

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**13470** *Sala Segunda. Sentencia 223/2015, de 2 de noviembre de 2015. Recurso de amparo 1167-2013. Promovido por don Adolfo Córdoba Vargas respecto de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares que le condenó por un delito de robo con violencia o intimidación y una falta de lesiones. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (reforma peyorativa): Sentencia que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto exclusivamente por el acusado, agrava la pena impuesta.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 1167-2013, promovido por don Adolfo Córdoba Vargas, representado por el Procurador de los Tribunales don José Fernando Lozano Moreno y asistido por el Abogado don José Javier García Oliver, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Segunda) de 22 de enero de 2013, que no admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia de 13 de noviembre de 2012, dictada en el rollo de apelación núm. 373-2011, que revocó parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Palma de Mallorca de 14 de julio de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 23-2011, condenando al recurrente como autor de un delito de robo con violencia o intimidación y una falta de lesiones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de junio de 2013, el Procurador de los Tribunales don José Fernando Lozano Moreno, en nombre y representación de don Adolfo Córdoba Vargas, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente fue condenado por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Palma de Mallorca de 14 de julio de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 23-2011, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación [arts. 237 y 242.1 del Código penal (CP)], de un delito de robo con fuerza (arts. 237, 238.5 y 239 CP) y de una falta de maltrato de obra (art. 617 CP), con la concurrencia respecto a los delitos de robo de la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 CP y la circunstancia atenuante de drogadicción del art. 21.2 CP en relación con el art. 20.2 CP, a las penas de un año y dos meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por cada uno de los delitos de robo, y a la pena de dos días de localización permanente por la falta.

Los hechos probados refieren que el acusado, sobre las 20:30 horas del día 26 de septiembre de 2009 y con ánimo de enriquecimiento ilícito, abordó por la espalda a la víctima en la calle «y, cogiéndole su cartilla, le dijo ‘necesito 20,00 euros para quitarme el mono’, accediendo ella a lo anterior por temor, acudiendo a diversos cajeros ... no logrando sacar dinero, motivo por el cual el acusado finalmente se abalanzó [sobre la víctima], arrebatándole así la cartilla, extrayendo posteriormente la suma de 500,00 euros, dado que había antes descubierto el número PIN de la referida cartilla».

En el fundamento primero se califican jurídicamente los hechos como un delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.3 CP, de una falta de maltrato de obra del art. 617.2 CP y de un delito de robo con fuerza de los arts. 238.5 y 239 CP. La Juzgadora razona que los hechos son constitutivos del delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.3 CP (en su redacción previa a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010), «atendida la intimidación ejercida primero y la violencia, con empujón, empleada después, de modo que el estado de temor y de limitación de la libertad para la perjudicada presidió toda la escena, y fue ese y no otro el motivo de que primero accediese a la introducción de la libreta, arrebatándose finalmente el acusado haciendo uso de violencia, dejándola tirada en plena vía pública», «sin perjuicio de que, atendida la falta de parte objetivo de lesiones que acredite su entidad, considere que los hechos debe[n] quedar incardinados en el artículo 242, apartado 3 CP». En el fundamento jurídico 3, tras constatar que concurre respecto a los delitos de robo una circunstancia agravante (reincidencia) y una circunstancia atenuante (drogadicción), se motiva la individualización de la pena como sigue: «en atención a lo dispuesto en los artículos 242.3 y 66.1.6 CP, considerando que no son irrelevantes las circunstancias personales del delincuente y que no son de especial gravedad las del hecho, considero que procede imponer, por el primer delito, la pena de un año y dos meses de prisión, por la falta, la de localización permanente de dos días y, por el segundo delito, la de un año y dos meses de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo».

b) La defensa del recurrente interpuso recurso de apelación planteando (i) la nulidad de actuaciones; (ii) en su defecto, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; (iii) y, con carácter subsidiario a los dos motivos anteriores, la aplicación indebida del delito de robo con fuerza, al estimar que debía quedar absorbido por el delito de robo con violencia o intimidación por el que ha sido condenado por cuanto «no pueden diferenciarse las dos acciones de la sustracción de la cartilla y la extracción del dinero como si de dos hechos diferentes y relevantes penalmente se trataran». En el suplico se consigna de forma subsidiaria que se acuerde «estimar el motivo tercero del recurso de apelación, anulando la condena del Sr. Córdoba por el delito de robo con fuerza, manteniendo la condena por el delito de robo con violencia o intimidación y la falta de maltrato de obras, en los términos referidos en la Sentencia de instancia».

El Ministerio Fiscal, por escrito de 24 de octubre de 2011, impugna el recurso de apelación «y dice que procede la confirmación de la Sentencia recurrida por sus propios fundamentos y recoger la petición de este Ministerio, si bien modifica la extensión de la pena, introduciendo una circunstancia atenuante, extremo al que no tenemos nada que objetar».

El recurso de apelación fue tramitado con el núm. de rollo 373-2011 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares y se estimó parcialmente por Sentencia de 13 de noviembre de 2012, que condenó al ahora demandante de amparo como autor un delito de robo con violencia o intimidación, con la concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante de drogadicción, a la pena de dos años y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, dejando inalterados el resto de pronunciamientos.

Tras rechazar los motivos de nulidad del procedimiento y de lesión del derecho a la presunción de inocencia, la Sentencia aquí impugnada dice en el fundamento jurídico segundo: «Distinta suerte debe correr sin embargo el motivo relativo a la incorrecta

calificación jurídica de los hechos por cuanto esta Sala considera que en el proceder del sujeto activo se aprecia una progresión delictiva que nos debe llevar a entender producido lo que, en términos jurídicos, sería una única acción, por la proximidad temporal y espacial en la que fueron perpetrados, primero, el robo con violencia de la cartilla bancaria y después, las dos sustracciones de dinero previa introducción del número PIN en distintos cajeros automáticos, tanto esa misma noche y como al día siguiente, teniendo la acción un mismo sujeto pasivo y finalidad criminal consistente en el apoderamiento del dinero de la denunciante, no obstante lo cual debe permanecer inalterada la pena global de PRISIÓN recaída en la sentencia de DOS AÑOS Y CUATRO MESES, en la medida en que los referidos hechos se encuentran castigados en el artículo 242 del Código Penal con la pena de prisión de dos a cinco años, habiendo quedado aquélla concretada en términos de razonabilidad, tal y como exige el artículo 66.7 del Código Penal cuando, como sucede en el caso de Autos, concurren agravantes y atenuantes... sin que la pena pueda ser rebajada en un grado como pretende la defensa por aplicación del subtipo atenuado del artículo 242.3 toda vez que la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima, que fue llevada a varios cajeros para intentar sacar dinero obligada por una persona que sufría un síndrome de abstinencia, no puede recibir la consideración de menor entidad».

c) El recurrente interpuso incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Audiencia Provincial por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de no padecer una reforma peyorativa.

El incidente de nulidad fue inadmitido por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares por providencia de 16 de enero de 2013 y luego por Auto de 22 de enero de 2013, con idéntica motivación en ambas resoluciones: «toda vez que los motivos aducidos al efecto no son causa de nulidad de actuaciones sino en cualquier caso de recurso de amparo para cuyo acceso no es preceptivo agotar el previo incidente de nulidad, además de no ajustarse los argumentos de la defensa a los términos de lo dictaminado en sentencia, en la que el tipo de robo con violencia o intimidación por el que resultó condenado el encausado, fue el básico del 242.1 y no el de menor entidad del párrafo tercero del precepto penal de referencia, de modo que la pena impuesta en sentencia ha sido determinada conforme a Derecho».

3. El recurrente aduce en su demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de no padecer una reforma peyorativa, para lo que invoca la doctrina de este Tribunal con cita de las SSTC 84/1985, de 8 de julio, y 126/2010, de 29 de noviembre.

El recurso, tras esas referencias, describe la actuación de la Audiencia Provincial, que estimó el motivo del recurso en el sentido de entender que los hechos son constitutivos de un solo delito de robo con violencia o intimidación, pero aplicó el tipo básico previsto en el art. 242.1 CP y no la modalidad atenuada del art. 242.3 CP que había aplicado la Juzgadora e impuso una pena por tal delito de dos años y cuatro meses de prisión cuando la pena en instancia, conforme al art. 242.3 CP, se fijó en un año y dos meses de prisión. Concluye que «el Juzgado consideró aplicable el subtipo atenuado que en segunda instancia se niega, lo que supone una agravación de la situación del recurrente producida por su propio recurso, ya que el Ministerio Fiscal no impugnó la Sentencia».

El demandante recuerda que la aplicación del tipo atenuado fue decisión de la Sentencia de instancia, pues, aunque no se refleje así en el fallo, a él se apela en el fundamento tercero al individualizar la pena, que sólo desde su aplicación se entiende, pues, una vez compensadas las circunstancias modificativas de reincidencia y drogadicción, la pena mínima prevista en el tipo básico del art. 242.1 CP sería de dos años, mientras que la Juzgadora impuso la pena de un año y dos meses de prisión que corresponde al marco penal del tipo atenuado del art. 242.3 CP —uno a dos años de prisión como pena inferior en grado a la del tipo básico—. Puntualiza el demandante, con cita de la STC 203/2007, que no se sostiene el argumento de que no hay un empeoramiento en tanto que la pena global se mantiene, pues se ha revisado de oficio la aplicación de la atenuación penal cuando el único recurrente —él mismo— solicitaba su mantenimiento.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 10 de junio de 2014, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente de los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del 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 21 de julio de 2014 la Sala Segunda de este Tribunal acordó denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por diligencia de 1 de septiembre de 2014, acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El recurrente, en escrito registrado el 24 de septiembre de 2014, presentó alegaciones ratificando las expuestas en el escrito de interposición de la demanda.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 29 de septiembre de 2014, interesó que se otorgara el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio acusatorio (arts. 24.1 y 2 CE), con anulación de las resoluciones impugnadas y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial a fin de que se dicte nueva sentencia respetuosa con los derechos fundamentales del demandante vulnerados.

Tras una amplia exposición de los antecedentes, del contenido de la demanda de amparo y de las argumentaciones de las distintas resoluciones judiciales, el Ministerio Fiscal expone la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la prohibición de reforma peyorativa en materia de recursos con relación a los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (principio acusatorio), con cita de la STC 126/2010, FJ 3, invocada en el recurso, y de la STC 133/2014, FJ 7. A la luz de tales elementos defiende que procede el otorgamiento del amparo, al ser ciertos tanto los hechos como las argumentaciones jurídicas en que se sustenta la demanda. En particular, considera el Ministerio Fiscal que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares se atuvo para doblar la extensión de la pena impuesta en la instancia por el delito de robo con violencia o intimidación a que en el fallo de la Sentencia de instancia se omitió toda referencia al tipo atenuado del art. 242.3 CP; pero –contrapone– con ello obvió tanto que la Magistrada de lo Penal en el fundamento jurídico 3 afirmó de modo rotundo y motivado que el tipo aplicable era el tipo atenuado del art. 242.3 CP, como que sólo esa aplicación explica las penas impuestas.

Desde tal premisa, fija como situación de partida que el Tribunal de apelación condenó al demandante como autor del tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación cuando en la sentencia de instancia se le había considerado autor de un delito de robo con violencia o intimidación atenuado, sin que la acusación pública hubiera cuestionado tal calificación jurídica ni discrepado de las circunstancias fácticas y personales del condenado tenidas en cuenta por la Juzgadora para realizar esa calificación. Ello, termina afirmando el Ministerio Fiscal, supone que «el ahora demandante vio modificada la calificación jurídica de los hechos por los que había sido condenado, lo que le supuso que la pena privativa de libertad impuesta fuese el doble de la que se le había impuesto por el Juzgado de lo Penal, sin que hubiera petición de parte acusadora, y ello con ocasión de examinar su propio recurso de apelación, lo que está vedado por los derechos fundamentales esgrimidos en la demanda».

8. Por providencia de 29 de octubre de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de noviembre del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en el recurso de amparo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Segunda) de 13 de noviembre de 2012 (rollo de apelación núm. 373-2011), que revocó parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Palma de Mallorca de 14 de julio de 2011 y condenó al demandante como autor de un delito de robo con violencia o intimidación y una falta de lesiones sin alterar la pena global impuesta por el Juzgado de lo Penal, donde también se había condenado por el delito de robo con fuerza. La impugnación se extiende al Auto de 22 de enero de 2013 dictado por la misma Sección, por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia recurrida.

El actor, con invocación de jurisprudencia constitucional, considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de interdicción de reforma peyorativa en fase de recursos (art. 24.1 CE), ya que la Audiencia anuló la condena impuesta por el delito de robo con fuerza y mantuvo la condena por el delito de robo con violencia o intimidación, pero dobló la extensión de la pena impuesta por tal ilícito –un año y dos meses– hasta alcanzar la pena global impuesta en la instancia por ambos delitos –dos años y cuatro meses–, al aplicar el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación previsto en el art. 242.1 del Código penal (CP) y no el tipo atenuado previsto en el art. 242.3 CP (en su redacción previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010) que había sido el aplicado en primera instancia. El 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 imponer una pena por el delito de robo con violencia o intimidación que doblaba la extensión de la recaída en primera instancia sin mediar petición del Ministerio Fiscal, que se había aquietado con la Sentencia de instancia, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio acusatorio (arts. 24.1 y 2 CE).

2. 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 éste (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).

Con ello, se destaca también en nuestra doctrina, 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, estando 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; y 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 sólo 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; y 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 anclaje en 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» (STC 183/2005, FJ 3; 203/2007, FJ 2).

El presente recurso de amparo ha sido precisamente admitido por su especial trascendencia constitucional en tanto que da ocasión a este Tribunal para aclarar nuestra doctrina conforme a lo previsto en la STC 155/2009, FJ 2 b), ya que se trata de un supuesto no coincidente en su totalidad con los que anteriormente han sido objeto de tratamiento en este Tribunal. El hecho de que concurran una pluralidad de delitos que dan lugar a varias

penas, estimándose la apelación en términos de declarar cometido uno solo de ellos, pero manteniendo la extensión total de la pena impuesta en primera instancia, presenta rasgos de suficiente importancia como para merecer un pronunciamiento específico en cuanto a la aplicación de doctrina que ha quedado expuesta.

3. Con carácter previo al análisis de fondo del caso a la luz de la jurisprudencia expuesta, conviene aclarar algunos aspectos confusos sobre las calificaciones manejadas en el procedimiento que nos ocupa y, con ello, los términos del debate y del devenir de calificaciones. Al respecto resulta oportuno recordar que el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación se prevé en el art. 242.1 CP, conforme al cual, «el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años»; y que el art. 242.3 CP, en su redacción previa a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, contenía el tipo atenuado, según el cual, «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo»; es decir, la pena a imponer sería la de prisión de uno a dos años.

Desde tal recordatorio hay que señalar, en primer lugar, que si bien en el fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal se condena por un delito de robo con violencia o intimidación previsto y penado en el art. 242.1 CP, esa mención al apartado primero del art. 242 CP debe entenderse como un error material por dos razones. De un lado, porque en la justificación de la calificación jurídica por parte de la Juzgadora en el fundamento jurídico primero de la Sentencia recurrida se afirma expresamente que los hechos se incardinan en el art. 242.3 CP, dada la falta de acreditación de la entidad de las lesiones. De otro lado, porque en la motivación de la concreta pena impuesta efectuada en el fundamento jurídico tercero se cita el art. 242.3 CP para llegar a una pena que, como destacan tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, solo es compatible con el marco penal de ese tipo atenuado, habida cuenta de que se compensan las circunstancias modificativas concurrentes y no se mantiene una atenuación cualificada por la drogadicción que hubiera conducido a una pena inferior. Los anteriores datos evidencian que el razonamiento de la Sentencia discurre de forma acorde a la prevista en el tipo atenuado en cuanto a su marco punitivo y con explícita cita al art. 242.3 CP, sin que en ningún momento se refiera al tipo más grave del art. 242.1 CP. Lo cual el demandante puso de manifiesto a la Sala cuando planteó el incidente de nulidad de actuaciones.

Al hilo de esta primera puntualización resulta preciso aclarar a su vez que el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal frente al recurso de apelación, al tiempo que solicita la confirmación de la Sentencia de condena por sus propios fundamentos, da a entender que esa Sentencia ha acogido su pretensión de que se condenara por el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.1 CP, pero añadiendo una circunstancia atenuante para rebajar la pena solicitada. Con ello, sin embargo, se aquieta sin advertir que esa rebaja obedece a que la calificación jurídica se corresponde con el tipo atenuado de robo con violencia o intimidación y no con la estimación de la atenuante de drogadicción en su forma muy cualificada, como se evidencia por la duración de la pena impuesta para el delito de robo con fuerza en las cosas respecto al cual concurría idéntica circunstancia atenuante, en su modalidad genérica.

Sentado lo anterior, cabe fijar que, en el presente caso y en lo que aquí interesa, la Sentencia de instancia condenó al demandante a sendas penas de un año y dos meses de prisión como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas y de un delito de robo con violencia o intimidación en su modalidad atenuada prevista en el art. 242.3 CP. La Sentencia de apelación estimó parcialmente el recurso del condenado que denunciaba la aplicación indebida del delito de robo con fuerza, ya que los actos de apropiación formaban lo que se denomina una «unidad jurídica de acción», dado el contexto espacio-temporal y la identidad de sujeto pasivo y finalidad criminal, lo cual impide fragmentar la concreta conducta en dos delitos distintos. Es decir, solo cabía calificar los hechos como un único delito de robo con violencia o intimidación. No obstante, la Sala impuso la pena de dos años y cuatro meses de prisión, porque calificó los hechos como un delito de robo con

violencia o intimidación en su modalidad básica del art. 242.1 CP, pese a que no hubo petición de modificación de la calificación por parte del Ministerio Fiscal. Ese cambio de calificación —al estimar concurrente el supuesto del art. 242.1 CP en lugar del supuesto del art. 242.3 CP— se justificó por el Tribunal *ad quem* en su entendimiento de que la intimidación ejercida no podía entenderse como de menor entidad y, por tanto, no procedía su tipificación conforme al subtipo atenuado del art. 242.3 CP.

4. Una vez sentadas las anteriores premisas, coincidentes con lo expuesto en la demanda y en las alegaciones del Ministerio Fiscal, el acontecer procesal al que se atribuye la lesión de la prohibición de reforma peyorativa viene dado por la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el condenado, que por un lado admite que es erróneo calificar los hechos como un concurso de dos delitos de robo (con violencia y con fuerza en las cosas) y acoge la solución de la unidad de acción, pero que por otro lado subsume la conducta en el marco del delito de robo más grave previsto en el art. 242.1 CP. Modificación de la subsunción típica que corrige, sin que se le haya instado a ello, la valoración que hizo el órgano jurisdiccional de instancia al estimar entonces que aquella intimidación utilizada para el robo fue de «menor entidad».

Sin necesidad de entrar en el debate comparativo de gravedades entre dos magnitudes penológicas diversas (dos penas de un año y dos meses frente a una pena de dos años y cuatro meses), resulta indudable que en el marco del recurso de apelación único del condenado se ha reintroducido una calificación jurídica más grave, con un marco penal de dos a cinco años de prisión en vez del marco del tipo atenuado de uno a dos años, calificación que no fue recurrida por el Ministerio Fiscal en la segunda instancia. Una calificación que conduce a imponer una pena que excede del máximo punitivo de dos años previsto en el art. 242.3 CP preterido.

Dado que en el marco de la apelación 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. En el presente caso, la Sala afirma, al final del fundamento jurídico segundo, que «la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima, que fue llevada a varios cajeros para intentar sacar dinero obligada por una persona que sufría síndrome de abstinencia, no puede recibir la consideración de menor entidad». A pesar de que se apele a la cuantía de la pena única impuesta en apelación respecto a las dos penas fijadas en la instancia como prueba de la ausencia de reforma peyorativa para el recurrente único, lo cierto es que hay una *reformatio* y es *in peius*. El Tribunal *ad quem* modifica la pena condenando a dos años y cuatro meses por un delito de robo con violencia o intimidación, a partir de la previa tipificación de los hechos en base a una nueva valoración de la entidad de la intimidación ejercida y la consiguiente subsunción de los hechos en un tipo penal más grave que contempla como pena la prisión de dos a cinco años. Tal modificación excede de la competencia del Tribunal *ad quem*. Como insiste la doctrina de este Tribunal más arriba 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.

Dados los términos en que se planteó el recurso, su estimación total o parcial debiera haber conducido a un reflejo respecto a la pena impuesta en la primera instancia. Sin embargo, la disminución de pena no se produce en este caso pese a que debiera haber sido la consecuencia lógica de la estimación del tercer motivo del recurso de apelación interpuesto por el condenado. 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.

5. En definitiva, en virtud del recurso de apelación único del condenado, en que solicitaba que se le absolviera del delito de robo con fuerza en las cosas y se mantuviera sólo la condena por un único delito de robo con violencia o intimidación atenuado (art. 242.3 CP), el apelante resultó condenado por el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación (art. 242.1 CP) con una pena que doblaba la inicialmente impuesta. Ello supone una agravación de la calificación jurídica en segunda instancia no solicitada por los acusadores que lesiona la interdicción de reforma peyorativa como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

## 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 don Adolfo Córdoba Vargas y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Segunda) de 13 de noviembre de 2012, dictada en el rollo de apelación núm. 373-2011, así como del Auto de 22 de enero de 2013 que resolvió del 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 dos de noviembre de dos mil quince.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.