

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**13016** *Sala Primera. Sentencia 132/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 4265-2020. Promovido por doña Rachida Kaouay respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que agravó, en apelación, la condena que le había sido impuesta por un juzgado de lo penal de Melilla como autora de un delito de tráfico de drogas. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (reformatio in peius) y a un proceso con todas las garantías: sentencia que agrava la condena impuesta fundándose en la existencia de un error, padecido en la primera instancia, en la aplicación de la ley y sin que mediara petición al respecto de las partes acusadoras.*

ECLI:ES:TC:2021:132

La Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4265-2020, promovido por doña Rachida Kaouay, representada por el procurador de los tribunales don José Luis Ybanco Torres, bajo la dirección letrada de don José Antonio Palau Cuevas, contra la providencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de julio de 2020, que no admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la sentencia de 24 de junio de 2020 (rollo de apelación núm. 16-2020), que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Melilla de 26 de noviembre de 2019 (procedimiento abreviado núm. 87-2019), condenatoria de la recurrente como autora de un delito de tráfico de drogas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

**I. Antecedentes**

1. El procurador de los tribunales don José Luis Ybanco Torres, en nombre y representación de doña Rachida Kaouay, y bajo la dirección del letrado don José Antonio Palau Cuevas, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia, mediante escrito registrado en este tribunal el 9 de septiembre de 2020.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La recurrente fue condenada por sentencia de 26 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Melilla (procedimiento abreviado núm. 87-2019), como autora de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal (CP), en relación con el art. 369.1.5 CP, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para ejercer el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 2 700 000 €, con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago. En dicha

resolución se acordaba, asimismo, la suspensión de la pena de prisión impuesta por un plazo de cuatro años (art. 80 CP), condicionando la misma a la no comisión de hechos delictivos durante el periodo de suspensión.

Los hechos probados refieren que el día 4 de junio de 2015, tras un seguimiento previo, agentes de la Policía Local y de la Policía Nacional, efectuaron entrada y registro en una vivienda propiedad de la señora Kaouay, donde fueron incautados cuarenta y nueve paquetes de diferentes formas y tamaños con un peso total de 554 kilogramos de una sustancia que, una vez analizada, resultó ser hachís en la siguiente composición: (i) M1-Hachís con una riqueza media del 17,5 por 100 y con un peso neto de 298,89 gramos, valorado en 468 501,66 €; (ii) M2-Hachís con una riqueza media del 20 por 100 y con un peso neto de 86,40 gramos, valorado en 135 388,8 €; (iii) M3-Hachís con una riqueza media del 27,6 por 100 y con un peso neto de 132,60 gramos, valorado en 207 784,20 €; (iv) M4-Hachís con una riqueza media del 17,4 por 100 y con un peso neto de 34,30 gramos, valorado en 53 748,10 euros; (v) M5-Hachís con una riqueza media del 13,4 por 100 y con un peso neto de 965 gramos, valorado en 5307,50 €. El valor total de la sustancia en el mercado ilícito era de 870 307,26 €. La sentencia consignaba que la finalidad de la misma era ser distribuida posteriormente por la península.

En el fundamento jurídico segundo se califican penalmente los hechos como un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368 CP en relación con el art. 369.1.5 CP, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud pública. En el fundamento jurídico tercero se motiva la individualización de la pena señalando que «[e]n el ámbito de la individualización penológica resultan de aplicación los artículos 368 y 66 CP; debiendo condenarse a la acusada, en relación a la comisión del referido delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 CP, en su ámbito mínimo, dadas las circunstancias personales y sociales de la misma, con la aplicación de la agravante del 369.1.5 CP, así como decomiso de la sustancia intervenida, y demás efectos, cumpliendo las penas adecuadamente las finalidades de prevención general y especial, estimando proporcional y adecuada a la vista de las características que revisten los hechos cometidos y la gravedad y repercusión social de los mismos y conforme a la petición de la parte acusadora».

b) La defensa de la recurrente interpuso recurso de apelación alegando: (i) infracción del derecho a obtener una resolución motivada; (ii) infracción del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba para dictar sentencia condenatoria; (iii) nulidad de la entrada y registro practicada. El Ministerio Fiscal, por escrito calendado el 21 de enero de 2020, impugnó el recurso de apelación presentado interesando que se confirmara la sentencia recurrida.

En fecha 24 de junio de 2020 fue dictada, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, sentencia desestimando el recurso de apelación presentado por la recurrente. Aceptando los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, se constata un evidente error de transcripción en las cantidades de sustancia aprehendidas, y expone que deberá entenderse: (i) 298 980 gramos en lugar de 298,89; (ii) 86 400 gramos en lugar de 86,40; (iii) 132 600 gramos en lugar de 132,60; y (iv) 34 300 gramos en lugar de 34,30.

Tras rechazar los motivos de nulidad de la entrada y registro domiciliaria y de lesión del derecho a la presunción de inocencia, la sentencia impugnada en amparo señalaba en su fundamento jurídico quinto: «Existe un claro error en la extensión de la pena impuesta. Siendo un supuesto en que ha de apreciarse la agravante de notoria importancia y en el que consiguientemente se ha de imponer la pena superior en grado, el mínimo a imponer es de tres años y de un día de prisión. Así pues, procederemos a corregir la pena impuesta, fijando su extensión mínima, de conformidad con la posibilidad declarada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2007, que literalmente dice “El anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones,

siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia de imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”».

En base a este razonamiento, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga revocaba parcialmente la sentencia impugnada, elevando la pena de los dos años de prisión inicialmente impuestos por el juzgado de lo penal, a tres años y un día de prisión.

c) Por la demandante de amparo se presentó el 3 de julio de 2020, escrito de preparación de recurso de casación por infracción de ley. Dicha preparación fue denegada por auto de 6 de julio de 2020 en base a que los hechos objeto de enjuiciamiento eran anteriores a la publicación y entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que modificó el art. 792.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).

d) La recurrente interpuso incidente extraordinario de nulidad de actuaciones contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga. En dicho incidente se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por infracción del principio acusatorio y de prohibición de *reformatio in peius*, al haberse excedido el órgano de apelación de los límites en los que estaba planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenía su origen en un recurso interpuesto por la propia recurrente. Tras consignar jurisprudencia constitucional sobre la materia, la recurrente señalaba: «En definitiva, la reforma peyorativa está constitucionalmente prohibida y el empeoramiento de la situación de la recurrente ha de resultar únicamente de la pretensión impugnatoria de la parte acusadora, tal cual sucede en el presente caso, en el que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en primera instancia, argumentaba como motivos impugnatorios la nulidad de la entrada y registro domiciliario y el error en la valoración de la prueba, siendo dicho recurso únicamente opuesto por el Ministerio Fiscal quien interesa mediante escrito de fecha 21 de enero de 2020 la confirmación de la sentencia recurrida por estimarla, por sus propios fundamentos, ajustada a derecho». En relación con el fondo del asunto, la recurrente consideraba que la extensión de la pena fijada en primera instancia se había fundamentado en la aplicación conjunta del subtipo agravado del art. 369.1.5 CP y el subtipo atenuado del art. 368.2 CP, por lo que la Audiencia Provincial había incurrido en un error en la fijación de la pena finalmente impuesta.

El incidente fue inadmitido mediante providencia de 28 de julio de 2020 en la que se indicaba: «No ha lugar a admitir dicho incidente por cuanto lo que con él se pretende es abrir una vía de impugnación que no existe, dado que, como ya se dijo en auto que denegó tener preparado recurso de casación, los hechos juzgados son anteriores a la entrada en vigor de la posibilidad de usar dicho recurso. Por otra parte, la defensa de la promotora afirma que la juez de instancia apreció el tipo privilegiado del párrafo segundo del art. 368 CP cuando lo que literalmente recoge el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida es que se trata de un “delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5 CP” lo que se repite en el fallo, de manera que no ha habido error de lectura y/o interpretación que permita sustentar el referido incidente».

3. La recurrente en amparo aduce en su demanda que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de no padecer una reforma peyorativa, solicitando, por tanto, la nulidad del pronunciamiento de agravación de la condena mantenido por la sentencia de 24 de julio de 2020.

Estas quejas se fundamentan en el argumento de que la interpretación que la Audiencia Provincial hizo del acuerdo de 27 de noviembre de 2007, del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, era contrario a la prohibición de *reformatio in peius*. Así, tras recordar que la parte acusadora (en ese caso, el Ministerio Fiscal) no había impugnado la sentencia dictada en primera instancia, la demandante de amparo señala que se habría producido una agravación de la condena en base al recurso de apelación de la propia recurrente.

Para la demandante de amparo, la trascendencia constitucional del presente recurso estribaría en que «de no admitirse el amparo solicitado, la resolución del órgano jurisdiccional (Audiencia Provincial) si bien fundada en el Pleno de carácter no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo [...] permitiría una *reformatio in peius* constitucionalmente prohibida cuando, como es el caso, la sentencia de instancia no es impugnada por la parte acusadora, donde el Ministerio Fiscal se limitó a solicitar la confirmación de dicha sentencia. Viene ello a configurar lo que la doctrina ha denominado la dimensión sustantiva de la trascendencia constitucional del asunto definida en el art. 50.1 b) LOTC». En base a ello, la demandante de amparo considera que estaríamos ante un supuesto de negativa manifiesta a acatar la doctrina constitucional [STC 155/2009, FJ 2 f)].

4. La Sección Segunda de este tribunal, por providencia de 14 de diciembre del 2020, acordó la admisión a trámite del presente recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)] y, en consecuencia, dirigir atenta comunicación a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, y al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Melilla, a fin de que remitiesen certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes. En la misma resolución se emplazó a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

Asimismo se acordó la formación de pieza separada de suspensión. Por auto de 15 de febrero de 2021, la Sala Primera de este tribunal acordó conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

5. La secretaría de justicia de la Sala Primera de este tribunal, por diligencia de 24 de febrero de 2021, acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas, y al Ministerio Fiscal, para que pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho convenga, por un plazo de veinte días, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 26 de marzo de 2021, interesó que se otorgara el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con anulación de las resoluciones de 24 de junio de 2020, y de 28 de julio de 2020, y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones, para que el órgano judicial dicte una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental afectado.

El Ministerio Fiscal aduce que la lesión que habría padecido la recurrente comprendería la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la prohibición de *reformatio in peius* y del principio acusatorio. Tras referenciar doctrina de este tribunal (el Ministerio Fiscal se remite a los argumentos acogidos en las SSTC 223/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 198/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, y 47/2020, de 15 de junio, FJ 3), así como los antecedentes fácticos que dan lugar al presente de recurso amparo, el fiscal señala que la Audiencia Provincial carecía de habilitación para agravar la pena impuesta en primera instancia, toda vez que no tenía la cobertura derivada del propio recurso de apelación, ni existía petición de la acusación en dicho sentido. En este punto, mantiene –con cita de la STC 47/2020, de 15 de junio, FJ 3– que, aunque por el Ministerio Fiscal se había interesado la pena de tres años y nueve meses de prisión ante el Juzgado de lo Penal, dicha pretensión había quedado acotada a primera instancia sin haberse proyectado una reiteración de dicha petición en el recurso de apelación. Consecuentemente, «no cabía suplir la falta de nueva pretensión penológica agravatoria del Ministerio Fiscal en apelación, transmutando su conducta procesal de confirmación de la sentencia apelada en una implícita petición de la pena originaria en primera instancia, no solo no reiterada en

segunda instancia sino contraria a la posición acusatoria mantenida en la apelación, siendo necesario una petición expresa y explícita que resultaba inexistente».

Para el Ministerio Fiscal, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo invocado por la Audiencia Provincial no prestaría cobertura a la modificación agravatoria realizada. A esta conclusión llega en base a los siguientes argumentos: (i) para la aplicación del citado acuerdo es necesario una petición de pena. En este caso, la petición de pena se había producido ante el Juzgado de lo Penal y no ante la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. No resulta concebible considerar que la impugnación del recurso de apelación presentado por la condenada suponga una petición implícita de pena; (ii) la decisión de la Audiencia Provincial habría generado una situación de indefensión a la recurrente, toda vez que la concreción de la pena es una pretensión frente a la cual la recurrente ha de defenderse; (iii) la agravación deriva del recurso de apelación de la condenada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica en cuanto ha de respetarse la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria; y (iv) la agravación penológica tiene en este caso una especial relevancia si se tiene en cuenta que, precisamente, por el Juzgado de lo Penal se había dejado en suspenso el cumplimiento de la pena de dos años de prisión impuesta, y que la extensión de la nueva pena (tres años y un día) impedía el acceso a dicho beneficio (art. 80 CP).

7. Por providencia de 17 de junio de 2021 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 21 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

El objeto del presente recurso de amparo exige determinar si la resolución de 24 de junio de 2020 (dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga), y que condenó a la demandante de amparo como autora de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368 CP en relación con el art. 369.1.5 CP, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud pública, a la pena de tres años y un día de prisión, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en la vertiente de interdicción de reforma peyorativa en fase de recurso y de respeto al principio acusatorio, ya que la Audiencia Provincial de Málaga agravó la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal fundamentándose en un error en la aplicación de la ley y sin petición al respecto de las partes acusadoras (el Ministerio Fiscal había interesado la confirmación de la sentencia apelada).

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado por entender que el tribunal *ad quem*, al agravar la pena impuesta en primera instancia sin mediar petición de la parte acusadora, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio acusatorio (art. 24.1 y 2 CE).

2. Doctrina previa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la prohibición de *reformatio in peius* (art. 24.1 CE).

La doctrina de este Tribunal Constitucional ha identificado la *reformatio in peius* con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por el recurrente, cual es anular o suavizar la sanción aplicada en la resolución objeto de impugnación (entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3).

Desde las primeras resoluciones de este tribunal se afirmó que la prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional, aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE. De un lado, se pone el acento en que representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a

través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva en todo caso de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5, y 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 3) y que, en ocasiones, se ha vinculado al principio dispositivo (STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 2) y al principio de rogación (STC 54/1985, FJ 7). De otro lado, se identifica la prohibición de empeoramiento como «una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de este (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3)» (STC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, por todas).

Por lo que atañe al orden penal, ese anclaje constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva se completa, en algunas resoluciones, con el respaldo del principio acusatorio, de modo que la exclusión de la *reformatio in peius* entronca con el destierro de toda actuación inquisitiva por parte del tribunal de segunda instancia. Conforme a esa jurisprudencia, es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales, lo dispuesto en el art. 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, FJ 7; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5).

En la doctrina constitucional se destaca asimismo que, con ello, se agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio, si no media recurso de parte contraria. Así, está absolutamente vedada la agravación de oficio, aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, «lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no solo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una sentencia penal no impugnada de contrario» (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 17/2000, de 31 de enero, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

En tal sentido, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7, y 70/1999, de 26 de abril, FJ 5), «cuya recta aplicación es siempre deber del juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes» (SSTC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5, y 126/2010, FJ 3).

A partir de esa reiterada proclamación, la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando el alcance de la interdicción de *reformatio in peius* de la mano de su vinculación a la prohibición de indefensión, contraria a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE), y el principio acusatorio en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En concreto, en las SSTC 123/2005, de 12 de mayo; 183/2005, de 4 de julio, y 203/2007, de 24 de septiembre, se puso el acento en la distinción entre la interdicción de la reforma peyorativa y el alcance del principio acusatorio en la segunda instancia, que se modula respecto a su proyección en la primera instancia, pero encuentra su límite precisamente en el empeoramiento de la situación del recurrente con origen en su propio recurso. En las mencionadas resoluciones, este tribunal ha defendido que lo relevante no es si existe una *reformatio*, sino si es *in peius*, y ha especificado que «los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que establece el fallo condenatorio de la dictada por el juzgador *a quo*, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido del fallo condenatorio derivado del recurso» (SSTC 183/2005, FJ 3, y 203/2007, FJ 2).

En aplicación de esta doctrina hemos considerado (STC 223/2015, de 2 de noviembre) que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio acusatorio y prohibición de *reformatio in peius*, en un supuesto en el que el órgano *ad quem*, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la defensa, había realizado una modificación de la calificación jurídica sin que la misma hubiera sido solicitada por ninguna de las partes en segunda instancia. En aquel caso ya señalábamos –fundamento jurídico– que «el tribunal *ad quem* está limitado a ejercitar su actividad jurisdiccional sujetándose a las peticiones de los recurrentes, en el caso de un único apelante no cabe modificar la resolución recurrida en su perjuicio. Únicamente podrá confirmarla o reformarla en beneficio del apelante, pero no revocarla para empeorar su situación». Y terminábamos concluyendo que en aquel caso «El recurrente se encuentra tras la apelación con una calificación jurídica más grave, en una especie de retorno a la petición de la acusación en primera instancia, petición que fue entonces rechazada en sentencia y que ahora reaparece como efecto sorpresivo de su propio recurso, pues no hubo pretensión impugnatoria de la otra parte que activara aquella acusación de nuevo. En consecuencia, el recurrente no tuvo oportunidad efectiva de debatir en fase de apelación ese cambio de calificación. En conclusión, la estimación parcial del recurso, que debiera haber conducido a una rebaja de la pena, se asocia por el órgano de apelación a una respuesta penológica cuantitativamente pareja en el mejor de los casos, y que se asienta en una revisión sobre extremos valorados en la instancia, concretamente, la entidad de la violencia e intimidación, que no fueron objeto del recurso y que se consintieron por la parte que no recurrió».

Y más recientemente, en la STC 47/2020, de 15 de junio, también estimamos el amparo, en un supuesto de condena en segunda instancia donde la acusación había solicitado la revocación de la sentencia absolutoria y su sustitución por otra de signo condenatorio, si bien el *petitum* se refería únicamente a la condena a la responsabilidad civil *ex delicto*. La falta de sostenimiento de pretensión punitiva en el suplico del recurso provocó, consecuentemente, que la Audiencia Provincial al estimar el recurso, y condenar por el delito leve de apropiación indebida, vulnerara el principio acusatorio al imponer una pena superior a la solicitada por las acusaciones. En aquel caso acabamos señalando que «no resultan asumibles, desde la óptica del principio acusatorio, las acusaciones implícitas. No existiendo en segunda instancia quien sostuviera una pretensión punitiva, siquiera en su grado mínimo (en similares términos, STC 47/1991, de 28 de febrero, FFJJ 2 y 3), el órgano judicial no estaba habilitado para suplir un vacío que además, en este caso, cabe entender consciente. La simple subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal, no permite extraer una consecuencia sancionadora obtenida no solo en quiebra de las reglas de contradicción y defensa que le deben preceder, sino también de la imparcialidad que ha de presidir la labor del órgano judicial llamado a decidir. Al condenar a quien hoy es recurrente en amparo la Audiencia Provincial vulneró el deber de congruencia entre acusación y fallo, a la par que el deber de imparcialidad que le incumbía» (FJ 4).

3. Doctrina jurisprudencial respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio acusatorio (art. 24.2 CE).

En relación con el principio acusatorio, que aparece también irremediabilmente vinculado a la prohibición de reforma peyorativa, en la STC 123/2005, de 12 de mayo, este tribunal afirmaba que aun cuando tal principio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido, se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (STC 123/2005, FJ 3 y doctrina constitucional allí citada).

Así, se pone en relación directa el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, pues si se produce una extralimitación del juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción. En este sentido, se recordaba que «el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2)» (STC 123/2005, FJ 4).

Por lo tanto, «la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no solo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no solo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden» (STC 123/2005, FJ 4).

Este deber de congruencia alcanza también a la pretensión punitiva que, en definitiva, viene a constituir el condicionamiento jurídico al que está sometido el juez por parte de las acusaciones. En este sentido, este tribunal tiene declarado con carácter general que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, si bien impide la imposición de una pena mayor o más grave que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide, sin embargo, que el juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 21/1993, de 18 de enero, FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 6; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 9; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 4; 71/2005, de 4 de abril, FJ 7; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, entre otras). Así pues, de conformidad con esta doctrina constitucional, la vinculación del juzgador a los hechos

y a su calificación jurídica no impide que puedan imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones, dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, siempre que la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

La doctrina expuesta, sin embargo, fue matizada en la STC 155/2009, de 25 de junio, donde se señaló la necesidad de replantear la cuestión desde la perspectiva constitucional, «en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso» (FJ 6).

Este tribunal también ha reiterado que la ausencia de indefensión debe respetarse en cada instancia. Lo cual, desde la perspectiva del principio acusatorio, implica que el sostenimiento de pretensiones acusatorias resulta igualmente exigible en la fase de apelación de la sentencia (por todas STC 283/1993, de 27 de septiembre, FFJJ 4 y 5 y jurisprudencia allí citada). De este modo, no basta con que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia, para entender cumplidas sus exigencias en la segunda instancia, si no se reformula en ella la pretensión: la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia debe existir en todas las instancias judiciales (STC 100/1992, de 25 de junio, FJ 2, entre otras). Conforme a ello, la inexistencia de acusación en la apelación o su defectuoso planteamiento en dicho grado no pueden entenderse suplidos, en modo alguno, por la primera acusación, ya que «en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia» (STC 240/1988, de 19 de diciembre, FJ 3, por remisión a la STC 84/1985, de 8 de julio).

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este tribunal no se refiere con ello a supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior, bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el tribunal *ad quem* agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así lo considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992).

4. Aplicación de la jurisprudencia sobre tutela judicial efectiva, prohibición de *reformatio in peius*, y principio acusatorio (art. 24 CE), al supuesto de hecho del actual recurso de amparo.

Examinados los antecedentes fácticos del presente recurso de amparo, se constata que:

a) El juzgado de lo penal dictó sentencia condenando a la recurrente a la pena de dos años de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública del art. 368 CP en relación con el art. 369.1.5 CP. Al individualizar la pena finalmente impuesta, la sentencia incurre en una argumentación ambigua porque, pese no calificar explícitamente los hechos como subsumibles en el tipo atenuado del art. 368.2 CP, la

pena se encuentra dentro del marco penal abstracto de este último señalándose, además, que se valoran las «circunstancias personales y sociales» de la señora Kaouay a la hora de fijar la pena en su ámbito mínimo.

b) La representación procesal de la demandante de amparo interpuso contra esta sentencia recurso de apelación basado en los siguientes motivos: (i) infracción del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia del material probatorio para dictar sentencia condenatoria; (ii) nulidad de la entrada y registro domiciliario; y (iii) vulneración del derecho a una resolución motivada. En base a ello se interesaba el dictado de una sentencia absolutoria.

c) Evacuado traslado del citado recurso, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia por sus propios términos. Así se deduce, de hecho, del suplico del citado escrito donde textualmente se señala «el fiscal interesa que se tenga por presentado este escrito, por hechas las manifestaciones contenidas en el mismo, y por impugnado el recurso de apelación interpuesto y, desestimando el mismo, se confirme la sentencia recurrida de fecha 26 de noviembre de 2019». Por lo tanto, el Ministerio Fiscal (única acusación personada en la causa), no promovió ningún incidente impugnatorio de extremos contenidos en la sentencia de instancia, aquietándose a la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal, sin advertir –o advirtiéndolo pero adhiriéndose a los argumentos dados por el juzgador– que la pena finalmente impuesta se correspondía con la aplicación del tipo atenuado del art. 368.2 CP.

d) Finalmente, la Audiencia Provincial, en su sentencia 24 de junio de 2020, revocó parcialmente la resolución de instancia imponiendo una pena de prisión de tres años y un día. La nueva extensión de la pena se fundamentaba, señala la citada sentencia, en un aparente error cometido por el Juzgado de lo Penal ya que la determinación penológica de los tipos contemplados en los arts. 368.1 y 369.1.5 CP obligaba a la imposición de una pena mínima de tres años y un día de prisión.

Sin necesidad de entrar en el debate relativo a cuál fue el tipo penal finalmente aplicado, o si nos encontramos ante un error en el proceso de individualización de la pena, hay que recordar que, en el marco de la apelación y según la jurisprudencia constitucional que acaba de ser ampliamente expuesta, el tribunal *ad quem* está limitado a ejercitar su actividad jurisdiccional sujetándose a las peticiones de los recurrentes. Por lo tanto, en el caso de un único apelante no cabe modificar la resolución recurrida en perjuicio de este. En estos casos, el órgano jurisdiccional de alzada únicamente puede confirmar, o reformar en beneficio del apelante, la sentencia objeto de recurso, no pudiendo, por el contrario, revocarla para empeorar su situación.

Por ello, a pesar de que el órgano de apelación argumente que existió un error en la determinación de la pena y se ampare en el texto literal del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de diciembre de 2007, lo cierto es que con la resolución dictada en alzada se produjo una *reformatio* y esta fue *in peius* toda vez que, sin mediar pretensión impugnatoria al respecto, se elevó la pena finalmente impuesta de dos años a tres años y un día.

Como ha venido exponiéndose, el principio acusatorio requiere, en su contenido constitucional, que la pretensión punitiva se exteriorice en cada una de las instancias, siendo inadmisibles las acusaciones implícitas. Por otro lado, la seguridad jurídica de la condenada sobre la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio, si no media recurso de parte contraria, veda la agravación de oficio, aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

Por lo tanto, habida cuenta de que en este caso la acusación no sostuvo ninguna petición agravatoria que autorizara la imposición de una pena superior, la agravación penológica acordada por la Audiencia Provincial carecía de cobertura acusatoria. No resultan asumibles, desde la óptica del principio acusatorio y de la prohibición de

*reformatio in peius*, las acusaciones implícitas. No existiendo en segunda instancia quien sostuviera la imposición de una pena superior, el tribunal *ad quem* se encontraba limitado por las peticiones de los recurrentes, por lo que, siendo única apelante la propia condenada, no podía modificar la resolución recurrida en su perjuicio. En definitiva, su ámbito de actuación quedaba constreñida por las peticiones de la parte recurrente, quedando limitado el órgano de segunda instancia a confirmar la sentencia impugnada, o a modificarla en beneficio de la apelante.

Como insiste la doctrina de este tribunal anteriormente citada «ni siquiera la evidencia de una errónea calificación autoriza a los órganos judiciales ante los que se recurre a optar por la calificación correcta si esta conduce a un empeoramiento de la situación de quien impugna en solitario, salvo que concurren razones de orden público procesal que no se hallan presentes aquí» (STC 223/2015, de 11 de diciembre, FJ 4).

Debemos considerar, por tanto, infringidos los derechos invocados por la recurrente en amparo por la sentencia núm. 27/2020, de 24 de junio de 2020, de la Audiencia Provincial de Málaga. La imposición de una pena superior a la inicialmente acordada por la sentencia dictada en primera instancia, unida a inexistencia de petición al respecto, supone una agravación de la condena no solicitada por los acusadores que lesiona la interdicción de reforma peyorativa, así como el principio acusatorio, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

#### 5. Efectos de la estimación del recurso de amparo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, la estimación del recurso de amparo ha de comportar la nulidad de la sentencia recaída en apelación. Debe implicar también la de la providencia de 28 de julio de 2020, que denegó *a limine* la promoción por la demandante de un incidente de nulidad frente a la condena. En consecuencia, deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de junio de 2020 para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Rachida Kaouay y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Séptima) de 24 de junio de 2020, así como de la providencia de 28 de julio de 2020 que inadmitió el incidente de nulidad promovido contra dicha sentencia.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de junio de dos mil veintiuno.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.