilación producida a la hora de establecer la condición de parte imputada restringe sus posibilidades de defensa, e incluso puede provocar indefensión, por cuanto hasta que el imputado tenga esa condición no puede ser considerado parte pasiva en el

proceso y por tanto no tiene derecho a intervenir contradictoriamente en el mismo y a participar de la investigación.

En el sentido expuesto nos recuerda el TC que la condición de imputado no siempre aparece al principio, a veces la imputación aparece a resultas de la instrucción y porque la exigencia establecida en el artículo 118.2 de puesta inmediata de la imputación en conocimiento del investigado debe ser modalizada y completada por la valoración circunstanciada del instructor.

No hay duda, pues, que en el caso de la Infanta la cautela que pide el recurrente ha sido escrupulosamente observada, por cuanto el Juzgador a quo no ha declarado imputada a la Infanta de modo automático y voluntarista y tan pronto su nombre apareció como posible partícipe de los hechos por la circunstancia de figurar ella y su Secretario personal como miembros de la Junta Directiva del Instituto Nóos, ni porque aunque dicho Instituto solicitó su reconocimiento como entidad sin ánimo de lucro se comportó como una verdadera sociedad mercantil, ni por ser socia de una sociedad mercantil vinculada con dicho Instituto como consecuencia de ingresos por facturas giradas que dicha sociedad percibía del referido Instituto, sino que la imputación se ha materializado después de que se hubieran practicado toda una batería de diligencias de investigación dirigidas a determinar, cual era y si lo había, el grado de participación que la Infanta pudiera tener en los hechos investigados y concretamente en las conductas ilícitas presuntamente cometidas por su marido; y ha sido después de practicar estas diligencias cuando el Juez a quo en un auto motivado y razonado ha dispuesto su imputación. Su proceder ha sido por tanto correcto y con el grado de prudencia y cautela que el recurrente demanda y requerían las circunstancias del caso y de la personalidad de la imputada. Distinto es si, como opina el recurrente, el juicio de imputación que realiza el Juez a quo en el auto impugnado se presenta con insuficiencia para que dicha imputación se materialice y se estime justificada. Otra vez la cuestión pivota sobre el grado de verosimilitud que nos pueda merecer ese juicio positivo de imputación.

5.- Otra de las cuestiones planteadas por la defensa de la Infanta – la de la actuación abusiva del Sr.Torres -, resulta altamente interesante.

Ciertamente que el derecho a la defensa del imputado en su dimensión del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (que en verdad constitucionalmente no ampara la mentira, aunque de facto sea así), no es un derecho absoluto e ilimitado y que el ordenamiento y nuestra jurisprudencia proscriben el uso abusivo y extralimitado del mismo.

En la STS 62/2013 (que por cierto se cita en el recurso) se analiza la cuestión y al respecto nos recuerda el Alto Tribunal que los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, dice el TS, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi-absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (vid. STEDH de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso O'Halloran y Francis c. Reino Unido, entre otras).

La cuestión sometida a nuestra consideración tiene una doble dimensión, una referida a cuál debe ser la posición del imputado en el proceso penal en aspectos en los que no se compromete su derecho a no autoincriminarse, que a nuestro juicio es y debe ser la de colaborar con la administración de justicia en la averiguación de la verdad, y otro aspecto responde a la relacionada con las otras partes del proceso o con terceros ajenos a él y a este respecto el ejercicio del derecho a la defensa amparado en el derecho a no declararse culpable no le autoriza a hacer uso de la calumnia ni de la difamación dirigida a terceros, ni

tampoco a la aportación de pruebas ilícitamente obtenidas que lesionen derechos fundamentales ajenos, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de los correos facilitados por el imputado Diego Torres si estos hubieran sido conseguidos quebrantando derechos fundamentales.

A este respecto y en el caso concreto analizado, no puede considerarse abusivo ni ilícito que un imputado en el proceso pueda aportar documentos o correos de los que puedan derivarse imputaciones para otro imputado, asumiendo un papel acusatorio, haciendo uso de una estrategia defensiva difícil de aventurar en una fase de investigación. Todo lo contrario, en la medida en que tales aportaciones no le incriminen, el acusado creemos que no solo ha de aportar estos documentos si no que viene obligado a verificar tal aportación, pero no a su voluntad y cuando caprichosa e interesadamente le venga en gana, o a su interés, siendo ese imputado quien marque o fije a su antojo el iter procesal, sino atendiendo al requerimiento judicial (el cual solo podría concretarse y extenderse a aquellos documentos que no comprometan la defensa del imputado requerido), siendo con ocasión de ese requerimiento y una vez verificado tras lo cual, e incluso indagando la fuente de la que proviene la documentación, el Juzgador deberá de efectuar una labor de verificación y comprobación de la obtención de los correos que dicho imputado ha aportado, así como de su utilidad y necesidad para el proceso y para el curso de la investigación, impidiendo que tengan acceso a la causa documentos carentes de valor y de alcance investigativo y cuyo contenido pueda lesionar gratuitamente el derecho a la intimidad tanto de otros encausados como de terceros ajenos al proceso.

En el caso presente si bien no se ha seguido este proceder – el cual debería ser corregido en lo sucesivo, dado que al parecer según sabemos por informaciones aparecidas en prensa la defensa del Sr.Torres continúa presentando nuevos correos para su unión a la causa, extremo al que nos referiremos en la parte final de esta resolución -, sí que el Juzgador a quo ha valorado, tanto indirectamente a través del auto apelado, como con ocasión del interrogatorio

de alguno de los imputados, la autenticidad de tales correos o al menos los que han sido incorporados e introducidos a lo largo de los interrogatorios realizados, licitud que ha sido también proclamada en el curso de esas declaraciones por el propio Ministerio Fiscal impugnante (también la defensa del Sr.Torres al hilo de uno de estos interrogatorios afirmó la legitimidad de los correos: "puesto que prácticamente todos los correos aportados tienen como destinatario el Sr.Torres y los restantes aunque no figura él como destinatario, provienen de dominios de Internet del Instituto Nóos, de Nóos Consultoría Estratégica o de la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social").

De todos modos, de resultar cuestionada la procedencia de tales correos, -sin prejuzgar la cuestión ahora por no ser objeto directo de este recurso-,habría quedado probablemente salvada o subsanada por desconexión de antijuridicidad como consecuencia de las propias manifestaciones de alguno de los imputados, nos referimos en concreto al Sr. García Revenga y a Iñaki Urdangarín, puesto que sobre alguno de los correos por los que fueron preguntados a judicial presencia ofrecieron explicación de modo que su contenido resultó averado e incorporado al proceso y dicha incorporación se produjo de manera voluntaria e informada una vez los imputados fueron debidamente instruidos de su derecho a no declarar y conociendo la existencia de los citados correos y contando con el consejo y asesoramiento de sus defensas. Esa declaración informada verificada sobre los referidos correos, al margen de ulteriores comprobaciones, permitiría, en principio y sin perjuicio de lo que definitivamente se decidiera, admitir la utilización y eficacia instructora de los indicados correos electrónicos cuando menos para justificar en este momento el juicio de imputación que efectúa el auto apelado.

6.- Para concluir con el examen de estas alegaciones previas, escaso comentario merece la referencia al principio acusatorio, pues éste desarrolla su eficacia en la fase intermedia y no en la instrucción, la cual mientras la Ley de Enjuiciamiento no se modifique corresponde al Juez y no a las acusaciones,

cuyo papel o labor principal se desarrolla en la fase intermedia o de calificación tendente a promover la apertura del juicio oral.

Es al Juez de Instrucción a quien nuestra Ley adjetiva criminal le atribuye la facultad y obligación de imputar a toda persona contra la que sumariamente puedan existir indicios de actuación delictiva, citándola de comparecencia para darle traslado y comunicarle los hechos delictivos que presuntamente se le atribuyan (art.775 de la Lecrim), pudiendo desde este momento intervenir con plena contradicción en la instrucción y solicitar todas aquellas diligencias de prueba conducentes a su defensa y en descargo de las sumarias acusaciones que el Juez Instructor le ha trasladado.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la imputación del Juez Instructor ha contado con el apoyo de la acusación popular, representación que a lo largo de la causa ha mostrado y manifestado una actitud favorable a instar la imputación de la Infanta Doña Cristina y dicha acusación, atendida la naturaleza de los hechos y delitos investigados (excluyendo tal vez los delitos contra la hacienda pública ya que en este caso existe un perjudicado que es la propia Agencia Tributaria representada en la causa por la Abogacía del Estado), gozaría de legitimación para en su caso llegado el momento ejercer la acción penal contra la Infanta apelante.

Al respecto constatamos con la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el Art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008 y en la 693/2009, de 20 de enero, a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del Art. 782 es la siguiente: 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).

La motivación de esta doctrina resultaría de aplicación al caso presente en el que se investigan delitos que afectan a intereses colectivos y difusos como son el tráfico de influencias, el fraude a la administración o la malversación de caudales públicos.

Por tanto, no ha existido quebranto del principio acusatorio, puesto que en la fase procesal en que nos encontramos no rige, pero de haberse producido estaría cubierto por la actitud procesal de apoyo a la imputación judicial desplegada por la acusación popular ejercitada por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias.

Por consiguiente y como se anticipó al principio de esta resolución, la toma de decisión y posicionamiento de esta Sala al respecto de la oposición a la imputación de la Infanta, se resume a establecer si el juicio positivo que a este respecto verifica el Juez en el auto apelado resulta verosímil, o lo que es lo mismo, si a partir del mismo cabe desprenderse de manera razonada y razonable la posibilidad de que la Infanta haya podido intervenir o participar a título de cooperador necesario o de cómplice en los delitos presuntamente cometidos por su marido Iñaki Urgandarín y su socio Diego Torres Pérez, valiéndose para ello del Instituto Nóos y de las mercantiles a él vinculadas.

TERCERO.- Con carácter previo a examinar los indicios de criminalidad utilizados por el Juzgador para realizar el juicio de imputación y más en concreto su razonable suficiencia para construir la verosimilitud del hecho o hechos punibles que el Juzgador presuntamente atribuye a la Infanta recurrente, resulta necesario para comprender la decisión final de esta Sala –

adoptada por mayoría - que hagamos una serie de precisiones y matizaciones que se muestran imprescindibles, puesto que como se adivina no es frecuente – en la práctica diaria inusitado -, que el Juez Instructor a la hora de citar a declarar a un imputado verifique un juicio motivado de imputación, ya que lo normal es que éste se produzca por remisión a una denuncia, querrela o atestado antecedente o simplemente al estado del procedimiento.

Convenimos, y a la práctica diaria de los Tribunales nos remitimos, que en nuestro sistema procesal la imputación de una persona sospechosa de conducta criminal no requiere más que una mínima base indiciaria. Lógico, por otra parte, dado que el estatus de imputado se conceptúa más como una garantía del sujeto investigado, ya que desde ese mismo momento tienen conocimiento de las actuaciones seguidas contra él, tiene derecho a ser asistido por un Letrado de su elección o en su defecto se le nombra de oficio, se ve protegido por el derecho a no autoincriminarse, pueda intervenir en el procedimiento estando presente en todas y cada una de las diligencias de prueba y puede solicitar la práctica de aquellas que le interesen.

Lo anterior vale y se comprende en situaciones en las que nos encontramos ante una imputación que plásticamente podríamos denominar en caliente o en una fase investigadora inicial, cuando el sospechoso ha sido detenido o existe una denuncia o querrela en su contra que ha de serle trasladada. En esta inicial fase de investigación tiene más peso el beneficio que comporta el estatuto de imputado que el gravamen de la imputación, pues la concreción de esta como antesala de un juicio de acusación se halla alejada en el tiempo y depende del resultado de la instrucción y, en este contexto, se comparte que el juicio de imputación pueda verificarse desde una perspectiva muy superficial e incluso epidérmica, entre otras razones, porque en este momento procesal cuando la investigación se halla en ciernes y no es posible todavía trasladar al imputado en su primera comparecencia (art.775 de la Lecrim) unos hechos debidamente esclarecidos y se desconoce efectivamente cuál pudiera ser la exacta y efectiva participación en los mismos del denunciado, para garantizar su defensa, en

tanto en cuanto su declaración indagatoria precisará indudablemente la realización de preguntas que puedan tener contenido incriminatorio o acusatorio, vedadas para un testigo, resulta necesario que la comparecencia a judicial presencia para su toma de declaración se verifique con la condición de imputado y con las garantías que ello comporta y especialmente con la asistencia letrada.

Concluimos pues que en una fase de investigación inicial, cuando la actividad de instrucción es incipiente, la calidad de la inferencia requerida en cuanto al juicio de imputación y su verosimilitud no puede ser la misma que cuando la investigación está avanzada y existen ya unos hechos suficientemente esclarecidos y es en ese momento cuando es llamada al proceso la persona imputada. En ese estado del procedimiento el juicio de imputación exige un mayor esfuerzo motivador, tanto respecto a la base fáctica que lo justifique, como a la calidad del material indiciario en que se sustenta el llamamiento judicial.

Esa mayor exigencia y calidad indiciaria requiere y exige de una intensidad mayor entre otras cosas porque la comparecencia en calidad de imputado para prestar declaración precisa el traslado por el Juez de unos determinados hechos punibles – que no puede confundirse con delitos -, cuando, como en el caso que nos ocupa, el propio Juez Instructor conceptúa la diligencia de declaración como prácticamente colofón y cierre de la instrucción, de tal manera que ya en este momento la carga o gravamen de la imputación es mucho mayor y prevalece sobre la dimensión devaluada que pueda tener la condición de imputado, puesto que si la instrucción esta prácticamente agotada o al menos en sus hitos esenciales o nucleares las posibilidades de participar en la misma y de ejercer el derecho de defensa ya no resultan factibles, a no ser, claro está, que se reproduzca la instrucción hecha a espaldas y sin intervención del imputado.

Ciertamente que no es lo mismo la motivación que precisa un juicio de imputación que uno de acusación, empero desde el momento en que estamos en una fase procesal en que ambos juicios pueden llegar a confluir y se aproximan (con la salvedad que luego haremos respecto de la investigación de los delitos fiscales), no cabe duda que esto hace que el grado de exigencia con el que debemos de analizar la verosimilitud del juicio de imputación que realiza el Juez Instructor en el auto apelado y por ende de la calidad y entidad de los indicios (pues no olvidemos que las imputaciones contra la Infanta descansa en elementos o datos indirectos), ha de ser exigente y precisa realizar un estudio en profundidad del material incriminatorio para, una vez examinado, determinar si efectivamente el juicio de inferencia que vierte el auto apelado respecto de la Infanta imputada goza de sustento suficiente como para permitir su imputación y si el mismo se halla razonablemente construido; así como si determinados hechos en verdad tienen o no trascendencia penal.

En caso afirmativo habrá que confirmar el auto apelado y la imputación y en caso contrario dejarla sin efecto.

La calidad de la inferencia y de la verosimilitud del juicio de imputación que cabe exigir respecto de la Infanta Cristina viene impuesta, además, por una circunstancia añadida, cual es que dicha imputación vino precedida por una resolución antecedente negativa y contraria a su imputación que recibió el respaldo de esta Sala y que se basó y tuvo en cuenta para esa decisión confirmatoria principalmente la mayor parte del material indiciario que ahora se utiliza por el Instructor para operar un cambio de criterio.

Conviene aquí y ahora rescatar y reproducir los comentarios que efectuó el propio Juez instructor, en el auto antecedente comentado (que reproducimos en el nuestro de fecha 12 de julio de 2012) cuando afirmaba con relación a la imputación de la Infanta apelante..." que prestar declaración en calidad de imputada no tiene como finalidad el buscar en su curso hipotéticos y eventuales indicios de criminalidad contra ella sino el posibilitar que dé su versión sobre los

que ya existen al objeto de que el instructor valore si como resultado de su declaración aquellos han quedado desvirtuados, confirmados o incluso acentuados; y se añadía (...) que por ello tales indicios han de existir previamente, tener un carácter objetivo, lo que equivale a que no sean fruto de meras elucubraciones por mucho que éstas puedan ser compartidas por un número más o menos amplio de personas, y ser racionales, es decir, que estén dotados de tal lógica interna que no puedan quedar desvirtuados por la sola negación de la persona a la que incriminan, ya que, siendo tal actitud legítima y previsible, carecería de sentido convocar a alguien como imputado a sabiendas de que, salvo que admitiera expresamente su responsabilidad penal, se debería acto seguido sobreseer la causa en cuanto al mismo (...)."

El párrafo transcrito guarda lógica y necesaria relación con el comentario que hemos hecho anteriormente al tratar la calidad y verosimilitud que deba darse al juicio positivo de imputación que realiza el Juez a quo de la persona de la Infanta recurrente, pues ningún sentido tendría acordar una imputación que, más que necesaria como diligencia de prueba útil, su objeto sería el de constituir presupuesto procesal previo e imprescindible para poder formular contra la misma una acusación formal por determinados delitos, si dicha acusación, aunque legítimamente pueda ser sostenida y ejercitada por una acusación popular como la que está personada en la causa, atendida la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos comprometidos, carecería de base o fundamento suficiente para realizar un juicio de acusación del que quepa extraer una eventual declaración de condena de la Infanta recurrente.

CUARTO.- Hechas las anteriores precisiones y después de reconocer tras examinar las actuaciones que conforman el Rollo de Sala, el excepcional, exhaustivo y buen trabajo jurisdiccional de investigación desplegado por el Instructor a lo largo del procedimiento, tendente a conseguir el esclarecimiento de los hechos que rodean las actividades desarrolladas por el Instituto Nóos con relación a contratos de colaboración suscritos con las administraciones intervinientes, a través de fundaciones y empresas públicas, y en concreto la

participación que han podido tener los principales imputados y su entramado societario, el primer reparo que ha de ponerse al auto apelado es que no contiene una mínima versión judicial respecto de cual, según el criterio del Instructor, ha sido o podido ser la sumaria participación que la Infanta recurrente ha podido tener en los delitos cometidos por su marido (tampoco el auto realiza una mínima calificación provisional de los hechos justiciables investigados), pues no olvidemos que de acuerdo con el auto apelado el papel presuntamente delictivo que se atribuye a la Infanta recurrente es el de haber actuado en calidad de cooperadora necesaria o de cómplice de su marido.

Cierto es que el Juzgador expresa y relaciona en el auto apelado una serie de indicios de criminalidad, hasta 14 en total, de los que infiere la posible participación de la Infanta en calidad de cooperadora o de cómplice, empero el problema reside en que una vez relacionados tales indicios de los mismos no extrae una conclusión fáctica comprensible y concreta de cuál es exactamente la conducta de colaboración principal o secundaria que sumarialmente estima ha podido cometer la Infanta recurrente. Téngase en cuenta que la sucesión episódica de los hechos investigados comporta distintas fases o hitos, ya hablemos de la etapa inicial previa a la suscripción de los contratos de colaboración para la organización de los eventos Illes Balears Fórum y Valencia Summit, al desarrollo de los mismos, etapa en la que obtendrían los beneficios el Instituto Nóos (luego presuntamente desviados a sociedades instrumentales, algunas de ellas en el extranjero – Belice y Londres -) y una tercera etapa en la que tales beneficios reverterían a la limitada Aizoon, sociedad en la que la Infanta ostentaba y es titular del 50% del capital social.

La omisión es importante, en la medida en que dificulta enormemente la labor revisora de esta Sala tendente a examinar y apreciar el juicio de imputación y su verosimilitud (nos obliga a ponernos en el pensamiento del Juez de instancia), hasta el punto de que no estamos seguros de si la imputación descansa exclusivamente sobre la circunstancia de figurar la Infanta en un folleto ilustrativo del Instituto Nóos y en formar parte de su Junta Directiva

junto con su secretario personal y asesor de la Casa Real Don Carlos García Revenga, estimando el Juzgador que a partir de estos elementos indiciarios cabe inferir que ello fue actuación punible suficiente para influir en la administración, o si también considera que cooperó directa y eficazmente de alguna otra manera en la suscripción de dichos convenios y en la ejecución de los mismos. Queda sin embargo claro que le atribuye haberse beneficiado económicamente a través de la limitada Aizoon destinando a gastos familiares – personal doméstico y al parecer obras de reforma y decoración en la vivienda que el matrimonio posee en Barcelona en la calle Elisenda de los Pinos –, ingresos provenientes del Instituto Nóos de Investigación Aplicada, mas se supone, porque no lo explica, que da por supuesto y sobreentendido no solamente que la Infanta conocía tales ingresos (cosa probable y lógica por otra parte), sino que era consciente o que debería serlo de su procedencia delictiva (extremo éste que es el trascendente desde el punto de vista típico), no explicando si tal conocimiento provenía de la forma en que tales contratos eran adjudicados al Instituto Nóos – sin concurrencia competitiva -, o bien porque estima que estaba al corriente del plan criminal orquestado por su marido y su socio para defraudar a la administración y malversar fondos públicos.

Tampoco explica el Juez en el auto - y este extremo es de suma importancia para verificar y escrutar la racionalidad de la inferencia que extrae el Juez Castro con relación a la participación que pudo tener la Infanta -, si la conducta de cooperación o de complicidad fue activa u omisiva. El matiz tiene su trascendencia ya que para que una conducta delictiva pueda cometerse por omisión se hace necesario que el sujeto agente tenga el dominio funcional del hecho criminal y venga obligado legalmente o por contrato a impedir el delito, o haya generado con una acción u omisión precedente una ocasión de riesgo o puesta en peligro del bien jurídico protegido (Art. 11 del CP) y que su conducta omisiva o inactiva sea, en cuanto al resultado omitido y esperado, equivalente a la acción.

La insuficiencia fáctica ahora objeto de comentario en este apartado no es novedosa, tal que así no debería sorprender a nadie y menos aún al Instructor, ya que con ocasión del recurso interpuesto por la acusación popular contra el auto de no imputación de fecha 5 de marzo de 2012, esta Sala, entonces por boca del entonces Presidente de este Tribunal tuvo oportunidad de referirse a ello indicando que: "Descendiendo al caso concreto aquí y ahora sometido a nuestra consideración y decisión se constata que la parte recurrente en momento ni modo alguno establece una relación o relato de hechos a imputar a la Infanta Doña. Cristina, resultando imposible a este Tribunal, como resultó imposible al Juez Instructor, concretar unos hechos a imputar; es imposible resolver debido a esa inconcreción, pues por no decirse ni se indica en qué determinada conducta o comportamiento, indiciariamente atribuido a su marido, intervino la Infanta; no está de más indicar que, en todo conocer no significa participar (...)".

Dicho esto y con relación al indicado folleto e integración de la Infanta y de su secretario personal en el Instituto Nóos, convenimos con el Ministerio Fiscal que dicha conducta carece de tipicidad y trascendencia penal para poder integrar un delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 429 del CP. Convenimos en que las anteriores circunstancias constituyen efectivamente en cierto modo una influencia, pero no con el alcance típico que requiere el tipo penal definido en el indicado precepto.

El verbo nuclear del tipo penal requiere que exista verdaderamente una influencia objetivamente manifestada y entendida como presión psicológica ejercida por un funcionario a otro o por un particular por la vinculación que éste pudiera tener con una autoridad para conseguir que haga su voluntad. No pueden entenderse comprendidas en el tipo penal de referencia conductas que revelan posiblemente una cierta sugerencia o invitación, pero que no suponen ni entrañan una verdadera y real presión psicológica hacia el funcionario.

Sería relevante el prevalimiento, a los efectos de considerar presuntamente cometido el delito de tráfico de influencias, si se atribuyera a la Infanta (ella no es autoridad) haber ejercido presiones, directa o indirectamente, a través de la Casa Real, para influir decididamente en el órgano de contratación o en el funcionario que determinó la decisión de aquél, pero nada de ello refiere el auto apelado, ni existe en las actuaciones referencia clara de que ello se hubiera verificado. Se trata en todo caso de suposiciones o de conjeturas, pero no de indicios, y solo estos pueden servir para formalizar una imputación judicial.

Entendemos, por tanto, que el hecho de que la Infanta figurase en un folleto de la Asociación Instituto Nóos de Investigaciones Aplicadas utilizado para publicitar ante terceros, ya se tratara de entidades públicas como privadas, su pertenencia a la Junta Directiva del Instituto Nóos y la circunstancia de que en dicho Instituto formase parte también su secretario personal Don Carlos García Revenga y que éste apareciera en el folleto como asesor de la Casa Real, constituye una conducta de mero acompañamiento impune, que puede efectivamente desde una perspectiva extramuros del derecho penal ser considerada como de influencia (antijuridicidad formal), entendida como una especie de carta de recomendación o de presentación del Instituto Nóos ante posibles clientes y administraciones públicas, pero en modo alguno nos hallaríamos en presencia de una influencia típicamente antijurídica, con trascendencia penal, subsumible en el delito previsto en el artículo 429 del CP.

La atipicidad de la conducta atribuida a la Infanta, se pone de manifiesto, desde la teoría de la adecuación social, en la medida en que es de todos conocido que una gran parte de fundaciones y de asociaciones, así como de consejos de administración de entidades privadas, cuentan entre sus miembros más distinguidos con personas de relevancia pública y que en algunos casos han formado parte del gobierno de la nación, y a nadie se le escapa que en muchas ocasiones el papel de estas personas es de mera figuración o de acompañamiento a fin de otorgar a la entidad de una consideración, prestigio o influencia social y económica que le favorezca a la hora de contratar, tanto con

la administración como con entidades privadas. Y nadie atribuiría a este tipo de conductas reproche penal, ni el principio de mínima intervención o de carácter fragmentario o de aplicación subsidiaria del derecho penal toleraría considerar punible esta modalidad de influencia.

Al margen de lo anterior, debe precisarse que según se desprende de las actuaciones, las contrataciones que motivan el objeto de esta causa, principalmente nos referimos a Illes Balears Forum y Valencia Summit, todo indica se realizaron al margen de cualquier intervención de la Infanta y de la Casa Real por mucho que la suscripción de estos convenios de colaboración vinieran presididos por reuniones que tuvieron lugar en el Palacio de Marivent y en la Zarzuela.

Así y en lo que se refiere al Convenio con la Fundación Illes Balears y el IBATUR, los contactos para esta contratación se produjeron a través del Director General de Deportes del Govern Balear el Sr. Ballester Tuliesa, a quien el imputado Iñaki Urdangarín Liebaert conocía con bastante anterioridad por haber coincidido juntos en la Residencia Blume de Barcelona en su etapa de deportistas de élite, uno como regatista y el otro como jugador profesional de balonmano. Además ambos eran amigos desde hacía años.

Y por lo que respecta al Valencia Summit, tanto el propio Iñaki Urdangarín como Diego Torres coincidieron en manifestar que los contactos para este convenio se produjeron a partir del momento en que en el año 2003 a la ciudad de Valencia le fue concedida la organización de la Copa América y como consecuencia de algún encuentro casual que tuvo el Sr. Urdangarín con la Alcaldesa de la Ciudad Doña Rita Barberá.

Asimismo, parece ser que también tuvo influencia para la contratación la pertenencia del Sr. Urdangarín al COE y sus relaciones con el entonces Presidente del COI, ya fallecido, Sr. Samaranch.

QUINTO.- Aunque rechazamos la idea, según se ha expuesto, de que la elaboración de un folleto publicitario y la inclusión de la Infanta en la Junta Rectora del Instituto Nóos con participación en la misma de su Secretario personal Don Carlos García Revenga, - inclusión que por supuesto y sin duda ninguna hubo de haberse producido con el consentimiento y la aquiescencia de ambos, y en cuanto al Sr.Revenga, los correos que obran en la causa así lo confirman e incluso revelan que dio su visto bueno a la redacción de los estatutos modificados de la Asociación Instituto Nóos -, pueda constituir instrumento eficaz para servir de prevalimiento o de influencia para cometer un hecho delictivo incardinable en el tipo penal del artículo 429, sí estimamos que estas dos circunstancias pudieron servir como instrumento o artificio apto y eficaz para que los imputados Srs.Urdangarín Liebaert y Torres Pérez como verdaderos gestores de Instituto Nóos engañaran a las administraciones contratantes respecto a la genuina naturaleza del indicado Instituto, en tanto en cuanto no operaba en el tráfico jurídico como verdadera asociación sin ánimo de lucro si no como entidad mercantil a todos los efectos – esto viene confirmado por el resultado del propio informe de la Agencia Tributaria, en el cual se concluye que las sociedades vinculadas al Instituto Nóos eran instrumentales y se utilizaron para girar facturas falsas muchas de ellas, eludir impuestos y sacar el dinero público fuera del país – y por tanto que fue medio para la comisión de un presunto delito de fraude a la administración y un delito de malversación de caudales públicos, tipificados en los artículos 436 y 432 del CP, respectivamente.

Ahora bien, de lo que no hay indicios vehementes, ni sobre este punto se pronuncia el auto recurrido, es de que la Infanta conociera, se concertase, ni participase activa u omisivamente en el presunto plan criminal urdido por su marido y por su socio Diego Torres, tendente a cometer un fraude a la administración con ocasión de los contratos de colaboración a que se contrae la presente causa, ni a través de ellos a apropiarse ilícitamente de fondos públicos.

Realizamos esta afirmación atendiendo a las siguientes conclusiones que cabe extraer de la actividad investigadora y desde un detenido y profundo análisis de los indicios de criminalidad que contempla el auto impugnado:

1.- No hay elemento indiciario alguno que permita concluir que la Infanta tuviera participación ninguna en la elaboración, redacción ni suscripción de los referidos convenios de colaboración.

2.- Tampoco hay datos que permitan inferir que con anterioridad a la firma de estos contratos, en las negociaciones previas que antecedieron a los mismos y de las que el Instructor deduce que los convenios de colaboración para la organización de los eventos Illes Balears Forum y Valencia Summit se acordaron verbalmente, hubiera participado ni intervenido la Infanta. En este sentido ninguno de los testigos que ha depuesto a la largo de la instrucción y que han tomado parte en el proceso de elaboración de estos contratos o en las entrevistas y contactos previos a su confección, han manifestado que la Infanta hubiera participado o intervenido y ni siquiera que hubiera estado presente en dichas reuniones.

3.- En las actuaciones tan solo obra incorporado un correo (indicio número 11 del auto) que podría tener algo que ver con gestiones o actuaciones de la Infanta en los proyectos de su marido. Es el correo que obra a los folios 11.508 de la causa. Se trata de un correo remitido por Iñaki Urdangarín a Diego Torres fechado el 1 de febrero de 2007. Este correo se habría remitido con posterioridad a que la Infanta hubiera cesado como integrante de la Junta Directiva del Instituto Noos y en él Iñaki Urdangarín comenta a su socio Diego Torres... "que tiene un mensaje de parte del Rey y es que ha comentado a Cristina para que me diga, que le llamará Camps a Pedro para comentarle el tema de la base del Prada y que en principio no hay problema y que nos ayudará a tenerla".

Este correo se produce en un contexto temporal en el que la Infanta ya no pertenece al Instituto Nóos – lo abandonó en marzo de 2006 - y además nada tiene que ver el tema de la base del Prada con los hechos que son objeto de investigación en la presente causa.

Se trata pues de un correo del que no cabe extraer ninguna conclusión de criminalidad.

Existe aportado un segundo correo remitido en el mes de febrero de 2003 por Don Iñaki Urdangarín Liebaert a su mujer en el que le solicita su parecer respecto de una comunicación que la mercantil limitada Nóos Consultoría Estratégica proponía supuestamente remitir a sus clientes. Sin embargo de esta misiva poco o nada cabe extraer, puesto que se desconoce el contenido concreto de la comunicación a la que se ambos esposos se refieren y perfectamente puede enmarcarse en el contexto de la relación matrimonial existente entre los comunicantes y de confianza mutua entre ambos. Como inteligentemente se apunta por la defensa de la Infanta, nada delictivo podría conllevar la emisión de este correo desde el momento en que el consejo se solicita con relación a una comunicación que se pretende enviar y comunicar a una pluralidad de personas, lo que descarta de todo punto que una comunicación así, recalca la defensa (...) “forme presuntamente parte de una secreta conspiración delictiva”.

4.- Ciertamente estamos seguros de que la Infanta era conocedora y sabía que el Instituto Nóos suscribía contratos con las Administraciones Públicas y en concreto que organizó los eventos Illes Balears Forum y Valencia Summit beneficiándose de ello con ingresos por patrocinio y por subvenciones, mas de lo que no hay indicios fundados ni se puede concluir es que la Infanta albergase o llegase a alcanzar la creencia de que dichos contratos pudieran ser considerados delictivos y que su suscripción generase un peligro de malversación.

Sobre este particular tanto el Juez Instructor como todas las acusaciones personadas en la causa – incluida por supuesto el Ministerio Fiscal -, parten de la premisa de que los contratos de colaboración suscritos por el Instituto Nóos con las administraciones autonómicas eran franca y abiertamente contrarios a la legalidad administrativa y por tanto patentemente ilegales al haber sido suscritos ajenos a los principios de concurrencia competitiva.

Aunque esta Sala conoce la opinión de la Intervención General del Estado, como colaboradora de la Fiscalía anticorrupción, según la cual por ser el verdadero objeto de estos contratos el asesoramiento y la consultoría, no obstante estar excluidos de la normativa reguladora de contratos del sector público vigente en el momento de los hechos (Art. 3.1 apartado d del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000, vigente en la fecha de los hechos), tendrían que haberse adjudicado mediante concurso público, alberga serias dudas de que para la organización de determinados eventos sobre turismo y deporte, precisamente por el objeto de tales convenios y atendido que para los mismos se hace preciso tener un alto nivel de contactos y relaciones para conseguir que determinadas personalidades de relevancia o interés se muestren solícitas a asistir a tales eventos, sea preciso la convocatoria de concurso público para su adjudicación, o cuando menos a este respecto concurren serias dudas que podría compartir cualquiera.

El matiz para estimar que estos contratos pudieron ser hechos en franca contradicción con la legalidad, no nace tanto del modelo de contratación elegido, ni de su objeto cierto, sino de que su concesión pudo perfectamente responder a un acto, no de discrecionalidad de la administración que podría estimarse legítimo y conforme a la legalidad, sino de desviación de poder cometido por la administración y en concreto por las personas que dieron la orden, el visto bueno o indicaron que se concedieran tales contratos al Instituto Nóos.

El que el Instituto Nóos fuera una asociación representada por el esposo de una Infanta de España, las irregularidades detectadas en los expedientes administrativos incoados al respecto y que narra el Juez Instructor con ocasión del dictado del auto de fianza para garantizar las responsabilidades civiles impuestas a los imputados Srs.Urdangarín y Torres como gestores de Nóos, la ligereza a la hora de fijar la compensación económica por la colaboración (sin un mínimo estudio del coste estimado), bien denominada patrocinio o concesión, el descontrol producido en la justificación de los gastos de los distintos eventos, confirman sumariamente la anterior hipótesis y por tanto la posibilidad de que la concesión de estos contratos permita ser calificada como constitutiva de un delito de prevaricación (por ser abiertamente injusta la concesión de estos convenios), en tanto en cuanto la finalidad que pudo haber presidido la suscripción de los mismos no fue la satisfacción de un interés público o general, sino que respondía a la voluntad de la administración de favorecer a Iñaki Urdangarín y a la asociación por él presidida, por ser quien es y en su calidad de yerno del Rey, sin olvidar que la contraprestación económica de estos contratos no dejaba probablemente de encubrir en la realidad una subvención nominativa, posiblemente también en su otorgamiento contraria a la legalidad – por eso las defensas de los imputados han venido sosteniendo que a tenor de los contratos firmados no estaban obligados a justificar los gastos -.

Dicho delito de prevaricación entraría en concurso con el de malversación con motivo de los fondos públicos ilegalmente obtenidos a través de estos contratos, por mucho que el objeto de los mismos se hubiera cumplido o al menos parcialmente.

Dicho esto, retomamos lo que estábamos comentando a propósito de que es ciertamente probable o posible que la Infanta supiera que el Instituto Nóos estaba firmando contratos de colaboración con la administración y que por tal motivo obtenía beneficios económicos, pero en la medida en que es dudoso que estas contrataciones tuvieran que haber sido adjudicadas a través de un concurso público y como quiera que no hay base para afirmar que la Infanta

hubiera intervenido en las negociaciones, preparación ni elaboración de estos contratos, no tenía por qué sospechar – máxime si es discutible que fuera preciso para su adjudicación el procedimiento de concurso - que fueran contrarios a la legalidad administrativa y mucho menos tenía que saber que a través de ellos su marido y su socio pretendían defraudar a la administración con la compensación económica que el Instituto Nóos recibía por tales contratos, especialmente porque dichos contratos efectivamente se cumplieron y ejecutaron llevándose a cabo los eventos comprometidos, aunque esto comportó pingües beneficios para el Instituto Nóos y para sus gestores ya que los costes fueron establecidos al alza y muy por encima de los verdaderos y sin consideración al gasto real, beneficios impropios de una asociación que se postulaba como carente de ánimo de lucro y que se vieron a su vez aumentados por la utilización de distintas sociedades instrumentales a las que los Srs. Urdagarín y Torres, auxiliados por otras personas, desviaron estos fondos y otros provenientes de servicios de consultoría prestados a sociedades privadas y por el libramiento entre estas sociedades pantalla, algunas con sede en paraísos fiscales, de facturas falsas para rebajar la base imponible del impuesto de sociedades.

Al margen pues de que ningún dato corrobora que la Infanta tuviera intervención en la contratación del Instituto Nóos, el conocimiento que podía albergar respecto de sus actividades – aunque supiera que funcionaba como una entidad mercantil a todos los efectos, aspecto que podría afectar a una contingencia tributaria (dado que por ser el Instituto Nóos una asociación sin ánimo de lucro estaba exenta del impuesto de sociedades) -, no tenía necesariamente que ser el de que las mismas fuesen ilegales, por mucho que supiera que la vinculación de su marido con la Familia Real ayudaba al Instituto Nóos a obtener contratos – sobre esto ya hemos indicado que se trataría de una influencia impune por atípica - y menos aún que merecieran reproche penal.

Descartado que la Infanta supiera (al menos hasta que abandonó el Instituto en marzo de 2006) de las ilegales actividades que llevaba a cabo el mismo o dudando seriamente de que así fuera, obvio resulta que no venía obligada ni le era exigible impedir la comisión de delitos y menos aún podía hacerlo si no era ella quien directa y personalmente participaba de la gestión económica de los proyectos del Instituto Nóos, ni en la toma de sus decisiones (sobre este extremo no existe la menor duda obrando en la causa innumerables manifestaciones de testigos empleados de Nóos que descartaron, salvo en una ocasión por razones personales, haber visto a la Infanta en las dependencias del Instituto Nóos), careciendo de relevancia la circunstancia de que la Junta Directiva de Nóos no celebrase reuniones, lo que por otra parte resulta lógico que así fuera teniendo en cuenta el nivel de vinculación familiar y de amistad existente entre los miembros de la Junta Directiva, sin que ello tenga importancia en lo referente a que se hubieran extendido mendaces certificaciones de reuniones que no llegaron a celebrarse, puesto que aunque esto constituya desde el punto de vista material una falsedad o mendacidad, la misma no reviste trascendencia penal ninguna al tener carácter puramente doméstico o meramente interno entre los componentes de la Junta Directiva.

5.- El Juez a quo en el auto apelado concede valor incriminatorio a la circunstancia de que el Secretario personal de la Infanta Luis Carlos García Revenga figurase en la Junta Directiva del Instituto Nóos. De este dato y de que obran aportados a la causa correos electrónicos entre Iñaki Urdangarín y Carlos García Revenga sobre las actividades del Instituto Nóos, el Juzgador deduce que la Infanta también estaba al corriente de estas actividades y por eso pudo, tal vez, haber participado en ellas.

Estamos de acuerdo con el Juez en que el Sr.García Revenga mantenía comunicación frecuente con el Sr.Urdangarín sobre las actividades de la Asociación Instituto Nóos, pero si examinamos el contenido de estos correos se comprueba que el papel del Sr.Revenga dentro de Nóos se limitaba a cuestiones de protocolo durante la preparación y celebración de eventos, de

corrección de estilo en la redacción de documentos y principalmente trataba de aspectos relacionados con el marketing y publicidad del Instituto y de la página web de la Casa Real con respecto a la información suministrada de la persona del Sr.Urdangarín y del Instituto Nóos como entidad a él vinculada.

Lo relevante sería que de estos correos se dedujera la participación del Sr.Revenga en las negociaciones, contactos o en la firma de los contratos de colaboración y en sus condiciones o en la actividad económica y en la gestión del Instituto Nóos, así como en los beneficios generados, pero nada de ello se desprende en la causa. Tampoco hay constancia ninguna de que el Sr.Revenga se hubiera beneficiado de su intervención en el Instituto Nóos, ni siquiera por el hecho de figurar como miembro de su Junta Directiva. Las remuneraciones recibidas por el Sr.Revenga lo eran exclusivamente por su cometido como Secretario de las Infantas.

El papel desarrollado por el Sr.García Revenga dentro del Instituto Nóos y la ausencia de cualquier participación en sus beneficios parecen avalar que su inclusión en el proyecto de Nóos obedeció no solo a la presencia de la Infanta en la Junta Directiva, en tanto en cuanto asesor personal suyo y de la Casa Real, sino a la confianza que el Sr.Urdangarín tenía depositada en el Sr.García Revenga, derivada de su estrecha relación de amistad y de conocimiento previo. Basta leer alguno de los correos para comprobar la familiaridad y complicidad existente entre ambos.

Si era esa la esfera en la que principalmente se enmarcaba la actuación del Sr.Revenga dentro del Noos, ajena a su dirección y control en su gestión económica y en la contratación, ese sería, en caso de que se lo hubiera trasladado, el conocimiento que podría tener la Infanta por mediación de su Secretario personal de la marcha y actividades del Instituto Nóos y nada habría que reprocharla en este sentido.

6.- La nula intervención del Sr. García Revenga y de la Infanta en la gestión y dirección del Instituto Nóos, y el que aquél se encargue de la relación con los medios y la publicidad, explican perfectamente - como ya así lo consideró el mismo Juez a quo en el auto de imputación negativa-, o al menos no es posible deducir lo contrario, que al suscitarse en la opinión pública, con ocasión de una intervención en el Parlamento balear, dudas acerca de la regularidad de las actividades del Instituto Nóos en la contratación, alertada la Casa Real de ello, seguramente por conducto del Sr.Revenga, éste y la Infanta, aconsejados también por el Sr. Romero, Asesor de la Casa Real, se decidieran a abandonar el Instituto Nóos en el mes de marzo de 2006, por mucho que su marido desobedeciera esa indicación y trasladase sus actividades a la fundación Deporte, Cultura e Integración Social.

Por consiguiente, la renuncia de la Infanta y de su asesor (aunque constituye un elemento importante cuando examinemos la posible presencia de indicios de criminalidad en lo que se refiere al delito contra la hacienda pública y de blanqueo de capitales), constituye un débil indicio de criminalidad y tiene, como el mismo Juez ya tuvo oportunidad de decir en el auto de no imputación, un valor equívoco y por lo mismo no constituye un indicio fundado de criminalidad – nos referimos siempre a la participación de la Infanta en las actividades del Instituto Nóos -, y menos aún a la luz de las consideraciones que hemos hecho anteriormente relativas a la nula e inexistente participación de la Infanta y de su asesor personal en la gestión y dirección del Instituto Nóos y en su toma de decisiones, al menos en lo que respecta al núcleo de su actuación delictiva, llevada a cabo por los auténticos gestores y directores de la misma los Srs. Urdangarín y Torres y de las sociedades a ella vinculadas.

7.- El Juez Instructor, a partir de los correos y de la participación y conocimiento que el Secretario de las Infantas Carlos García Revenga podía tener en las actividades del Instituto Nóos, en el auto apelado concede cierta virtualidad y valor de cargo a las manifestaciones realizadas por el coimputado

Diego Torres y su mujer en cuanto a que la Infanta estaba como ellos al corriente de todo.

Convenimos sin embargo con los recurrentes en el nulo valor incriminatorio que cabe otorgar a las manifestaciones del Sr.Torres, no solo porque su condición de coimputado devalúa sus palabras, sino porque lo importante no es el conocimiento que la Infanta pudiera tener de los proyectos del Instituto Nóos, que no negamos los tuviera, sino la participación efectiva en las actividades delictivas que desarrolló y a este respecto, el Sr.Torres y su mujer, al ser interrogados inquisitivamente por el Juez y por el Ministerio Fiscal, dada la vaguedad de sus respuesta, con el fin de que especificasen qué concretas actividades y actuaciones llevó a cabo la Infanta con relación a Nóos, tan solo fueron capaces de explicar que en una ocasión acudió a visitar unos locales que pudieran ser alquilados como dependencias del Instituto, y que la Infanta y Don Iñaki Urdangarín presidieron la presentación del proyecto 2015, "Un mundo mejor para Joana", proyecto éste en el cual estaba trabajando Nóos para telefónica y que nada tiene que ver con los hechos investigados.

De este pobre bagaje participativo no se desprende que la Infanta interviniera activamente en las actividades ilegales del Instituto Nóos, antes al contrario si su intervención se resume a solo eso nos conduce a la conclusión contraria.

8.- Finalmente, el Juez instructor y la acusación popular sustentan la imputación de la Infanta en que a través de la mercantil Aizoon se hubiera aprovechado o beneficiado de las actividades ilegales llevadas a cabo por su marido y su socio a través del Instituto Nóos.

Sobre este extremo particular no parece haber duda que Aizoon recibió ingresos provenientes de facturas giradas contra instituciones públicas y privadas, pero salvo de las posibles derivaciones tributarias que de ello pueda derivarse – luego hablaremos de ello -, el aprovechamiento que como consecuencia de ello pudo haber reportado a la Infanta carecería de reproche penal (incluso como

delito de receptación, ya que este exige como ilícito base un delito contra el orden socioeconómico) pues no basta el aprovechamiento para considerarlo punible siendo preciso que el beneficiario conozca o pueda representárselo con un alto grado de certeza el origen delictivo de esos fondos, y ya hemos dicho que no existen evidencias de tal conocimiento, cuando menos hasta el mes de marzo de 2006. Otro tratamiento y consideración merece los beneficios que pudo haber tenido la mercantil Aizoon después de esa fecha, ya que para entonces la Infanta había abandonado Nóos y se supone que por haber sido alertada desde la Casa Real de las irregularidades existentes en su gestión, de modo que hay que suponer que a partir de entonces estaba o debería estar al tanto y al corriente de las mismas. Luego trataremos esta cuestión.

Hasta aquí, las reflexiones anteriores nos llevan a proclamar que tanto por razones formales, derivadas de la insuficiencia fáctica que expresa el auto apelado a la hora de relatar cuál fue la concreta intervención que tuvo la Infanta recurrente en las actividades ilegales llevadas a cabo por su marido y su socio a través del Instituto Nóos, como por la ausencia de trascendencia típica de algunos de las conductas que sumariamente se atribuyen a la Infanta recurrente, algunas de las cuales se apoyan en el conocimiento de las actividades del Instituto, cuando es sabido que el mero conocimiento del partícipe no basta sin actos ejecutivos y, finalmente, por la debilidad, inconsistencia y carácter equívoco de los indicios utilizados por el Juzgador, así porque la mayor parte de ellos ya fueron empleados para en otra anterior decisión llegar a un planteamiento de no imputación, concluimos que el juicio de imputación que realiza el auto apelado no permite razonablemente sostener en este momento, sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de los delitos contra la hacienda pública y tal vez de blanqueo de capitales, las interinas acusaciones que el mismo contiene en contra de la Infanta apelante respecto de los delitos de tráfico de influencias, prevaricación, fraude a la administración y malversación de caudales públicos (e incluso receptación), que constituyen el grueso de las conductas delictivas que se atribuyen presuntamente cometidas por el marido de la Infanta y su socio.

SEXTO.- Antes de entrar en el estudio de las imputaciones sobre el delito contra la Hacienda pública conviene que la Sala efectúe una serie de precisiones sobre la situación procesal de la Infanta a fin de ordenar el curso de la investigación.

Decimos esto porque aunque como consecuencia de esta resolución y sin perjuicio de lo que luego diremos respecto a la problemática de los delitos contra la hacienda pública, acordamos dejar sin efecto la imputación de la Infanta, en lo que a su sumaria participación que el Juez a quo le atribuye en las actividades ilegales llevadas a cabo por su marido y socio en el seno del Instituto Nóos, de lo que no cabe duda es que la Infanta ha sido y está siendo investigada y de algún modo ha de ponerse término a dicha investigación en aras de evitar mayores especulaciones.

Ese cierre a la investigación constituye no solo una exigencia para los derechos que afectan a la Infanta como persona investigada, dado que no es admisible mantener una investigación permanentemente abierta, sino que al mismo tiempo dota de transparencia y de posibilidad de control a la actuación judicial, porque si aquella concluyera con una resolución sobreseyente o de archivo permitiría a las acusaciones personadas y en concreto a la acusación popular, que es al parecer la única que pretende ejercer la acusación, cuestionar en sede de recursos dicha decisión, ya sea ante esta Audiencia o ante otra instancia superior.

Con este propósito de que se adopte una decisión definitiva en cuanto a la situación procesal de la Infanta apelante, puesto que como hemos comentado no resulta posible ni aceptable investigarla indefinidamente, formamos convicción de que si a partir de este momento no se produce el advenimiento de nuevos hechos o elementos de prueba que hagan reconsiderar las endebles imputaciones que han llevado a disponer la declaración de la Infanta en calidad de imputada (salvando lo que después diremos sobre los delitos contra la

Hacienda pública), el Juez partiendo de cuanto se acaba de razonar en la presente resolución, respecto de la insuficiencia de indicios de criminalidad, ha de disponer respecto de ella el archivo de las actuaciones, en cualesquiera de sus manifestaciones, ya sea el provisional o el definitivo, o bien tomar esa decisión cuando llegue el trámite del artículo 779 de la Lecrim, esto es, cuando se produzca el pase a la fase intermedia o de calificación previa al acto del juicio oral.

Expuesto cuanto antecede, y en la medida en que la variación de la situación procesal de la Infanta ha tenido que ver con la aportación a la investigación de distintos correos electrónicos a cargo de la defensa del coimputado Don Diego Torres, es probable que la adopción de una resolución definitiva de sobreseimiento o archivo parcial respecto de la Infanta, dependa de la posibilidad de que por parte de la citada representación se puedan aportar nuevos correos electrónicos de los que pudiera derivarse algún hecho o dato nuevo en cuanto a la participación de la Infanta en la presente causa y siempre en lo concerniente a las actividades delictivas del Instituto Nóos.

Con el fin de poner término a una situación a la que el Instructor y el Ministerio Fiscal, según nuestro parecer, debieron de haber puesto fin con anterioridad, ya que no es admisible que sea una defensa la que marque el devenir y curso de la instrucción, resulta necesario que por parte del Instructor se proceda de inmediato a conceder un plazo a la defensa del Sr. Torres para que aporte todos aquellos correos que pretenda utilizar en su favor y en contra de otros imputados, dándole un plazo para que tal aportación se produzca y con la advertencia de que transcurrido éste, y salvo que alegue y justifique cumplidamente circunstancias excepcionales que le impidieron cumplir en su momento con ese requerimiento, no se le admitirán nuevos correos.

Los términos inquisitivos que resultan de esta decisión y sus consecuencias deben ser entendidos e interpretados como un límite razonable al derecho a la defensa que pueda asistir al Sr. Torres, en contraposición al que corresponde a

otros imputados o investigados y a la propia exigencia de la investigación oficial, cuya ordenación compete de modo exclusivo y excluyente al Juez Instructor.

Una vez llevado a cabo este requerimiento y después de que por parte del Juez, si es que se hiciera aportación de más correos, se efectúe una labor crítica de ponderación y evaluación de su eventual pertinencia, así como del valor instructorio y de la eficacia y licitud que quepa deducirse de ellos, será cuando el Juzgador deba de emitir un juicio definitivo, positivo o negativo, sobre la imputación de la Infanta, juicio que deberá de respetar y tomar como punto de partida la presente resolución por la que se ha dispuesto dejar sin efecto la imputación de la Infanta Cristina, con referencia siempre a las actividades realizadas por el Instituto Nóos y hasta que abandonó el mismo en marzo de 2006.

SEPTIMO.- Nos queda para concluir con nuestra resolución el estudio de las imputaciones que el auto apelado realiza contra la Infanta Cristina respecto del delito contra la Hacienda pública.

Para empezar ha de precisarse que las investigaciones por delito contra la Hacienda pública no se ven afectadas por las consideraciones que en su momento hicimos a la hora de confirmar en nuestro auto de fecha 12 de julio de 2012, la no imputación de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia. En aquellos momentos las actuaciones no se seguían por posible delito contra la Hacienda pública, ni contra ella, ni contra otros imputados.

Ha sido a partir de la información solicitada por la Fiscalía a la A.E.A.T. cuando ha sido aportado a la causa un informe tributario elaborado por dicha Agencia (Delegación de Cataluña) emitido en fecha reciente – 14 de enero de 2013, si bien el informe jurídico ha sido visado por el Director de la Agencia Tributaria en Madrid -.

El citado informe - que hubo de ser solicitado por esta Sala para su análisis, haciendo uso de la facultad que nos concede el artículo 766 de la Lecrim -, constituye el elemento en el que el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la defensa de la Infanta descargan las imputaciones que realiza el Juez Instructor.

Dichas partes consideran que no es factible imputar delito fiscal ninguno a la Infanta desde el momento que la Agencia Tributaria no ve indicios de actuación delictiva.

Nosotros, tras el estudio detallado del informe, hacemos una lectura distinta a la realizada por las partes recurrentes, y estimamos que no se puede descartar en este momento la comisión del delito contra la Hacienda pública, y tal vez, posiblemente, de un delito de blanqueo de capitales, y que en tales ilícitos hubiera podido participar la Infanta recurrente.

Para empezar, el mismo informe reconoce que es provisional e incompleto y claramente lo es respecto del Instituto Nóos, ya que no fija la cuota defraudada y señala que ha de estar al resultado de comisiones rogatorias para determinar la evasión de fondos públicos al extranjero.

En cuanto a la mercantil Aizoon, hay que destacar las dudas que muestra la Agencia. Así, en la página 7 del informe, después de explicar el actuante que no toman en consideración el dinero público que haya podido evadir el Instituto Nóos, ya que podría ser ya tomado en consideración como otro delito (lo que no quita que se calcule la cuota defraudada para el caso de que el delito de malversación no fuera declarado), en cuanto a Aizoon indica que "a diferencia de los casos anteriores, en este supuesto no se plantea problema alguno que haga necesario esperar a la tramitación del proceso judicial para poder afirmar ya que existen indicios de haberse cometido delito contra la Hacienda Pública. En efecto, en este supuesto no se plantea problema alguno en orden a la calificación penal de esas ganancias como ilícitas – por lo menos con los datos que se conocen – ni existen dudas sobre la atribución de esas ganancias a otros

partícipes” (la cita es en plural y la sociedad solo tiene dos socios Don Iñaki Urdangarin y su mujer la Infanta).

Y continúa diciendo el actuante que en este caso: “ la única incógnita a despejar es si esas retribuciones deben imputarse a la persona física IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT o a la entidad AIZOON, de la que esa persona física es socio (50%) compartiendo la titularidad con su mujer (50%)”.

Pero el informe no solo contiene dudas en cuanto a quién ha de ser el responsable de las irregularidades tributarias, sino que reconoce que la entidad Aizoon es una sociedad pantalla que ha sido constituida con finalidad defraudatoria (al inicio de la página 7 del informe).

Pues bien, si la entidad Aizoon participada al 50% por la Infanta y secretaria de la Junta General, no era más que una pantalla y se constituyó con una finalidad defraudatoria, lo que no se entiende es que la Agencia realice un levantamiento parcial del velo. Ese mismo levantamiento parcial revela y pone de manifiesto que la constitución de Aizoon únicamente fue para defraudar.

La Agencia solo le atribuye la defraudación a uno de los socios – pese a que las facturas fueron libradas por la sociedad -, y hace esto porque imputa los ingresos por actividades profesionales, en una sociedad que no tiene tal consideración ni estructura, al marido de la Infanta, porque dice que es él quien realiza las actividades profesionales. Sin embargo, la Agencia reconoce que no existen contratos por trabajos de consultoría y señala que sabe que el perceptor de estos ingresos ha sido el Sr.Urdangarín por manifestaciones de los pagadores o clientes, mas este extremo quien debería establecerlo, por ser una cuestión de prueba a evaluar dentro del proceso, sería el Juez Instructor, sin perjuicio del principio de veracidad que quepa conceder a la información suministrada por la Agencia Tributaria.

Ocurre sin embargo que la Agencia descarta considerar el dinero público que entra en Aizoon por facturas libradas contra el Instituto Nóos, porque dice que ya podría constituir delito de malversación en Nóos, pero es más que discutible que se dejen de considerar esos ingresos, y los beneficios obtenidos por la defraudación de renta o de sociedades si esos ingresos indebidos se destinaron al pago de gastos particulares, y tales pagos se realizaron a partir de marzo de 2006, momento en el que la Infanta abandona el Instituto Nóos.

Además, si la Agencia levanta el velo de Aizoon, por qué le hace la cuenta solo a uno de los socios y no establece la renta que el otro tendría que haber declarado por la diferencia por compensación con el impuesto de sociedades, ya que la Agencia explica que Aizoon aunque utilizaba el régimen de una sociedad profesional no lo era.

Otro aspecto que no se comprende es que la Agencia haya prescindido de considerar la actuación cooperadora del socio no administrador respecto del delito contra la Hacienda pública. Ciertamente que el sujeto pasivo tributario en la sociedad es su administrador, pero al menos desde marzo de 2006 o meses antes – hay que remontarse al momento de la intervención parlamentaria en la que se suscitaron las dudas sobre las irregularidades del Instituto Nóos por beneficiarse de contrataciones públicas -, la Infanta debería saber o conocer (y por eso abandona Instituto Nóos) que para entonces Aizoon era una sociedad pantalla y que su marido la utilizaba para defraudar a Hacienda, tanto en el impuesto de sociedades – el cual tendría que ser analizado para comprobar si ha existido defraudación superior al delito fiscal, puesto que la Agencia reconoce que se han aplicado en la declaración gastos y amortizaciones que no son deducibles -, como de las personas físicas, y que se ha enriquecido con contratos ilegales y dinero público por facturas giradas por Aizoon al Instituto Nóos.

El informe jurídico orilla por completo toda consideración sobre la posible cooperación omisiva del socio no administrador en los delitos fiscales que

atribuye a Urdangarín en Aizoon. Decimos esto porque aunque Iñaki Urdangarín era el administrador de Aizoon – y suponiendo que fuera el receptor real de las rentas no declaradas, pues no olvidemos que no es él quien factura y no hay contratos firmados de asesoramiento ni de consultoría -, la Infanta tenía el control funcional de la sociedad al ser titular del 50% del capital social y por tal motivo podría estar en condiciones de impedir la defraudación a la hora de presentar las declaraciones del impuesto de sociedades de los años 2006, 2007 y 2008.

De acuerdo con este planteamiento la Infanta a partir de marzo de 2006 o meses antes a esa fecha, ya debería saber que Aizoon no era una sociedad de profesionales y que ella y su marido la utilizaban para defraudar. En este escenario la Agencia debería calcular si hubo defraudación en el impuesto de sociedades por cantidad superior al delito fiscal, porque aunque el obligado tributario era el administrador, ella como socia al 50% del capital social, y teniendo posibilidad de controlar la gestión, pudo haber convocado Junta de la sociedad y revocado poderes a su marido o pedido que se regularizase la situación tributaria. Pero no lo hizo, y Aizoon recibió dinero público y privado defraudando sociedades – se desgravaron gastos y amortizaciones no deducibles – e impuesto sobre la renta por la diferencia entre lo pagado por sociedades e ingresado por servicios profesionales no generados en una sociedad con estructura de tal.

Con independencia de todo esto, Aizoon y por tanto sus dos socios, desde marzo de 2006, se beneficiaron, al parecer, de ingresos provenientes de dinero público del Instituto Nóos, y de dinero privado proveniente de la defraudación tributaria y de la malversación. Ese dinero, o parte del mismo, no se quedó en la cuenta de Aizoon si no que se destinó a gastos particulares – reformas en la vivienda familiar -, ya con posible conocimiento del origen ilícito y delictivo.

Esas disposiciones de dinero sucio – según parece en gastos de reformas de la vivienda familiar (al respecto de los cuales la Agencia omite toda consideración,

puesto que solo contempla los gastos por servicio doméstico)-, quizás podrían constituir un delito de blanqueo de capitales. Podría faltar la intencionalidad de blanquear, pero eso, al igual que si hubo o no ocultación tributaria por declarar como sociedades lo que debió de haber sido por renta (aunque esta cuestión parece menos discutible si Aizoon era mera pantalla), son cuestiones de mayor calado que habrá que plantearse en su momento.

Apuntar que la consideración del dinero público es importante, ya que si éste se destinó al pago de gastos particulares, como por ejemplo reforma de la vivienda familiar etc., estos hechos podrían constituir un delito de blanqueo de capitales, debiendo de tener en cuenta a este respecto que si bien la Infanta podía desconocer que el origen ilegal del dinero público, en cuanto a que provenía de un delito de malversación o de fraude (siempre antes de marzo de 2006), lo que resulta más dudoso es que desconociera que esos ingresos podían suponer un delito contra la Hacienda pública ya que el Instituto Nóos, aunque declaraba, no pagaba el de sociedades por constar inscrita como asociación sin ánimo de lucro, pero en realidad no lo era ya que operaba como auténtica entidad mercantil.

Otra de las cuestiones que no queda clara del Informe de la Agencia Tributaria es que cuando analiza los gastos no deducibles de Aizoon, por haber sido aplicados a cuestiones particulares que no eran necesarias para el ejercicio de la actividad supuestamente de asesoramiento que prestaba, nada dice de los gastos por obras y reformas en la vivienda familiar de la Infanta, cuando el Juez a quo sí dice que tales gastos se llevaron a cabo. Es importante conocer si esos gastos se verificaron, en qué fechas, y si se abonaron o no con dinero público o con dinero proveniente de la defraudación tributaria.

Finalmente el informe jurídico, demostrando, como hemos dicho al principio, que tiene una clara vocación de provisionalidad, en su página 10 antes de emitir sus conclusiones finales con relación a Aizoon reconoce que:” finalmente puede añadirse que esas cuotas defraudadas deben de considerarse como mínimas –

aunque no han sido siquiera calculadas – pues los ingresos a computar como renta pueden aumentar si en el curso del proceso judicial se despejan las incertidumbres existentes en orden a los reales perceptores de los ingresos procedentes de otras operaciones (se supone que se refiere a los socios) y la entidad de los beneficiarios de las cuentas en el extranjero”.

En definitiva, a juicio de la Sala ante las zonas oscuras que nos suscita el informe de la Agencia Tributaria, hace inviable, en este momento, emitir una opinión fundada sobre si la Infanta ha podido cometer o no un delito contra la Hacienda pública entre otras cosas porque este extremo según resulta del informe está todavía siendo objeto de investigación.

El informe deja abierta la investigación por delito fiscal y sus posibles responsables.

Huelga toda consideración de fondo sobre los elementos del delito contra la Hacienda pública y respecto del sujeto o sujetos activos del mismo, hasta que no se despejen las dudas e inconsistencias que se acaban de comentar, para cuya resolución consideramos que antes de decidir sobre la imputación de la Infanta el Juez a quo ha de solicitar a la Agencia Tributaria que complemente su informe a fin de dar respuesta a las cuestiones tributarias que se suscitan y también referidas al posible blanqueo de capitales, o bien que cite a sus autores para que den las oportunas explicaciones.

Además parece necesario que sea el Juez instructor el que determine efectivamente de cuál de los socios, o de ambos, provienen los ingresos de Aizoon, ya que al parecer no existen contratos que soporten tales ingresos.

Será una vez aclaradas las cuestiones planteadas y después de que el Juez conceda trámite de audiencia a las partes para que ofrezcan su opinión, lo cual se estima necesario por cuanto las consideraciones realizadas a propósito del delito fiscal no fueron abordadas con profundidad por el Juez Instructor (solo

reparó en los beneficios de Aizoon), será cuando aquél deba decidir si procede recibir declaración a la Infanta Doña Cristina en calidad de imputada por haber podido participar en un delito contra la Hacienda Pública.

Por lo expuesto, la imputación queda de momento en suspenso, lo cual no quita que pueda verificarse posteriormente.

Ni que decir tiene que desde el momento en que del informe de la Agencia se desprenden indicios de delito por la constitución de la sociedad Aizoon, que habría supuestamente permitido cometer defraudación en cantidad superior al delito fiscal, ha de determinarse – y esto lo tiene que decidirlo el Juez y no ser una conclusión de la Agencia – si en dicha ilegal constitución tuvo alguna participación la Infanta apelante, la prescripción de dicho delito, que está a punto de producirse en junio o julio del presente año, ha de estimarse interrumpida a los efectos previstos en el artículo 132.2 del CP y de la Jurisprudencia constitucional que lo interpreta.

OCTAVO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA:

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y al que se han adherido la defensa de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia, la Abogacía del Estado y las representaciones de Don Iñaki Urdangarín Liebaert y de Don Luis Carlos García Revenga, contra el auto de fecha 3 de abril de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma y recaído en la causa DP 2677/08 (Pieza 25), y en su virtud, se deja sin efecto la citación de la Infanta para que comparezca a prestar declaración en calidad de imputada por los hechos que le atribuye el auto apelado con relación a la participación de la Infanta en las actividades presuntamente delictivas del Instituto Nóos, suspendiendo sin embargo dicha imputación, de momento, respecto del posible delito contra la hacienda pública y/o blanqueo

de capitales y condicionando la misma a las aclaraciones que a la vista de lo acordado en el Fundamento Séptimo de esta resolución pueda solicitar el Juez Instructor de la A.E.A.T., bien por escrito o mediante comparecencia de los autores del informe, atendidas las incertidumbres y dudas que suscita el mismo, verificado lo cual el Juzgador y tras dar audiencia a las partes deberá decidir si mantiene o no las imputaciones por delito fiscal y si por ello procede citar en calidad de imputada a la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia.

Al mismo tiempo y con el fin de ordenar el procedimiento evitando su dilatación se insta al Juez Instructor para que conforme a lo acordado en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución, requiera a la defensa del imputado Diego Torres y a este último para que en determinado e improrrogable plazo que se le conceda al efecto aporte aquellos correos que, sin tener contenido incriminatorio para él, pretenda utilizar en su defensa y en perjuicio de otros imputados, con la advertencia de que transcurrido dicho plazo y cumplido el mismo no se le admitirá la entrega de nuevos correos, salvo que el requerido alegue y justifique cumplidamente la causa o causas que le impidieron atender la solicitud de aportación.

Cumplimentado lo cual y para el caso de que no se aporten nuevos correos, o estos una vez examinados y admitida su licitud y pertinencia no añadan información investigadora relevante, el Juzgador deberá de pronunciarse definitivamente sobre el archivo parcial de la investigación respecto de la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia en cuanto a su participación en las actividades relacionadas con el Instituto Nóos, bien en ese momento o llegado el trámite del artículo 779 de la Lecrim, a excepción hecha de las indagaciones sobre posible delito fiscal, dado que estas comprobaciones no están concluidas y se hallan todavía sometidas a investigación y de las mismas podrían derivarse indicios de delito respecto de la Infanta Cristina, motivo por lo cual tales investigaciones han de producir respecto de ella, ya desde ahora mismo, efectos interruptivos de la prescripción de estos delitos (siempre que no haya otra resolución antecedente a la que cupiera concederle tales efectos).

Se declaran de oficio las costas del recurso.

Llévese original de esta resolución al libro de autos y con certificación de la misma devuélvase las actuaciones al Juzgado Instructor de procedencia rogando acuse de recibo.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas recurrentes o impugnantes, haciéndoles saber que esta resolución es **FIRME** y que contra la misma no cabe recurso alguno.

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

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO JUAN JIMÉNEZ VIDAL.

Disiento respetuosamente de la opinión de mis colegas miembros de este Tribunal. Lo hago exclusivamente por las razones que siguen, compartiendo los antecedentes procesales y los fundamentos jurídicos primero y segundo a los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 260.1 LOPJ, me remito.

PRIMERO.- La naturaleza del auto de 3.4.2013, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma, viene establecida por el mismo en los dos últimos párrafos del sexto fundamento jurídico y en su parte dispositiva. Se dice que, en base a los indicios que se han referido con anterioridad, a los que haremos referencia en su momento, *"deviene inevitable que Doña Cristina de Borbón y Grecia preste declaración ... su convocatoria no prejuzga en absoluto actuaciones procesales ulteriores, de tal manera que queda absolutamente incólume todo el abanico de opciones procesales legalmente previsto, desde su anticipado sobreseimiento hasta la de abrir el cauce para posibilitar al Ministerio Fiscal, acusación particular y popular que formulen sus reproches penales y a los actores civiles sus pretensiones civiles ... al igual que se ha hecho con los restantes componentes de la Junta Directiva de la "Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada", sea convocada Doñas Cristina Federica de Borbón y Grecia al objeto de hacer posible que, en calidad de imputada, precisamente en garantía de sus derechos ... (preste) declaración que pretendidamente versará sobre su intervención en la referida asociación y (en la) entidad mercantil "Aizon, S.L.", manejo y destino de los fondos derivados de la misma y las cuestiones que razonablemente se desprendan"*. En la parte dispositiva se acuerda *"Recibir declaración en calidad de imputada, asistida de Letrado y con instrucción de derechos, a Doña Cristina Federica de Borbón y Grecia"*.

Del contenido de la propia resolución fluye con claridad su naturaleza: se trata de una disposición en la que se acuerda recibir declaración en calidad de imputada a una determinada persona. Tan elemental primera conclusión no es baladí. No puede ser confundida la resolución con la propia imputación. No se puede pretender que la convocatoria a declarar ante el Magistrado Instructor contenga la determinación de los hechos que se imputan. La imputación de hechos, conforme a lo que dispone el artículo 775 LECr, se debe producir en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción, en la que este informará al declarante *"de los hechos que se le imputan"*. Ello es así por disposición legal, la información sobre los hechos imputados en cualquier otro momento

previo no está contemplada en la legislación procesal penal ni puede ser exigida como requisito de validez de la propia convocatoria.

Dadas las circunstancias en que se produce la citación sólo puede efectuarse en calidad de imputada. El auto impugnado rechaza la posibilidad de que lo haga como testigo. El Tribunal lo confirma en su segundo fundamento de derecho en términos que comparto plenamente.

SEGUNDO.- Las citaciones y demás actos de comunicación con las partes vienen regulados en los artículos 166 a 182 LECr que contienen una remisión genérica a la LEC que, a su vez, establece su normativa en los artículos 149 y siguientes. Ni se exige en lugar alguno, ni es práctica habitual de los Juzgados y Tribunales, dictar autos motivados para efectuar citaciones al efecto de prestar declaración, sea como testigo o como imputado, (a salvo de los supuestos de citación indagatoria del procesado, prevista en el proceso ordinario).

Una justificación razonable de que, en este concreto caso, se haya dictado resolución motivada la encontramos en la precedente resolución del Juzgado Instructor, de 5.3.2012, que desestimó la solicitud formulada por la acusación popular de que Da. Cristina de Borbón fuera citada para prestar declaración en calidad de imputada. Auto que fue confirmado por el de esta Sección de la Audiencia Provincial de 12.7.2012, en el que se decía, con referencia al impugnado, *"con toda prudencia, deja claro "que nada más lejos del ámbito de la presente resolución que emitir un juicio de probabilidad con pretensiones de permanencia sobre la responsabilidad que haya podido o no contraer Doña Cristina Federica de Borbón y Grecia en relación con las actividades realizadas por su marido, Don Ignacio Urdangarín Liebaert, que son objeto de investigación en la presente pieza separada", remarcando que lo que se resuelve "sólo tiene vigencia en este momento, con los datos que ahora se cuenta y a los solos fines de analizar la procedencia de la solicitud formulada" ... De todo ello el Instructor ... concluye que "si Doña Cristina*

Federica de Borbón y Grecia ha de comparecer ante este Juzgado para deponer sobre los hechos que se instruyen ello no habrá de acontecer en razón a los datos que hasta hoy se cuentan sino por los que, en su caso, pudieran sobrevenir, en cuyo momento se adoptaría la resolución que procediera”.

En definitiva, las resoluciones que al respecto se adoptaron el pasado año respondían al estado en que se encontraba en ese concreto momento la investigación y no prejuzgaban que en un futuro, si surgían nuevos indicios, pudiera adoptarse una resolución en sentido contrario. El rechazo a la imputación de Da. Cristina de Borbón fue entonces puramente circunstancial, en razón a la insuficiencia en esos momentos de datos objetivos que la posibilitaran. Sin embargo, en el momento de dictarse el auto de 3.4.2013, la situación ha cambiado notablemente. Advierte el Instructor: "*con posterioridad (al auto de 5.3.2012) se han practicado numerosas diligencias y aportado abundante documentación*". Esas nuevas diligencias aportan indicios que dan lugar al cambio de criterio. Se justifica de forma pormenorizada en el quinto fundamento de derecho del mismo. No tiene sentido repetirlos o volver a su análisis aquí porque se suscribe íntegramente el realizado por el Magistrado Instructor.

El Ministerio Fiscal los analiza uno por uno en su recurso para concluir que no existen indicios incriminatorios posteriores al auto del pasado año. En el mismo sentido se pronuncia la parte que se adhiere al recurso. Pero se advierte en sus análisis una visión excesivamente individualizada de los elementos indiciarios enumerados, como si no tuvieran relación entre ellos, como si se tratara de hechos estancos que no respondieran a una práctica mantenida en el largo período de tiempo en el que se han producido. Es decir, sin acudir a una visión del conjunto de todos. Por ello el recurso, en este aspecto, resulta poco convincente frente al criterio del Magistrado Instructor. Pero, además, es éste, y no el Ministerio Público, el órgano adecuado para valorar si concurren elementos necesarios para determinar la procedencia de

la declaración en calidad de imputado de una persona en la investigación, sin perjuicio de la facultad acusadora del Fiscal en un momento procesal posterior.

Señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 118/2001, de 21 de mayo, respecto al momento en que debe realizarse la imputación: *“Consecuentemente con ello, la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se frustra aquel derecho fundamental cuando el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento. En este sentido, hemos declarado reiteradamente que, admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado (SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 4; 129/1993, de 19 de abril, FJ 4; 152/1993, de 3 de mayo, FJ 3; y 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 3). Y, por tanto, establecida la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el Juez deberá considerarla imputada para permitir su defensa y una equilibrada contradicción, sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas (SSTC 277/1994, de 17 de octubre, FFJJ 2, 4 y 5; y 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2)”. Dice más adelante: “porque no siempre la condición de imputado aparece en el inicio del proceso penal y es perfectamente posible -y, a veces, lógicamente inevitable- que la implicación de una persona en los hechos delictivos aparezca a resultas de la instrucción (AATC 211/1990, de 18 de mayo, FJ 2; y 83/1992, de 23 de marzo, FJ 2);”.*

No es este el caso de una imputación tardía, sino de una citación para declarar como imputada que surge de unos indicios a los que accede el Instructor en un momento concreto. Derivan, según expone el Magistrado Instructor, de los datos obtenidos por la declaración de D. Luis Carlos García Revenga y de los correos electrónicos aportados por D. Diego Torres Pérez. Anteriormente no se recibió declaración por falta de indicios, como se razonó en las resoluciones dictadas el pasado año. Después de las diligencias

referidas, el Magistrado Instructor entiende que surgen dudas de que Da. Cristina de Borbón desconociera la utilización que se estaba haciendo de su condición de Alteza Real por el Instituto Nóos y acerca de su participación en el 50 % del capital de la mercantil "Aizoon, S.L." y entiende que debe despejar esas dudas para llevar a buen fin la investigación.

Dado que el recurso comienza invocando el principio de igualdad parecería lógico conocer el número de recursos contra citaciones para prestar declaración en calidad de imputado que ha formulado en los últimos años el Ministerio Público. Ello contribuiría a descartar que un recurso como el presente es insólito y facilitaría la comprensión de la referencia al principio de igualdad que se realiza.

TERCERO.- Como he dicho la resolución impugnada contiene una citación para declarar en la condición de imputada. Es, por tanto, un acto de comunicación con la afectada que se rige por la normativa antes señalada. En ella no se refiere la forma que debe revestir la resolución por la que se acuerdan. La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 245.1.a y b (en el mismo sentido que el artículo 141 de la LECr) establece que las resoluciones judiciales se denominarán providencias "*cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso*" y autos "*cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento deban revestir esta forma*". La citación para declarar, sea en la calidad que sea, debe acordarse por providencia. No se trata de ninguno de los supuestos reservados a los autos.

Debe, a estos efectos, diferenciarse la resolución a la que nos referimos del auto del Juzgado de Instrucción de 5.3.2012, que desestimó la solicitud de que Da. Cristina de Borbón declarase en calidad de imputada. En ésta se denegó la práctica de una diligencia interesada el 15.2.2012 por una de las

partes personadas. Según el artículo 141 LECr tal resolución debe revestir la forma de auto necesariamente.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el Órgano Instructor ha adoptado el acuerdo de recibir declaración en calidad de imputada mediante auto motivado; y el artículo 766.1 LECr posibilita la apelación contra los autos de los Jueces de Instrucción.

Sin duda el ministerio Fiscal es dueño y señor de la acusación pública en el proceso penal. Sin embargo, las decisiones instrumentales de la investigación están en manos del Juez de Instrucción, único legitimado para dirigirla acordando las diligencias oportunas y adoptando las medidas instrumentales necesarias para su práctica. Si se ve perturbado en el núcleo duro de su función, en la adopción de resoluciones encaminadas a obtener declaraciones de testigos e imputados, por apelaciones formuladas por el Fiscal u otras partes y, en su caso, corregido por la Audiencia, pierde el control de la investigación y esta se dificulta en extremo.

El Fiscal es soberano en lo relativo a la acusación pública, decidirá si se realiza o no; previamente podrá impugnar los pronunciamientos que pueda contener la resolución contemplada en el artículo 779 LECr; pero no puede trasladar a la Audiencia, mediante el recurso de apelación, las resoluciones cotidianas precisas para llevar la investigación a buen fin.

Por eso, la conclusión que alcanza el Fiscal en su tercera alegación, en el sentido de que no existe infracción penal, al igual que en la cuarta cuando se refiere a la inexistencia de elementos del delito contra la Hacienda Pública, es válida para que establezca o no el juicio de acusación en el futuro, pero no a los efectos de neutralizar la acción investigadora del Juez. La citación para declarar como imputado es previa a la calificación jurídica de los hechos, que se realizará, en su caso, por las partes acusadoras. Así lo reconoce expresamente el Fiscal en su conclusión quinta, cuando afirma: "*En el sistema*

penal español son las acusaciones públicas, particulares o populares, quienes determinan los hechos delictivos y los presuntos responsables en sus escritos de acusación y de solicitud de apertura del juicio oral". Antes de formularse las acusaciones no cabe determinación de hechos delictivos, sino información de hechos imputados, sin calificación jurídica, en la primera comparecencia y determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan en el auto al que se refiere el artículo 779.4º LECr.

La relación entre acusación e imputación es estudiada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 118/2001, de 21 de mayo, ya mencionada, en los siguientes términos: *"En el ámbito del procedimiento abreviado, la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación (SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 3; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; y 134/1998, de 29 de junio, FJ 2). La garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECrim. Asimismo, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE (STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke; SSTC 135/1989, de 20 de julio, FJ 3;*

129/1996, de 9 de julio, FJ 5; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; y 19/2000, de 31 de enero, FJ 5)".

Por ello, muchas dudas plantea la afirmación realizada en el recurso, y en la adhesión, de que carece de sentido la imputación de Da. Cristina de Borbón *"dado que la aplicación del principio acusatorio conllevará necesariamente el sobreseimiento de la causa respecto"* a ella ¿Quiere ello decir que antes de finalizada la instrucción el Ministerio Público ya anuncia, al menos parcialmente, el contenido de su juicio de acusación? Pienso que no es posible, debe esperar al momento que establecen los artículos 780 y 781 LECr. Por tanto discrepo del parecer mayoritario del Tribunal cuando en el fundamento tercero llega a la conclusión de que *"ningún sentido tendría acordar una imputación que, mas que necesaria como diligencia de prueba útil, su objeto sería el de constituir presupuesto procesal necesario e imprescindible para poder formular contra la misma una acusación formal por determinados delitos, si dicha acusación, aunque legítimamente pueda ser sostenida y ejercitada por una acusación popular como la que está personada en la causa ..., carecería de base o fundamento suficiente para realizar un juicio de acusación del que quepa extraer una eventual declaración de condena de la Infanta recurrente"*. No puede ser aventurado el juicio de acusación, ni siquiera por el Ministerio Público, antes del momento en que debe formularse. No tiene sentido valorar la posibilidad o no de que se formule acusación antes de la finalización de la instrucción. Sencillamente porque no se cuenta con todos los elementos necesarios para emitir dicho juicio. Ello sólo será posible tras la completa finalización de la investigación, y así se prevé legalmente.

Las funciones del Ministerio Público en materia penal vienen recogida en el artículo 3.5 de su Estatuto Orgánico en los siguientes términos: *"Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el*

procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas". En la fase de instrucción, fuera de los procedimientos de menores, la Ley le reserva la facultad de instar la adopción de medidas cautelares e interesar la práctica de diligencias de investigación. No parece que pueda encajar entre estas funciones recurrir las decisiones adoptadas por el Instructor de naturaleza puramente investigadora.

CUARTO.- Comparto plenamente el contenido de los fundamentos jurídicos primero y segundo de la resolución votada por la mayoría del Tribunal. Particularmente la afirmación en que *"la resolución del recurso contra la imputación de S.A.R. la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia pivota de manera fundamental y decisiva, constituyendo prácticamente el único motivo del recurso que merece comentario y detenido análisis, sobre la influencia o no de los indicios de criminalidad que, a criterio del Instructor, avalan su citación a judicial presencia en calidad de imputada para recibirle declaración sobre su posible participación"*. Igualmente comparto el fundamentado rechazo de las alegaciones periféricas que se contienen en el segundo fundamento. Así pues me centraré en la cuestión nuclear y básica.

Enlazando con lo dicho en el apartado segundo, debo ahora poner de manifiesto que el Magistrado Instructor desgrana los indicios que justifican el llamamiento a Da. Cristina de Borbón para que declare como imputada, cambiando su criterio precedente, en función de los nuevos datos obtenidos por la investigación practicada. Lo hace con minuciosa precisión en la resolución. Debemos referirlo porque en ello reside la causa del voto de este Magistrado.

Parte el Instructor de que desde el mes de septiembre de 2003 formaba parte como vocal de la Junta Directiva de la "Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada". Que según el artículo 22 de los estatutos, no era preciso el nombramiento de vocal de la junta directiva. Sin embargo se

designó a la interesada para cubrirlo, y realmente nunca lo ejerció. En situación similar se encontraba D. Carlos García Revenga, designado tesorero de la misma, cargo, este sí, estatutariamente obligado, sin embargo, según se deduce de lo actuado, ni una ni otro realizaron ninguna actividad en la asociación. La conclusión parece ser que únicamente se incluyeron en la junta directiva para figurar en ella con sus títulos: en el primer caso de "Su Alteza Real la Infanta" y en el segundo de "Asesor de la Casa de Su Majestad el Rey". En definitiva, el único objeto de su nombramiento fue aportar sus títulos en beneficio de los imputados D. Iñaki Urdangarín y D. Diego Torres para aparentar ante empresas privadas e instituciones públicas que las operaciones que el Instituto Nóos abordaba gozaban del respaldo de la Casa Real. Parece deducirse de la instrucción que tanto Da. Cristina de Borbón como D. Luis Carlos García dieron su consentimiento a esta forma de proceder y, si bien el Magistrado Instructor no detecta evidentes indicios racionales de que Da. Cristina de Borbón interviniera en la gestión del Instituto Nóos, su participación material consintió, al parecer, en prestar su consentimiento para que su título como miembro de la Casa Real, junto con el que le correspondía a D. Luis Carlos García, figurase como miembro del órgano directivo del Instituto. Del resultado de las últimas diligencias de investigación, que el Instructor señala, parecen desprenderse indicios de que no desconocía que con ello se perseguía que el Instituto Nóos obtuviera un trato privilegiado por parte de las Administraciones Públicas. Estas prescindían de los cauces y controles administrativos para suscribir beneficiosos convenios con el Instituto que generaban ingresos de fondos públicos que han dado lugar a la instrucción de la causa. Los magníficos resultados obtenidos podrían deberse, cuando menos en parte, y hablando siempre en términos de indicios, a la vinculación de ambos con la Casa Real, cuando ni ella ni el Asesor de la misma y tesorero del Instituto, D. Luis Carlos García Revenga, tenían asignado cometido real alguno. Otros datos que parecen indicar que difícilmente D. Iñaki Urdangarín pudiera actuar sin conocimiento de su esposa es el hecho de que la negociación de los convenios relativos al "Illes Balears Forum" tuvo lugar en el Palacio de Marivent de Palma y, según datos no confirmados en la

actualidad, los correspondientes a los "Valencia Summit" en el Palacio de la Zarzuela.

Otros datos a considerar son que D. Iñaki Urdangarín y Da. Cristina de Borbón constituyeron la entidad "Aizoon, S.L." suscribiendo cada uno el 50 % del capital. Que a dicha entidad, al parecer, se cargaron gastos personales, gastos derivados de obras domésticas y se contrataron a través de la misma a empleados del hogar en situación irregular. Esta mercantil era la que facturaba los servicios de D. Iñaki Urdangarín como miembro del los consejos de administración de distintas entidades del entramado del Instituto Nóos. En esas circunstancias no se puede descartar que su esposa tuviera conocimiento de la situación.

Llega a la conclusión el Magistrado Instructor de que los indicios resultantes de la investigación pudieran constituir un supuesto de cooperación necesaria o de complicidad en relación a los delitos supuestamente cometidos por D. Iñaki Urdangarín o D. Diego Torres. Por ello, para aclarar la relación existente y su actuación en el seno del Instituto y de la mercantil "Aizoon, S.L.", y el manejo y destino de los fondos obtenidos por ambos, se considera que debe prestar declaración con todas las garantías legalmente establecidas. Entiendo que, a la vista de los indicios reflejados en la resolución, que se desprenden de las últimas diligencias de investigación practicadas, debe confirmarse el pronunciamiento del Magistrado Instructor.