

Roj: **STS 2731/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2731**Id Cendoj: **28079120012016100506**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/06/2016**Nº de Recurso: **10006/2016**Nº de Resolución: **483/2016**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 11650/2015,**
STS 2731/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Ramona**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XXII, por delito de asesinato en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Martín López; siendo parte recurrida **Porfirio**, representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, instruyó Sumario nº 1/2015, por delito de asesinato en grado de tentativa, contra **Ramona**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XXII, que con fecha 17 de Noviembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Primero .- En el mes de enero de 2013 don Porfirio , residente en la DIRECCION000 nº NUM000 , escalera NUM001 , NUM002 NUM000 , de L'Hospitalet de Llobregat, conoció por internet, a través de una red social, a la acusada doña Ramona , de nacionalidad colombiana y residente en Colombia. Durante el año 2013 don Porfirio viajó por dos veces a Colombia para visitar a la acusada.- Segundo .- En abril de 2014, por acuerdo de ambas partes, la acusada viajó a España y se instaló en el domicilio del Sr. Porfirio , manteniendo ambos una relación de pareja con convivencia; pidieron y obtuvieron fecha para contraer matrimonio civil el día 23-1-2015. Pero en el mes de julio de 2014 don Porfirio decidió poner fin a la relación, y le pidió a la acusada que abandonara su vivienda durante los días en que el Sr. Porfirio estaría de viaje en Estados Unidos. El día 5-8-2014 los padres del Sr. Porfirio acudieron a la vivienda para cerciorarse de que la acusada la abandonaba y no se llevaba nada que no le perteneciera, y para hacerle entrega de 400 euros que correspondían a un trabajo realizado por la acusada pero que había sido abonado en la cuenta corriente de don Porfirio ; tras ello la acusada abandonó la vivienda.- Tercero .- El día 26-8-2014 el Sr. Porfirio se personó en el Registro Civil de Barcelona y canceló la cita para la celebración del matrimonio proyectado. Ese mismo día don Porfirio accedió a que la acusada



acudiese a su domicilio por la noche, con el fin pernoctar en él después de comprar por internet un billete de avión con el que la acusada regresaría a Colombia al día siguiente.- Cuarto .- En la noche de ese mismo día 26-8-2014 la acusada, que llevaba sus maletas, se encontró con don Porfirio en el portal del edificio en el que este residía. Subieron a la vivienda, y efectuaron las gestiones de compra del billete de avión a Colombia, tras lo cual la acusada le propuso al Sr. Porfirio que mantuvieran relaciones sexuales, a lo que él se negó.- Quinto .- Sobre las 1:30 horas del día 27-8-2015, cuando don Porfirio estaba durmiendo en su cama, desnudo, la acusada se aproximó a él provista de un cuchillo que había cogido en la cocina de la vivienda, y se lo clavó al Sr. Porfirio en la espalda, con ánimo de acabar con su vida. Al despertarse y darse media vuelta don Porfirio, la acusada le propinó una nueva cuchillada, esta vez en el abdomen, e intentó clavarle por tercera vez el cuchillo pero el Sr. Porfirio pudo desviarlo y le impactó en la cabeza. Don Porfirio se levantó, y la acusada le propinó una nueva cuchillada, esta vez en el muslo.- Sexto .- A continuación se produjo un forcejeo entre don Porfirio y la acusada, consiguiendo el Sr. Porfirio arrebatarse el cuchillo y tirarlo hacia el salón-comedor de la vivienda, tras lo cual abrió la puerta e intentó abandonar la vivienda, pero al no ver a nadie y sentirse sin fuerzas regresó a la misma, donde la acusada había cogido otro cuchillo de la cocina. Se produjo un nuevo forcejeo que se extendió al salón, donde don Porfirio consiguió quitarle a la acusada el cuchillo e inmovilizarla estirada en el suelo, colocándose el Sr. Porfirio sobre ella y sujetándole los brazos, hasta que llegaron los agentes de los Mossos d'Esquadra, alertados por un vecino que había oído los gritos de la acusada solicitando la presencia de la policía.- Séptimo. - Como consecuencia de los hechos don Porfirio sufrió múltiples incisiones, inferiores a 2 centímetros, en el hombro izquierdo, epigastrio, muslo izquierdo, palma de la mano derecha, hemitórax izquierdo anterior y hemitórax derecho anterior y posterior, heridas que precisaron tratamiento quirúrgico y suponían un riesgo vital, ya que podrían haberle causado la muerte si no hubiera recibido tratamiento quirúrgico urgente. La herida en el epigastrio llegó a atravesar completamente el hígado y causar una lesión en el páncreas. Estuvo hospitalizado nueve días, desde el día 27-8-2014 hasta el día 4-9-2014. El tiempo de curación o estabilización de las lesiones fue de 106 días, de los cuales 97 fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales. Le ha quedado como secuela un trastorno por estrés postraumático; y además las siguientes, que suponen un perjuicio estético mediano: una cicatriz de 12x4 mm en el tercio medio antero-extremo del muslo izquierdo. Cicatriz de 1 cmx1 mm en la zona parietal derecha. Cicatriz de 0'5 cm en la zona alterolateral izquierda del mentón. Cicatriz de 12x4 mm en la zona subdiafragmática región supero- anterior del hemiabdomen derecho, a 3 cm de línea alba. Cicatriz quirúrgica de unos 20 cm supra e infraumbilical por laparotomía media. Dos manchas hiperpigmentadas en el tercio distal posterior de la región radial del antebrazo izquierdo de 0'5 x 1'5 cm Dos cicatrices quirúrgicas de 2 y 1 cm en la zona del costado lateral derecho. Dos cicatrices de 1 x 1 cm en la zona anteroinferior del hemiabdomen derecho. Cicatriz de 1 x 0'5 cm en la zona posterior axilar izquierda. Cicatriz de 0'5 x 0'5 cm en la zona posteroexterna del hombro izquierdo. Cicatriz de 14 x 4 mm en la zona del tercio posterosuperior del hemitórax derecho, en la línea inferior de la escápula derecha. Y cicatriz de 0'5 cm en la zona interdigital de los dedos primero y segundo de la mano derecha.- La acusada sufrió diversas equimosis, hematomas y heridas superficiales en distintas partes de su cuerpo, incluyendo un corte discontinuo en la palma de la mano derecha". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a doña Ramona, como autora de un delito de asesinato, en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a las siguientes penas: 1) once años y tres meses de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena.- 2) prohibición de aproximarse a don Porfirio, a su domicilio, su lugar de trabajo, y otros lugares que frecuente, a menos de 1.000 metros de distancia, así como prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, todo ello durante un periodo de dieciséis años y tres meses.- La pena de prisión se sustituirá por la de expulsión de la acusada del territorio español, una vez que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena de prisión, acceda al tercer grado penitenciario o se le conceda la libertad condicional.- La acusada deberá indemnizar a don Porfirio con la cantidad de 41.560 euros, más los intereses legales previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y pagar las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Ramona**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ .

SEGUNDO: Al amparo del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ .

TERCERO: Al amparo del art. 849-1º LECriminal .



CUARTO: Al amparo del art. 849-1º LECriminal .

QUINTO: Al amparo del art. 849-1º LECriminal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 17 de Mayo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 17 de Noviembre de 2015, --nº 798/2015--, de la Sección XXII de la Audiencia Provincial de Barcelona , condenó a Ramona como autora de un delito de asesinato en grado de tentativa a las penas de once años y tres meses de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que tras haber conocido vía internet Porfirio a la condenada Ramona , y haber viajado el primero dos veces a Colombia donde ésta vivía, de acuerdo ambas partes, en Abril de 2014 se instaló Ramona en el piso de Porfirio en Barcelona, haciendo vida de pareja, pero en el mes de julio de dicho año decidió poner fin a dicha relación, abandonando ella la vivienda.

El día 26 de Agosto, Ramona con la maleta se encontró con Porfirio en el portal del domicilio de éste, subiendo ambos al piso para efectuar las gestiones de sacar el billete de avión a Colombia, tras lo cual ella le propuso tener relaciones sexuales, a lo que éste se negó. De madrugada, sobre la 1'30 horas del día 27, encontrándose durmiendo en su cama Porfirio , Ramona cogió un cuchillo de la cocina y con ánimo de acabar con su vida se lo clavó en la espalda. Al despertarse Alejandro y darse la media vuelta, Ramona le propinó una nueva cuchillada en el abdomen e intentó darle otra lo que éste impidió, impactándole en la cabeza y todavía le propinó otra cuchillada en el muslo.

A continuación se produjo un forcejeo entre ambos en el curso del cual le logró arrebatar el cuchillo saliendo seguidamente del piso para solicitar auxilio, pero al no ver a nadie volvió al piso donde se produjo otro forcejeo con Ramona que había cogido otro cuchillo, consiguiendo Porfirio quitarle el cuchillo e inmovilizarla colocándose encima de ella en el suelo y sujetándole los brazos hasta que llegaron los Mossos alertados por un vecino ante los gritos de Ramona .

A consecuencia de las cuchilladas, Porfirio resultó con las lesiones descritas en el *factum* que le produjeron un riesgo vital capaz de producirle la muerte de no haber recibido tratamiento quirúrgico urgente, tardando en curar 106 días de los que 97 fueron impeditivos, habiendo estado hospitalizado nueve días.

La condenada Ramona formalizó recurso de casación contra la expresada sentencia.

Segundo.- La condenada, Ramona ha formalizado recurso de casación contra la expresada sentencia el que desarrolla a través de **cinco motivos** .

El **primero de los motivos** por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la *quiebra* del derecho a obtener la tutela judicial efectiva en relación al principio acusatorio que se considera vulnerado en la medida que *se ha adoptado la expulsión de la recurrente en el fallo de la sentencia* , ya anunciada en el f.jdco. decimosegundo con el argumento de que la recurrente carecía de todo arraigo en España.

En la argumentación del motivo se dice que tal medida ha sido adoptada *de oficio* por el Tribunal y *sin petición por parte del Ministerio Fiscal* , que en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas no solo no pidió dicha expulsión, sino que expresamente se pronunció en el sentido de *no solicitar tal medida*.

Se cita la jurisprudencia de esta Sala --STS 901/2004 -- y jurisprudencia posterior que exigen la audiencia de la persona concernida, en línea a la jurisprudencia del TEDH, y asimismo se cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -- STC 242/2004 de 20 de Julio -- que declara que tal medida de expulsión *no puede dejarse a la aplicación discrecional de los Tribunales*.

Se concluye su argumentación alegando que *debe existir una correlación entre la acusación y el fallo* , correlación que se dice, no existió en el presente caso en la medida que se adoptó la medida de expulsión sin concreta petición de la acusación y *sin audiencia de la parte concernida* .

La medida de expulsión de extranjeros del art. 89 Cpenal como alternativa --total o parcial-- al cumplimiento de la pena de prisión por el delito cometido por extranjero en situación irregular en España, es, sin duda, uno de los artículos que *mejor patentiza el vértigo legislativo* con que han sido tratadas muchas de las reformas del Código Penal.



En efecto, el art. 89 del Cpenal desde su redacción original dada por L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal, hasta el texto en vigor *en la actualidad* dado por L.O. 1/2015 de 30 de Marzo en vigor a partir del 1 de Julio de 2015, ha tenido las siguientes modificaciones:

1. *Versión inicial del Código Penal en vigor hasta el 22 de Enero de 2001 .*

-Penas inferiores a seis años de prisión.

-Impuestas a extranjero no residente legalmente en España.

-Posibilidad concedida a los Tribunales.

-A instancia del Ministerio Fiscal para penas superiores a seis años cuando se hayan cumplido tres cuartas parte de la pena.

2. *Versión dada por la L.O. 8/2000 en vigor hasta el 30 de Septiembre de 2003 .*

-Penas inferiores a seis años de prisión.

-Impuestas a extranjero no residente legalmente en España.

-Posibilidad concedida a los Tribunales.

-A instancia del Ministerio Fiscal para penas superiores a seis años de prisión cuando se hayan cumplido tres cuartas partes de la pena.

-En todo caso, es necesaria la previa audiencia al penado.

3. *Versión dada por la L.O. 11/2003 en vigor hasta el 23 de Diciembre de 2010.*

-Penas inferiores a seis años de prisión.

-Impuestas a extranjero no residente legalmente en España.

-Sustitución imperativa ("*serán sustituidas*") salvo que el Tribunal oído el Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecie que por la naturaleza del delito se justifica su cumplimiento en España.

Para las penas superiores a seis años, a instancia del Ministerio Fiscal los Tribunales acordarán la expulsión del extranjero cuando se accede al tercer grado penitenciario o se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que se justifique el cumplimiento de toda la pena en centro penitenciario.

4. *Versión dada por L.O. 5/2010 en vigor hasta el 30 de Junio de 2015 .*

-Penas inferiores a seis años de prisión.

-Impuestas a extranjero no residente legalmente en España.

-Sustitución imperativa, salvo que el Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, de forma motivada aprecie la existencia de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en centro penitenciario.

-En relación a las penas superiores a seis años y previa audiencia del Ministerio Fiscal, también acordarán la expulsión cuando se acceda al tercer grado penitenciario o se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.

5. *Versión dada por la L.O. 1/2015. Actualmente en vigor a partir del 1 de Julio de 2015 .*

-Las penas de *más de un año* de prisión impuestas a extranjero *serán* sustituidas por su expulsión.

-Excepcionalmente cuando parezca necesario para asegurar la defensa del orden jurídico o la confianza en la norma infringida se puede acordar la ejecución en centro penitenciario de parte de la condena (máximo dos tercios).

-En caso de condena de prisión por *más de cinco años* o por *varias penas* que sumen esa duración se podrá acordar la ejecución de la pena en los mismos supuestos del caso anterior (pena de más de un año).

-Previa audiencia del Ministerio Fiscal y a las demás partes, se resolverá en sentencia siempre que resulte posible, y caso contrario una vez declarada la firmeza.

-No procederá la sustitución a la vista de las circunstancias del hecho, personales del autor y arraigo en España, pudiera ser esta medida de expulsión desproporcionada.

En síntesis, la tendencia que se observa en las reformas legales aludidas, ha sido la de un patente *endurecimiento* de la respuesta. *De la posibilidad de la expulsión, se ha pasado a la imperatividad de la misma* , si bien se ha establecido la exigencia de la *previa audiencia* al penado, Ministerio Fiscal y partes personadas y



paralelamente la exigencia de la adecuada motivación de la medida deviene en necesaria, pudiéndose acordar tal medida de seguridad, sustitutiva de la pena de prisión (pues tal es la naturaleza de la medida de expulsión, al respecto véase el art. 96 Cpenal) en sentencia o en ejecución de la misma, tras su firmeza.

Por lo demás, es clara la *dimensión constitucional* que tiene la medida de seguridad de expulsión del extranjero como se ha reconocido unánimemente tanto por el TEDH, casos Montesquim vs Bélgica, 18 Febrero 1991 ; Boncheski vs Francia, 24 Enero 1993 ; Mehemin vs Francia 26 Abril 1997 ; Mokrani vs Francia, 15 Julio 2003 , entre otras. Del Tribunal Constitucional, se pueden citar las SSTC 222/2007 ; 251/2005 ; 76/2005 y de esta Sala se pueden citar las SSTS 901/2004 ; 1162/2005 ; 1231/2006 ; 125/2008 ; 1504/2009 ó 915/2010 , entre otras.

Dando respuesta concreta a la denuncia efectuada, ya anunciamos el *éxito del motivo* .

En lo que aquí interesa, y teniendo en cuenta que al tiempo de los hechos enjuiciados el 26 de Agosto de 2014, *estaba en vigor el texto del art. 89 de la L.O. 5/2010* hay que convenir que según dicho artículo *solo* procedía la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión *previa audiencia* del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas.

En el presente caso , la recurrente ha sido condenada a la pena de once años y tres meses de prisión – *pena superior* a la exigida en dicho artículo en la versión de la L.O. 5/2010–; además, se ha acordado tal expulsión *inaudita parte* no solo de la penada, sino también del Ministerio Fiscal y con una *motivación claramente insuficiente* en la medida que solo se refiere el f.jdco. decimosegundo a su falta de arraigo en España.

Aunque la sentencia nada dice al respecto, el Tribunal ha aplicado la legalidad actualmente en vigor en relación al art. 89 Cpenal según la L.O. 1/2015 , cuya versión es más amplia desde la perspectiva de la expulsión que el texto anterior de dicho artículo dado por la L.O. 5/2010 en la medida que actualmente se permite la expulsión para las *penas superiores a un año de prisión, y también para penas superiores a cinco años* , ya sea una sola, o por la adición de varias, pero el artículo exige para la sustitución que la ejecución de toda o parte de la pena en España resulte necesaria para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma, y en todo caso se supedita la expulsión al cumplimiento de la parte de la pena que se señale, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, *pero igualmente se somete tal decisión a la previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes, lo que tampoco aparece cumplido en el presente caso* .

Resumiendo :

1- El Tribunal sentenciador ha aplicado retroactivamente una norma que sin entrar a afirmar que sea más beneficiosa o no para el condenado, es claro que en todo caso debe ser la persona concernida quien sea oída al respecto.

2- Incluso tal aplicación se ha efectuado sin respetar los requisitos y presupuestos establecidos en dicho art. 89 Cpenal , concretamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

3- Finalmente se ha acordado de oficio por el Tribunal y sin que el Ministerio Fiscal hubiese solicitado tal medida sustitutiva. Más aún, consta en el escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivas que no pide la expulsión a la vista del delito cometido.

Retenemos del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal elevado a definitivas, en el apartado V de dicho escrito, folio 553 del Rollo de la Audiencia el siguiente párrafo:

"...En atención a la naturaleza del delito cometido y a las circunstancias de los hechos, se hace necesario el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad..... por lo que no se solicita la sustitución de la pena por su expulsión del territorio nacional...."

Al respecto, la recurrente alega en su motivo que se ha vulnerado el principio acusatorio con efectiva indefensión para la recurrente con la imposición *inaudita parte* de la expulsión del territorio español tras el cumplimiento de tres cuartas partes de la condena impuesta, sustitución *no pedida* por el Ministerio Fiscal.

Hay que recordar, que el *principio acusatorio* , de acuerdo con la STC 347/2006 , reiterada en otras posteriores, supone que *nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que en consecuencia no ha podido defenderse* .

La peculiaridad del presente caso estriba en la imposición de la pena correspondiente al delito que se ha cometido. Dicho de otro modo, a *la proyección de tal principio, al ámbito de la pena y de sus posibles sustituciones* .

Una primera aproximación al contenido de tal principio en el campo de la respuesta penal, la tenemos en el Pleno no Jurisdiccional de 20 de Diciembre de 2006 que modificó sustancialmente la doctrina de la Sala en orden a la individualización judicial de la pena. Hasta ese Acuerdo, se estimó que no se vulneraba tal principio



si se superaba la pena en concreto solicitada por las acusaciones siempre que se mantuviese dentro del límite legalmente establecido.

A partir de dicho Acuerdo, la doctrina de la Sala al respecto, es la que:

"...El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa..." .

Avanzando en el estudio de esta cuestión comprobamos que en el presente caso el Ministerio Fiscal solo solicitó la pena de prisión, no obstante el Tribunal además de la prisión impuesta en la extensión de once años y tres meses, acordó de oficio e inaudita parte la *sustitución* de tal pena por la expulsión del territorio español *una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena* , con lo que resulta que a la recurrente se le ha impuesto *una pena y una medida de seguridad* pues tal es la naturaleza de la medida de expulsión de extranjeros ex art. 96-2º Cpenal , precepto que *no tuvo* modificación en la reforma de la L.O. 1/2015, debiendo recordarse que ya el art. 95 Cpenal al referirse a la adopción de las medidas de seguridad en general, ya exige que las mismas se adopten *"previos los informes que se estimen convenientes"* , informe que en relación a la expulsión de extranjeros se convierte en previa petición del Ministerio Fiscal y audiencia de la persona concernida.

Concluimos que como consecuencia del respeto al principio acusatorio, el Juez o Tribunal *no puede excederse* de los términos del debate que, si en *relación al hecho enjuiciado* se contraen al hecho descrito por la acusación, *en relación a sus consecuencias punitivas* debe de someterse a igual contención y en concreto no puede imponer una medida de seguridad, prevista en la Ley, pero con excepciones a su imposición obligatoria, por lo que su adopción por el Tribunal de oficio *rompe la homogeneidad* entre la acusación y la sentencia y la falta de *congruencia* entre la pena pedida y la respuesta el Tribunal que además de la pena, acuerda una medida de seguridad de expulsión que puede tener una relevancia constitucional por sus consecuencias, y que en todo caso sobre no cumplir los requisitos y presupuestos legales para su adopción constituye una vulneración del principio acusatorio causante de indefensión para la recurrente.

Procede la estimación del motivo .

Tercero.- El segundo motivo denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia en relación a la concurrencia de la circunstancia de alevosía que calificó el hecho de asesinato en grado de tentativa de acuerdo con el art. 139-1º Cpenal .

Se dice que no existió prueba de tal *concurrencia de la alevosía* . El principio de presunción de inocencia supone que nadie puede ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba indiciaria, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables y cuente con motivación suficiente.

En el presente caso , la sentencia comoquiera que la víctima y la acusada han sostenido versiones diferentes de como ocurrieron los hechos que produjeron las lesiones que ambos sufrieron en la madrugada del día 27 de Agosto de 2015 (aunque debe decir 2014), explica de forma convincente los motivos por los que otorga credibilidad a la versión de la víctima sobre la de la acusada, la versión inverosímil y contradictoria que ofrece la acusada sobre los hechos, el dato objetivo de haber una cuchillada en la espalda y la prueba documental existente y dedica un apartado igualmente convincente a justificar porque no da valor a las alegaciones y pruebas ofrecidas en descargo.

Sobre la base de lo anterior, la valoración de la existencia de la alevosía es muy concreta y razonable *"atacar a una persona que está durmiendo constituye un acto alevoso, y mucho más cuando se la ataca con un cuchillo y por la espalda"* .

Verificamos en este control casacional que el Tribunal en el f.jdco. primero razonó con fundamento la credibilidad que le concedió a la versión de la víctima frente a la de la recurrente que alegó una legítima defensa. *En síntesis* , el Tribunal razonó que partiendo de que la propia recurrente reconoce que le dio una cuchillada en la espalda a la víctima, la tesis de que fue en su defensa resultó contradictoria con la zona del cuerpo atacado –la espalda, en cambio es razonable que si la víctima estaba durmiendo, ella le atacara con el cuchillo por la espalda–, como sostiene el Sr. Porfirio , rechazando la versión de la víctima de que temía ser arrojada por la ventana cuando está acreditado que la ventana estaba cerrada y la persiana bajada, como ella misma lo reconoce.



Considera igualmente verosímil el Tribunal, que tras la primera cuchillada en la espalda, encontrándose durmiendo, no pudiera evitar la siguiente en el abdomen y las que le siguieron.

Concluye el Tribunal su valoración en los siguientes términos:

"...El posible móvil que pudiera haber llevado a cada uno de ellos a atacar al otro nos proporciona otro argumento en favor de la tesis de la acusación. No resulta verosímil que don Porfirio , habiendo decidido poner fin a una relación, y habiendo ayudado a la acusada a comprar el billete de avión para regresar a su país, reaccionara de forma tan agresiva frente a una negativa de la acusada a una concreta práctica sexual, hasta el punto de querer tirarla por la ventana; en todo caso, si se le hubiera desatado una anormal furia, estaría dirigida a forzar esa práctica sexual, no tirar por la ventana a la acusad. Y hay al respecto un llamativo detalle: en su declaración ante el Juzgado de Instrucción la acusada no parece atribuir el supuesto ánimo homicida del Sr. Porfirio a una insatisfacción sexual sino a su cólera ante el hecho de que ella se marchara a Colombia ("él le dice que la va a tirar por la ventana que prefiere verla muerta antes de que se marche a Colombia, que le costó mucho traerla aquí"), cosa que es completamente opuesta a la prueba documental que acredita, como antes dijimos, que era él quien se negaba a seguir la relación y ella quien insistía en reanudarla..." .

No existió la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a la existencia de la agravante de alevosía.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.- El **tercer motivo** por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , denuncia como *indebidamente aplicados el delito de asesinato en grado de tentativa* e indebidamente inaplicado el delito de lesiones.

El motivo incurre en *causa de inadmisión* en la medida que ignora que el presupuesto de admisibilidad del mismo descansa en el riguroso respeto a los hechos probados fijados por el Tribunal, ya que el debate permitido en este cauce se contrae *exclusivamente* a la subsunción jurídica de los hechos fijados por el Tribunal en el tipo delictivo correspondiente.

En el *factum* se dice con claridad que "...sobre las 1:30 horas del día 27-8-2015, cuando don Porfirio estaba durmiendo en su cama, desnudo, la acusada se aproximó a él provista de un cuchillo que había cogido en la cocina de la vivienda, y se lo clavó al Sr. Porfirio en la espalda, con ánimo de acabar con su vida. Al despertarse y darse media vuelta don Porfirio , la acusada le propinó una nueva cuchillada, esta vez en el abdomen, e intentó clavarle por tercera vez el cuchillo pero el Sr. Porfirio pudo desviarlo y le impactó en la cabeza. Don Porfirio se levantó, y la acusada le propinó una nueva cuchillada, esta vez en el muslo..." .

Es patente que el hecho descrito, y que con más detalles después de la primera agresión, se describe en el apartado sexto del hecho probado, contiene todos y cada uno de los elementos fácticos vertebradores del asesinato, por lo que la tesis de las lesiones supone injertar un debate en este cauce que no está permitido.

Hubo un clarísimo animus necandi por el arma utilizada, la parte del cuerpo de la víctima atacada, la reiteración de las lesiones, y la gravedad de las mismas, que le hubieran ocasionado la muerte de no recibir urgente asistencia médica y quirúrgica, así como la persistencia en su acción homicida. Basta recordar que el hecho probado séptimo, que describe las diversas cuchilladas que recibió la víctima, nos dice que una de ellas, la del epigastrio llegó a atravesar completamente el hígado causando lesiones en el páncreas y que todo ello le supuso un "riesgo vital ya que le podían haber causado la muerte si no hubiese recibido tratamiento quirúrgico urgente" .

Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- El **motivo cuarto** , también por el mismo cauce que el anterior denuncia la inaplicación de la *eximente de legítima defensa* de la recurrente.

Se incurre en *causa de inadmisión* que opera en este momento como causa de desestimación en la medida que, al igual que en el caso anterior, se cuestionan los hechos probados que actúan como presupuesto de admisibilidad del cauce utilizado.

No es posible utilizar este cauce casacional para efectuar una nueva valoración de los hechos con la finalidad de alcanzar *otro hecho probado* diferente al fijado por el Tribunal sentenciador.

Procede la desestimación del motivo .

Sexto.- El **quinto motivo** tiene por finalidad cuestionar la indemnización fijada en la sentencia en favor de la víctima.

En la sentencia se dedica el f.jdco. decimotercero a motivar la existencia y cuantía de la indemnización por las lesiones causadas.



Textualmente se nos dice en el f.jdco. decimotercero :

"En cuanto a la responsabilidad civil, las lesiones sufridas por don Porfirio merecen, como solicita el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, una indemnización de 41.560 euros, valorando los tratamientos a que el Sr. Porfirio se ha tenido que someter, el tiempo de curación, el tiempo de incapacidad, y las secuelas, todo ello utilizando como referencia orientativa el baremo para accidentes de tráfico pero con un incremento por el carácter intencional de las lesiones.

No ha justificado la acusación particular la indemnización que solicita de 100.000 euros por daños morales. Como regla general, la víctima del delito sufre un daño moral que no se indemniza separadamente si no tiene un alcance o intensidad anormales. Es seguro que don Porfirio sufrió daños morales, pero no explica por qué motivo esos daños merecen una indemnización especial y adicional. Y no olvidemos que entre el Sr. Porfirio y la acusada ya no existía una relación sentimental y que era el Sr. Porfirio quien decidió la ruptura y se negaba a retomar la relación, por lo que la agresión no le vino de una persona con la que tuviera unos especiales lazos afectivos" .

Como puede observarse, la sentencia en el f.jdco. que hemos transcrito *contiene las bases sobre las que se funda la existencia y cuantificación de la indemnización* , teniendo en cuenta el tiempo de curación, la incapacidad y la referencia al sistema de baremo de los daños corporales en casos de accidente de tráfico como criterio orientador, siendo de toda corrección el incremento que se acuerda por el carácter intencional de las lesiones.

Como ya es doctrina reiterada de esta Sala, en sede casacional *solo* son revisables en materia indemnizatoria *las bases* sobre las que opera el juzgador de instancia para verificar, en su caso, su falta de justificación o desproporción, y en el mismo sentido, la cuantía indemnizatoria concedida solo puede ser cuestionada cuando según tales bases, la cantidad sea arbitraria o desproporcionada objetivamente – STS 127/2015 , entre otras muchas--.

Nada de esto verificamos en el caso de autos.

Procede la desestimación del motivo .

Séptimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso dada la estimación parcial del mismo.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación formalizado por la representación de **Ramona** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XXII, de fecha 17 de Noviembre de 2015 , la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XXII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Joaquín Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, seguida por delito de asesinato en grado de tentativa, contra **Ramona** , nacional de Colombia, con pasaporte colombiano nº NUM003 , sin residencia legal en España; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada



por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. segundo de la sentencia casacional, dejamos sin efecto la expulsión de la recurrente en los términos acordados en la sentencia de instancia, sin perjuicio de que *en ejecución de sentencia* y con cumplimiento de los informes y audiencias legales, se pueda acordar, en su caso.

III. FALLO

Se elimina del fallo de la sentencia de instancia la expulsión del territorio español de la recurrente, **Ramona** , sin perjuicio de que pueda acordarse la misma en ejecución de sentencia, previo cumplimiento de los informes y audiencias legales.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.