

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid**  
C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035  
Teléfono: 914934582,914933800  
Fax: 914934584  
GRUPO DE TRABAJO 5A  
37051540  
N.I.G.: 28.079.00.1-2014/0010703



(01) 30354262709

## **Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 560/2014**

**Origen:** Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid  
Procedimiento Abreviado 87/2011

**Apelante:** D./Dña. JAIME DE MARICHALAR Y SAEZ DE TEJADA  
**Procurador** D./Dña. LUIS DE VILLANUEVA FERRER  
**Letrado** D./Dña. MARIA CRISTINA PEÑA CARLES

**Apelado:** DIFUSORA DE INFORMACION PERIODICA S.A., D./Dña. CARLOS  
DAVILA PEREZ DE CAMINO y D./Dña. EUGENIA HERNANDEZ VIÑES  
**Procurador** D./Dña. LUIS FERNANDO POZAS OSSET

**SENTENCIA Nº 499 /2015**



ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID

RECEPCIÓN

NOTIFICACIÓN

- 8 JUL 2015

- 9 JUL 2015

Artículo 151.2

L.E.C. 1/2000

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTOS. SRES. DE LA SECCION DECIMOQUINTA

**D<sup>a</sup>. PILAR DE PRADA BENGEOA**

**D. CARLOS FRAILE COLOMA**

**D<sup>a</sup> JOSEFINA MOLINA MARIN (Ponente)**

En Madrid, a uno de junio de 2015.

Vistos por esta Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en grado de apelación, el Juicio Oral nº 87/2011 procedente del Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid, seguido por un delito de injurias graves con publicidad, siendo partes en esta alzada como apelante D. JAIME DE MARICHALAR Y SAEZ DE TEJADA, representado por el Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, y defendido por la letrada D<sup>a</sup>. Cristina Peña Carles; y como apelados, D.<sup>a</sup> EUGENIA HERNANDEZ VIÑES y D. CARLOS DAVILA PEREZ DE CAMINO, representados por el Procurador D. Luis Pozas Osset, y defendidos por el letrado D. José Aizorbe Torra; siendo Ponente la Magistrada Suplente Sra. Molina Marín, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el 13.01.14, que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Expresa y terminantemente se declara probado que la revista ÉPOCA, editada por “Difusora de Información periódica, SA” en su número 1213, del 26 de septiembre de 2008, publicó un reportaje sobre D. Jaime de Marichalar Sáez de Tejada y su familia, constancia como titular en portada y en letras grandes: “Conflicto en la separación de Dña. Elena alega consumo ocasional de cocaína” y abajo: Casa del rey a Época, “se quiere hacer daño a la monarquía” elaborado el titular y la portada por el acusado CARLOS DÁVILA PÉREZ DE CAMNO, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien había sido informado por la otra acusada que se estaba barajando esta posibilidad, una vez contrastada la información, se realizó el reportaje. Ante el desmentido posterior de los Letrados el acusado se negó a intervenir en cualquier programa para comentar la noticia pese a las ofertas recibidas.

En el interior de la revista en su página 4 se recoge: “18 España Dña. Elena y Marichalar se intercambian duras alegaciones. Eugenia Viñes LA AGRIA SEPARACIÓN DE LOS DUQUES DE LUGO, en las páginas 18 a 22 aparece un artículo con el título “Agrias alegaciones en la separación de los duques de Lugo. Se aduce consumo ocasional de cocaína”, y en su inicio “Desconocimiento del hábito del consumo ocasional de cocaína por parte de su esposo, antes de serlo. Este es uno de los motivos para la separación- que acabará en divorcio o incluso nulidad- que puede alegar la Infanta Elena para defenderse de las argumentaciones de Jaime de Marichalar”, a lo largo del texto se menciona: “Consultadas por Época fuentes oficiales de la Casa Real dicen –que no se ha iniciado ninguna acción legal ni eclesiástica por el divorcio de la pareja. Y añaden que –es todo un rumor, sobre el que se hace lo que no debería ser periodismo-“, ..., “Pero Jaime de Marichalar no acepta este desconocimiento del consumo habitual de cocaína ni el consumo mismo como causa de la nulidad. Al parecer ha aportado una prueba notarial que desmiente este hecho. Por su parte, el Tribunal Eclesiástico de Madrid no tiene ninguna información ni solicitud de nulidad!...”, “Es el principio del fin anunciado hace casi ya dos años, con aquel cese temporal de la convivencia” firmado por la acusada EUGENIA HERNANDEZ VIVES, mayor de edad y sin antecedentes penales. La citada acusada había recibido esta información de fuentes cercanas a la pareja; para la elaboración del artículo, llamó a la Casa Real para

contrastar su información el día 24 de septiembre de 2008, que no se pronunció al respecto, consultó con otros allegados a la familia, elaboró un dossier con las noticias ya existentes en INTERNET, prensa y consultó el libro “Spain: Paradox of values/contrasts of confusión” de Frank A. Arencibia, editado en 2003. Ambos acusados creían en la veracidad de la información suministrada. No habiendo hecho S.A.R. Dña. Elena de Borbón ningún desmentido a título particular pese a que tenía conocimiento por la Casa Real de la noticia.

En fecha 27 de septiembre de 2008 las dos representaciones letradas, nombradas desde el año 2007 para la formalización del cese temporal de la convivencia de S.A.R. Dña Elena de Borbón y D. Jaime de Marichalar, procedieron a emitir un comunicado conjunto a través de la Agencia EFE manifestando:

“Que son absolutamente falsas y carentes de base alguna las pretendidas iniciativas, supuestamente en curso, sobre el divorcio o demanda de nulidad matrimonial ante Tribunal eclesiástico alguno, a petición de cualquiera de las partes” añadiendo “que son absolutamente falsos los hechos narrados en el reportaje como supuestos de una inexistente demanda de nulidad canónica del matrimonio” indicando que “ante imputaciones de carácter injurioso, calumnioso y atentatorio al honor y a la intimidad de las personas, contenida en distintos extremos del reportaje que se desmiente, las partes se reservan la facultad de ejercitar las acciones legales”. Su S.A.R. Dña. Elena no se querelló contra la revista.

En fecha 29 de septiembre de 2008 se remitió por conducto Notarial un requerimiento a la editora de la revista “Época”, solicitando el cese inmediato en la publicación de informaciones de aquel ilícito tenor.

En el número 1214 de la revista Época bajo el titular “ANTOLOGIA DE CAMANDULEROS” Sé lo que hicisteis, del 3 a 9 de octubre de 2008, el acusado Carlos Dávila escribió “En España, cualquier circunstancia que afecte a la Familia Real interesa. Durante mucho tiempo, un respetuoso y muy responsable silencio ha disimulado las dificultades que los miembros de la Casa Real hayan podido tener. Gran parte de este mérito ha correspondido sin duda alguna, al titular de la Institución, al Rey Juan Carlos, que ha sabido lidiar las más comprometidas situaciones con tino especial. De un tiempo a esta parte, todos los medios sin excepción alguna, se han ocupado más directamente de los avatares, positivos unos, los más, negativos otros, los menos, que ha vivido la Corona. El recuerdo de momentos no especialmente gratos recogidos por diferentes medios no es más que un ejercicio de justicia y equivalencia. Todos sabemos

lo que hemos dicho. Esta es nuestra singular antología de camanduleros”. A continuación se recogen distintas noticias dadas por diferentes programas de televisión con anterioridad a septiembre de 2008 desacreditando la figura de D. Jaime de Marichalar y en las que se recoge la posibilidad de su divorcio.”

En la parte dispositiva de la sentencia se establece:

**FALLO.-** Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** LIBREMENTE a CARLOS DAVILA PÉREZ CAMINO y a EUGENIA HERNÁNDEZ VIÑEZ, respectivamente, del delito continuado de injurias graves con publicidad y del delito de injurias graves con publicidad del que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas causadas.”

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal del querellante, D. JAIME DE MARICHALAR Y SAEZ DE TEJADA, que fue admitido en ambos efectos y del que se confirió traslado por diez días a las demás partes para que pudieran adherirse o impugnarlo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, quedando para deliberación, votación y fallo el pasado 18 de mayo, siendo ponente la Magistrada Suplente, D<sup>a</sup> Josefina Molina Marín.

### **HECHOS PROBADOS**

Se aceptan y dan por reproducidos los que como tales figuran en la sentencia apelada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia nº 2/2014 de fecha 13 de enero, se dicta por el Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid, en cumplimiento de lo ordenado por esta Sala, en Sentencia de apelación de 16 de julio de 2013, que decretó la nulidad de la anterior sentencia de fecha 26.06.2012, dictada en el mismo procedimiento por el referido Juzgado, al estimar que estaba insuficientemente motivada, y se ordenaba retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la misma.

Frente a esta nueva sentencia se ha formulado recurso de apelación por la Acusación Particular, alegando quebrantamiento de forma en la determinación de los hechos probados con falta de motivación y exhaustividad, lo que lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución); infracción de ley o error de derecho tanto en la apreciación de la prueba por inexistencia del causa de antijuridicidad, como en la aplicación de los arts. 208, 209 y 211 en relación con los arts. 28 y 30 del CP; e infracción de ley o error de derecho por inaplicación de los arts. 116.1 y 2, 212 y 216 del CP en relación con la LO1/1982 de 5 de mayo. Y tras analizar la doctrina emanada tanto del Tribunal Constitucional, como del TEDH y del Tribunal Supremo, solicita la revisión de las pruebas documentales a fin de declarar la nulidad de la sentencia y ordenar la retroacción de las actuaciones al Juzgado de lo Penal nº 13, para que dicte otra conforme a derecho; o la revocación de la sentencia con celebración de vista, a la que se citará a los acusados, al responsable civil solidario, y se visione el video de la vista celebrada en su día ante el Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid, condenando a los acusados como autores de un delito de injurias graves con publicidad, en los términos que expone en se escrito de recurso.

**SEGUNDO.-** El recurso no puede ser estimado.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014, comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC

147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, esta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero, y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas).

Respecto de la cuestión relativa a la motivación de la sentencias absolutorias la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en la STS 1513/2005 de 13 de diciembre establece que:

*“En una reiterada jurisprudencia hemos declarado el contenido y alcance del deber de motivación de las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdiccionales penales (...). Tan sólo recordar los hitos que entendemos fundamentales. La motivación de la sentencia se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial. A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que llevan al tribunal sentenciador a dictar la resolución, sino que va a permitir al Tribunal Superior, en virtud de la impugnación, que pueda comprobar la lógica y la racionalidad de la función jurisdiccional. Ambas direcciones de la motivación tienen como destinatario el ciudadano afectado por la actuación judicial, y el pueblo del que emana la Justicia. Además, a través de la motivación, el propio tribunal podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si el ejercicio de esa función responde a los presupuestos legales que permite la adopción de la resolución, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la norma penal (STS 1658/99 de 15 de noviembre). En esta exigencia hemos de distinguir, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediación derivada de la práctica de la prueba.*

*De otra parte, su exigencia será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por las que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo.*

*En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia”.*

Aplicando la doctrina expuesta a la sentencia de instancia, el primer motivo de recurso no puede prosperar, en cuanto que el derecho del apelante a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, no ha sido vulnerado por la sentencia de instancia, en la que tanto el factum como la fundamentación jurídica justifica motivadamente porque absuelve a los acusados del delito de injurias graves con publicidad.

En efecto, en la sentencia se explica como los acusados, “reputados profesionales de la información”, realizaron todas las comprobaciones que racionalmente se les puede exigir”, lo que va desgranando a lo largo del Fundamento de Derecho Segundo, diferenciando entre lo que denomina “ardid periodístico” para llamar la atención de los lectores (los titulares llamativos), y el contenido real de los artículos, que valora respetuosos y que no revelaban nada que no hubiese sido ya objeto de noticias y rumores desde que el querellante sufriera un ictus en 2001, además de incidir en la dimensión pública del querellante y de su consorte, y el notorio interés informativo derivado también del hermetismo que envolvía el asunto de su posible separación.

Conclusión a la que llega tras el análisis de tres medios de prueba practicados en el plenario bajo los principios de inmediación y contradicción, el primero la abundante documental, fundamentalmente los dos números 1.213 y 1.214 de la Revista Época objeto de la querrela, resaltando respecto de este último, que es descrito ampliamente en el factum, como ejemplo y paradigma de que los acusados no habrían actuado dolosamente, ni aún con dolo eventual, cuyo título ya es indicativo de la rectificación de la información publicada en el número anterior, al incluirlo en el mismo dentro de una relación de noticias referidas a los Duques de Lugo, que no se ajustaban a la realidad, tras el desmentido rotundo realizado dos días después de la publicación, por los respectivos letrados de los Duques, y que fue titulado precisamente “ANTOLOGÍA DE CAMANDULEROS”. El segundo, la declaración de ambos acusados, cuya versión exculpatória aprecia como “coherente y verosímil”; y el tercero, de la prueba testifical practicada, referida tanto al testimonio del querellante, como al de la testigo de la defensa, Sra. Barrientos, quién explicó la forma de actuar ante una información referida a miembros de la Casa Real, en el sentido de que antes de publicarla se anuncia a la Casa Real, que en ocasiones para la noticia, y en este caso dijeron que “no podían

confirmar ni desmentir nada... después el abogado de D<sup>a</sup> Elena desmintió todo pero fue dos días después”.

Por ello concluye que los acusados creían actuar en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información “con independencia del ardid periodístico utilizado para llamar la atención”, relatando hipótesis incardinables en el ámbito de la libertad de expresión, de las actuaciones que podrían estar llevando a cabo los Duques de Lugo para solucionar el conflicto matrimonial de trascendencia nacional e interés público por ser la primera separación que se producía en la Casa Real. Y expresamente resuelve como la conducta de los acusados encuentra justificación en el derecho constitucional de información y de opinión, no apreciando como antijurídicos el contenido de los artículos cuestionados, que encuentran amparo en el art. 20.1 d) de la Constitución, teniendo en cuenta la relevancia pública de los Duques y que los reportajes no son ni ofensivos ni vejatorios.

Fundamentación que se puede no compartir, pero que no resulta ni ilógica ni irrazonable en su argumentación, y que conduce a fundamentar una conclusión absolutoria.

**TERCERO.-** Como ya apuntamos en nuestra anterior sentencia nº 565/2013 de 16 de julio (Rollo nº 474/2012) sobre este mismo asunto, *"hemos de comenzar por rechazar la pretensión inicial del recurrente de que la Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia para modificar los hechos declarados probados y llegar a una decisión condenatoria, porque nos encontramos ante una sentencia absolutoria que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede dictarse sin oír previamente a las partes, en especial a los acusados inicialmente absueltos, previsión que no está regulada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.....Pero es que, además, ninguna duda cabe de que la valoración de la prueba practicada en el acto de celebración del juicio no se puede reevaluar por este Tribunal en contra de los acusados absueltos, pues la Sala no ha practicado con inmediatez las pruebas personales, de manera que aun en el supuesto de que dicha valoración fuera alternativa y en el sentido que solicita el recurrente, es inviable condenar sin ser oídos a quienes fueron absueltos en la primera instancia (entre otras la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España) sin vulnerar derechos fundamentales"*.

En el caso de autos, el apelante solicita la celebración de Vista, con citación de los acusados y del Responsable civil Solidario, para el visionado del video de la Vista Oral celebrada en su día ante el Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid. Solicitud que debemos rechazar teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 201/2012, de 12 de noviembre, sintetiza y precisa su doctrina iniciada con la fundamental sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, destacando en primer lugar «... por lo que respecta a las posibilidades de celebración de vista oral en segunda instancia, ... [que] la STC 16/2009, de 26 de enero, "con la Sentencia de Pleno STC 48/2008, de 11 de marzo, [entiende] que "[no] forma parte de nuestra competencia la de interpretación de las normas procesales que rigen la prueba ni, en concreto, en lo que ahora importa, qué pruebas deben practicarse en la apelación penal a partir de la dicción de los apartados 2 y 3 del art. 790 LECR" (FJ 3) y, en relación con la STC 167/2002 "y las numerosas Sentencias que han aplicado y perfilado su doctrina en torno a la garantías procesales de inmediación y contradicción", no es el objeto de la misma "el análisis constitucional de los supuestos en los que se puede apelar, o las razones por las que puede hacerse, o los casos en los que la revisión debe conformar la práctica y la valoración de la prueba. **Su objeto es, sencilla pero trascendentalmente... el de afirmar que, para justificar una condena, no cabe valorar una prueba de cargo sin inmediación, y tampoco sin contradicción y publicidad... puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la "corrección de la valoración" (FJ 4)... Y que " al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él" (FJ 5).**

Por tanto, la celebración de vista con citación de los acusados, para el visionado del Juicio Oral celebrado ante el Juzgado de lo Penal, infringe la doctrina constitucional expuesta, y en todo caso debe insistirse en que la petición de práctica en la segunda instancia de pruebas que implican la reiteración en la alzada de las que ya se practicaron en la primera instancia, no son subsumibles en lo dispuesto en el artículo 790.3 de la LECR, conforme al cual las diligencias de prueba que puede solicitar en la alzada son (tasativa y taxativamente) aquellas que no pudo proponer en la primera instancia, las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado la oportuna protesta, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

Y esta Sección de la Audiencia Provincial ya se ha pronunciado en otras ocasiones siguiendo consolidadamente el criterio sostenido en su Sentencia n.º 411 de

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 560/2014

11/10/07, descartando las peticiones que implican la implantación contra *legem* y contra reo en esta segunda instancia de un modelo probatorio similar a los de un sistema de apelación plena, por no ajustarse a lo que imperativa y taxativamente prevé el art. 790 de la LECrim, resaltando además las graves disfunciones y perturbaciones que acarrearía, entre las cuales sintéticamente destaca dicha sentencia las siguientes:

1) Habría que celebrar una nueva audiencia pública en la segunda instancia, a la que tendrían que ser citados de nuevo los acusados, testigos y peritos, ocasionándoles los correspondientes perjuicios, toda vez que posiblemente sería la segunda o tercera vez, que acudirían ante un órgano judicial a exponer los hechos o a debatir sobre una pericia.

2) La repetición de la vista oral con la intervención de todas las partes y la práctica de nuevo de las mismas pruebas, con la posibilidad de otras, no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más correcta a las cuestiones que se suscitan en toda causa penal. Más bien sucedería seguramente lo contrario, pues el alejamiento de los hechos en el tiempo repercutiría en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes. Sin descartar los posibles perjuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado y que seguramente conocerán el resultado del juicio celebrado en la instancia.

3) El inicio de un nuevo juicio en la segunda instancia, con reiteración y nueva práctica de pruebas, implica más que la revisión y control de un juicio ya celebrado y de la decisión adoptada en el mismo, la celebración de otro juicio distinto en el que va a primar lo nuevo sobre la revisión de lo anterior. Se parte así prácticamente de cero y se entra en una dinámica que va a impedir el control último o final de lo anteriormente realizado. Con lo cual se pierden las garantías de la supervisión y de la crítica razonable que todo recurso conlleva y se aboca a la celebración de varios juicios que acaban careciendo de una auténtica fiscalización posterior.

4) Al celebrarse dos juicios diferentes con un espacio probatorio propio y autónomo y resultar que el enjuiciamiento decisivo es el que se tramita ante el tribunal de apelación, parece obvio que la primera instancia resulta devaluada y todo ha de quedar a expensas de la segunda, que será cuando la prueba ha de determinar la convicción del tribunal que decida de forma definitiva el procedimiento. Las consecuencias de esa devaluación de la primera instancia han quedado verificadas en el ordenamiento procesal alemán, que sigue el modelo de apelación plena, cuestionado por

la doctrina y los jueces de ese país por las disfunciones y distorsiones que genera, entre las que destaca precisamente el debilitamiento de la primera instancia.

5) Los efectos directos e indirectos que produciría la repetición de las pruebas personales en la segunda instancia, en la línea que sugiere la STC 167/2002, afectaría a todo el sistema procesal penal, que además carece de infraestructura para instrumentar un nuevo modelo de esa naturaleza, dado el volumen de pruebas que habría que reiterar en la segunda instancia. A este respecto, conviene subrayar que si bien el porcentaje de sentencias absolutorias de primera instancia recurribles en apelación no sería muy elevado, sí lo sería en cambio el de sentencias condenatorias que se impugnarían con postulación de reiteración de prueba en la segunda instancia con el fin de alterar el resultado probatorio de la primera. Y es que no cabría que el criterio de reiteración probatoria se aplicara sólo en los casos en que las sentencias apeladas favorecieran al reo y no en aquellos en que le perjudicara con una condena. Tal interpretación contra reo es obvio que resultaría inasumible. Pues bien, sólo hay que pensar en el número de sentencias condenatorias que en el procedimiento abreviado se dictan en la primera instancia, y no digamos ya en los juicios de faltas, para sopesar las consecuencias que una reiteración de pruebas personales en una segunda instancia generaría en todo el sistema procesal penal.

Y, operando así, no sólo se le somete de nuevo a la pena de banquillo -aunque sea en la segunda instancia-, sino que, además, se le priva de la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria al no haber el recurso de apelación contra la posible condena dictada en la alzada.

Así las cosas, en la colisión que se origina entre la garantía (del acusado) a no ser sometido a un proceso penal en más de una ocasión por los mismos hechos, con toda la carga y gravosidad que ello entraña, máxime en un supuesto que ha resultado triunfante su derecho a la presunción de inocencia, y el derecho del denunciante-perjudicado a la tutela judicial efectiva en su modalidad del derecho al recurso, ha de primar el primero. Y ello porque si bien ambos tienen la condición de derechos fundamentales, lo cierto es que el estatuto constitucional del acusado en el proceso penal le otorga una mayor tutela en las distintas fases del proceso, incluso en el tema de los recursos.

Esto se comprueba, en primer lugar, en la imperatividad de los tratados internacionales a la hora de exigir una segunda instancia en el proceso penal para que el condenado pueda impugnar los aspectos fácticos y jurídicos en que se fundamenta su

condena (art. 15.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el art. 2 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Esa imperatividad no concurre con respecto al derecho a la doble instancia de las acusaciones, de modo que los tratados internacionales no consideran que vulneren sus normas los sistemas que omiten un recurso contra las sentencias absolutorias a interponer por el Ministerio Público o los perjudicados.

En igual sentido, se aprecia en nuestro sistema procesal la imposibilidad de interponer un recurso de revisión en perjuicio del reo (arts. 954 y ss. de la Ley Procesal Penal).

Los derechos fundamentales (del acusado) a no verse sometido a un nuevo proceso y a la presunción de inocencia ya apreciada en la primera instancia han de primar sobre el derecho al recurso del denunciante, derecho que, tal como se ha expuesto, sin ignorarse en modo alguno su carácter de fundamental al quedar enmarcado en la tutela judicial efectiva, presenta, sin embargo, una menor densidad o graduación constitucional cuando se trata del recurso contra las sentencias penales absolutorias que en los casos que se pretende impugnar una sentencia condenatoria. Tan es así que existen modelos procesales que no admiten el recurso contra los fallos absolutorios o los restringen de forma sustancial.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto en la Sentencia nº 670/2012, de 19 de julio (FJ2º.4), en el sentido que "no solo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LECR (no modificada con motivo de la reforma de la LECR por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

A ello añade la STS mencionada que "Esta Sala ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma

inequívoca en sentido negativo ( SSTS 258/2003, de 25-2 ; y 352/2003, de 6-3 ), ajustándose así a lo preceptuado en la LECR (art. 795.3 antiguo y 790.3º actual (...)"

**CUARTO.-** Junto a lo anterior, ninguna duda cabe que la valoración probatoria en la que se sustenta la absolución recurrida, concatena la prueba personal practicada en el acto de celebración del juicio con la documental, y con la apreciación de elementos subjetivos del injusto que albergan un componente fáctico que no se pueden reevaluar en contra de los acusados, por este Tribunal, que no ha practicado la inmediatez de las pruebas personales. Supuesto en el que en modo alguno puede este Tribunal revocar la resolución dictada en la instancia para acordar la condena, en cuanto que para que pudiera tener virtualidad dicha pretensión sería preciso que en segunda instancia se valorasen, además de la prueba documental que se menciona, las declaraciones personales practicadas en el juicio oral celebrado en el Juzgado de lo Penal (declaración de los acusados y testifical del querellante y Sra. Barrientos), en las que se funda la absolución, al estimar la verosimilitud de la versión ofrecida por los acusados, dotando de "veraces" las informaciones publicadas en el nº 1213 de 26 de septiembre de 2006, en cuanto que habrían desplegado la diligencia que le es constitucionalmente exigible al informador (STC 200/1998 de 14 de octubre), al haberse constatado que antes de la publicación del referido reportaje, entre otros actos, trataron de contrastar la información incluso llamando a la Casa Real, que no se pronunció, y respecto del número 1214, al haber explicado el acusado que, precisamente constituía una selección de todas las "falsas noticias" publicadas sobre el querellante, de ahí su título de "antología de camanduleros".

Como recuerda la STS 1233/2015 de 24 de marzo:

*"debe tenerse en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la STC 167/2002, así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, en tanto que viene a exigir que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de éstas ante el tribunal que resuelve el recurso. Desde la perspectiva del derecho de defensa, es igualmente necesario en esos casos dar al acusado la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquel.*

*En este sentido, el TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia, ha venido argumentando que en aquéllos casos en los que el tribunal que conoce del*

recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de Derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, Caso Valbuena Redondo contra España, ap. 29; 6 julio 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, Ekbatani contra Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados ( STEDH de 22 noviembre 2011, Caso Lacadena Calero contra España , con cita de las sentencias del mismo tribunal Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996 ; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988 ; Igual Coll, de 10 marzo 2009 ; Marcos Barrios, de 21 septiembre 2010 y García Hernández, de 16 noviembre 2010 ). Por su parte el Tribunal Constitucional, en la STC 30/2010 , afirmaba, de forma general, que "...el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Por lo que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3 y 214/2009, de 30 de noviembre , FJ 2) "

Y en la STC nº 154/2011 , FJ 2, se decía que " En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, invocado por los recurrentes, es doctrina de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y reiterada en numerosas Sentencias (entre las últimas, SSTC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2 ; 30/2010 de 17 de mayo, FJ 2 ; 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2 y 46/2011, de 11 de abril , FJ 2), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, comprendidos en el mencionado derecho, impone inexorablemente que cuando el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación si fue condenado, si para ello establece un nuevo relato de hechos probados que tenga su origen en la apreciación de pruebas personales, esto es, aquellas para cuya práctica se exige la inmediación del órgano judicial resolvente, proceda al examen directo y porsí mismo de las mismas, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción ". De manera que, dice más adelante, es "... un presupuesto configurador del proceso de apelación la existencia de una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos

*estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" ( STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 36) "*

*Y desde la perspectiva del derecho de defensa, se recuerda en la sentencia de esta Sala STS nº 1423/2011 , que "... en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena ex novo en la sentencia a dictar por el tribunal ad quem. La primera es la sentencia 184/2009, de 7 de septiembre , en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído. La segunda sentencia relevante para el caso es más reciente: la nº 142/2011, de 26 de septiembre . En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos "*

De lo precedentemente expresado se infiere que para que este Tribunal pudiera entrar a valorar las pruebas practicadas en el acto de celebración del juicio, a fin de valorar la modificación del relato de hechos y de la fundamentación jurídica aplicada, en sentido contrario al que ha dado lugar a la absolución acordada en la primera instancia, sería indispensable para que no resultara vulnerado el derecho de defensa, oír a los acusados y a los testigos en la alzada.

Trámite este que debería efectuarse con la amplitud que requiere el art. 6 del Convenio Europeo interpretado a tenor de la doctrina del TEDH (valoración directa de su testimonio STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España y SST Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988).

Y no solo el visionado de la grabación del juicio que es lo que interesa el apelante, sino como se ha expuesto, volver a practicar la prueba personal vertida en el plenario, para que su valoración cumpla con los requisitos de inmediación y debate contradictorio, a fin de poder reevaluar la misma puesta en relación con la documental obrante en la causa.

En ese sentido la STC 191/2014 de 17 de noviembre, que anula una sentencia que revoca una previa sentencia absolutoria a partir de una distinta valoración de prueba personal, previa celebración de Vista, a presencia del acusado, señala que:

*"la vista se acordó a los solos efectos de que las partes formularan sus alegaciones y de oír a la acusada, quien ni tan siquiera fue interrogada, sin reiterarse la práctica de otras pruebas que, en el caso, hubieran debido ser las declaraciones de las personas cuyo testimonio fue objeto de revaloración, puesto que la conclusión fáctica a la que llega el Tribunal se sostiene en una nueva valoración de los testimonios de los agentes que practicaron el control preventivo de alcoholemia e hicieron constar la sintomatología que presentaba la acusada, así como de lo declarado por los peritos y médicos que participaron en la extracción y posterior conservación de la muestra de sangre."*

Lo que, por otra parte, encuentra el óbice procesal insalvable de que no existe un trámite específico al respecto en la sustanciación del recurso de apelación, toda vez que, como hemos expuesto en el precedente fundamento, dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LECR, no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada la primera, pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiéndose sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la conclusión obtenida la primera instancia (STS 670/2012, de 19 de diciembre), doctrina reiterada de forma inequívoca en sentido negativo en SSTs 258/2003, de 25 de febrero, y 352/2003, de 6 de marzo, ajustándose así a lo preceptuado en la LECR (art. 795.3 antiguo y 790.3º actual).

Todo ello determina la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la Acusación Particular, al no ser factible que este Tribunal de alzada pueda revocar la sentencia absolutoria y proceder ex novo a la condena de quien ha sido absuelto en la primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación formulado por la representación procesal de D. JAIME DE MARICHALAR Y SAEZ DE TEJADA, contra la sentencia nº 2/2014 de 13 de enero, dictada por el Juzgado Penal nº 13 de Madrid, en el Juicio Oral nº 87/2011, debemos CONFIRMAR dicha resolución, con declaración de oficio las costas de esta instancia.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.