BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ063312

**TRIBUNAL SUPREMO**
*Sentencia 282/2018, de 13 de junio de 2018*
*Sala de lo Penal*
*Rec. n.º 10776/2017*

**SUMARIO:**

**Tentativa de asesinato. Alevosía con perspectiva de género. Agravante de parentesco. Delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Quebrantamiento de medida cautelar. Allanamiento de morada. Tenencia ilícita de armas.** Tratar a las víctimas de delitos de violencia de género como testigos en el proceso penal desnaturaliza su verdadera posición puesto que la víctima no sólo ha visto un hecho y puede testificar sobre él, sino que también es sujeto pasivo del delito, y su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho. En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba. La sentencia considera relevante conceder una posición procesal a la víctima al margen, o por encima, de la mera situación de «testigo» en casos de crímenes de género en los que se enfrentan a un episodio realmente dramático, como es comprobar que su pareja, o expareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que «la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya valoración es valorada por el tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud». Ello no quiere decir, que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, aunque el tribunal sí podrá apreciar y observar con mayor precisión la forma de narrar cómo ocurrió el hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el juicio con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito. En este punto afirma que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido ésta sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, no debe conllevar que se dude de su veracidad. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que haya tardado en denunciar hechos de violencia de género. Concurre la alevosía, ya que el recurrente intentó acabar con la vida de su expareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución. Posibilidad de condenar por delito de quebrantamiento de la orden de alejamiento y de allanamiento de morada por desdoblarse la acción en dos momentos y no existir por ello prohibición del «non bis in ídem». Se trata de acciones distintas que atacan a bienes jurídicos distintos. El delito de quebrantamiento de medida cautelar se comete una vez se ha vulnerado el perímetro de prohibición, pero si luego se accede al inmueble constituirá allanamiento de morada.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1 y 2, 21.2, 42, 147, 148, 152, 153.1 y 468.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 17.2, 109, 110 y 741.
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.4.
Constitución Española, arts. 24 y 117.3.

**PONENTE:**

*Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don VICENTE MAGRO SERVET
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don LUCIANO VARELA CASTRO
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

**T R I B U N A L S U P R E M O**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 282/2018

Fecha de sentencia: 13/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10776/2017 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10776/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 282/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral García
Dª. Ana María Ferrer García
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 13 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Victor Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que le condenó por delitos de asesinato en grado de tentativa, de quebrantamiento de medida cautelar, de allanamiento de morada y de tenencia ilícita de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Marcos Moreno y la recurrida Acusación Particular Dña. Penélope representada por la Procuradora Sra. Cano Ochoa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Elche, instruyó sumario con el nº 6 de 2016 contra Victor Manuel , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que con fecha 4 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El acusado, Victor Manuel , mayor de edad, con DNI NUM000 , sin antecedentes penales y en situación de prisión provisional desde el 13 de noviembre de 2015, quien mantuvo en el pasado una relación sentimental y de convivencia con Penélope durante aproximadamente 11 años, fruto de la cual tienen un hijo menor de edad, se encontraba sujeto a una prohibición de aproximación a una distancia inferior a 150 metros y de comunicación con la que había sido su pareja, la Sra. Penélope , impuesta por Auto de 11 de octubre 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Calatayud en las Diligencias Urgentes 795/2015 seguidas por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer del artículo 153.1 del Código Penal . Medida para la que se decretaba que habría de estar vigente en tanto no fuera acordado su cese por resolución judicial (sin perjuicio de lo que pudiera acordarse a lo largo del procedimiento). El acusado fue notificado y requerido para el cumplimiento de la resolución judicial en la misma fecha de 11 de octubre de 2015. Tras estos hechos y como consecuencia de la situación que estaba viviendo, Penélope decidió trasladarse a vivir junto con su hijo menor hasta una finca en la que sus padres residían sita en la Partida DIRECCION000 , polígono NUM001 , n° NUM002 (provincia de Alicante). Dicha finca, rodeada por una valla perimetral, constaba de una vivienda principal (en la que pernoctaban los padres de la víctima), de una casa para invitados (donde solían pernoctar la víctima y su hijo), de un cobertizo (destinado a hacer las veces de trastero) y de una pequeña caseta (que contenía la depuradora de una piscina que ocupaba el centro de la finca). En el cobertizo, Simón (padre de la víctima) tenía guardada una escopeta monotiro que en el pasado había pertenecido a su padre, marca MONDIAL, con número de serie NUM003 recamarada para cartuchos del 12/70. Teniendo conocimiento el acusado de la existencia de la misma y del lugar en el que se encontraba guardada. El día 10 de Noviembre de 2015 el acusado, después de decir a los vecinos que se marchaba de viaje a Galicia para ver a unos familiares, se montó en el vehículo del matrimonio marca LAND ROVER, modelo DISCOVERY, matrícula YO-....-UD , y salió de la localidad zaragozana de Belmonte de Gracián, en dirección a Alicante, llevando consigo cinco cartuchos semimetálicos troquelados en sus bases con las siglas RSW/GECO 12 ROTWEIL 12 (compatibles con la escopeta que su suegro tenía guardada en el cobertizo de su casa), un pasamontañas y una carta que días antes había escrito. En dicha carta explicaba los motivos de su actuación así como la intención de acabar con la vida de la que había sido su pareja, Penélope . Sobre las 18:00 horas de ese mismo día, el acusado llegó a la localidad de Agost (Alicante), donde permaneció hasta que se hizo de noche, sobre las 20:00 horas del mismo martes, día 10 de noviembre de 2015, el acusado se desplazó hasta la localidad de El Altet, donde dejó estacionado el coche en una calle que había junto a una pastelería. A continuación y aprovechando la oscuridad de la noche se desplazó hasta la Finca sita en la Partida DIRECCION000 , polígono NUM001 , n° NUM002 , donde, saltando la valla perimetral que circundaba la finca, se dirigió al cobertizo donde su suegro tenía guardada la escopeta, entrando en el mismo y cogiendo aquélla. Después, se dirigió hasta la casa de invitados en la que habitualmente pernoctaban su mujer y su hijo, accediendo a su interior a través de la ventana del baño, y refugiándose debajo de la cama donde solía pernoctar su esposa. Penélope entró en ese momento a por unas zapatillas para, a continuación salir y regresar a la vivienda principal, donde pasaría la noche. La víctima había

recibido una llamada desde Calatayud en la que le alertaban de que el acusado se había marchado de viaje. Esto le produjo gran inquietud y decidió que esa noche su hijo y ella pernoctarían en la casa principal, junto a sus padres. Durante la noche del martes 10 al miércoles 11 de noviembre de 2015, el acusado estuvo vagando por diversas estancias de la finca, llevando consigo la escopeta y puesto un pasamontañas, hasta que poco antes del amanecer decidió refugiarse del frío metiéndose en la caseta de la depuradora que había junto a la piscina central, esperando a que Penélope saliera por la mañana de la casa. Sobre las 07:50 horas del día 11 de noviembre de 2015, la víctima Penélope salió de la casa principal, en dirección a la casa de invitados para coger ropa para ella y su hijo. Al verla pasar, el acusado salió de la caseta de la depuradora y se dispuso a seguirla, portando la escopeta y ocultando su rostro con el pasamontañas. Al entrar en la casa de invitados la víctima notó algo extraño y, al darse la vuelta vio a Victor Manuel apoyado en el quicio de la puerta con el pasamontañas puesto y encañonándola con la escopeta, con ánimo de atemorizarla, le dijo: "DE ESTA TE MATO". En ese momento Penélope reaccionó cogiendo con las dos manos el cañón de la escopeta y desviándolo hacia arriba, pudiendo así salir corriendo de la casa de invitados hacia la casa principal mientras gritaba "LLAMAR A LA POLICÍA, LLAMAR A LA POLICÍA". El acusado salió corriendo detrás de ella mientras le seguía diciendo: "TE MATO, TE MATO". Cuando Penélope se encontraba a la altura del lateral de la piscina, la apuntó por la espalda, y con ánimo de atentar contra su vida, le disparó con el arma que portaba, impactando el disparo en el glúteo y espalda de la misma. Todo ello careciendo el acusado de permiso de armas. Como consecuencia de esto, la víctima cayó al suelo y se golpeó la cara contra el mismo. En la caída también se le rompió el teléfono móvil de su propiedad (marca SAMSUNG, modelo GT-S6310-N) que llevaba en el bolsillo de la bata con la que había salido. A continuación el acusado se dispuso a cargar de nuevo la escopeta y a cerrarla para efectuar un segundo disparo contra Penélope . A través de una ventana de la casa principal que daba al exterior, parte de los hechos fueron presenciados por el menor Victor Manuel . Tanto el padre de la víctima, Simón , como la madre, Agustina , salieron de la casa principal alarmados por los gritos de su hija, presenciando el padre el disparo de su hija, al ir su hija delante suya. Entre tanto la víctima, auxiliada por su madre, pudo refugiarse en el interior de la casa principal de la finca y llamó a la Policía. Después de refugiarse Penélope en la casa, el acusado se dio a la fuga, dirigiéndose hasta el lugar donde tenía estacionado el turismo marca LAND ROVER, modelo DISCOVERY, matrícula YO-....-UD . Escondiendo, previamente, en unos matorrales el arma de fuego que había utilizado. El acusado fue interceptado y detenido cuando el mismo se encontraba circulando por la Circunvalación Sur de la Ciudad de Elche. Durante el registro practicado en el interior del vehículo fueron encontrados tres cartuchos sin percutir con las siglas RSW/GECO 12 ROTWEIL 12, el pasamontañas negro, la ropa con la que fue identificado por la víctima, así como la carta manuscrita que el investigado había escrito días antes. Como consecuencia de los hechos descritos, Penélope , sufrió lesiones consistentes en: - Herida por arma de fuego a nivel de cadera izquierda (2 heridas, una posterior de unos 15x10 cm que deja al descubierto la dascia lata y una más anterior de unos 10x7 cm a través del cuál se observa el músculo tensor de las fascia lata, comunicándose ambas heridas por un islote de piel, afectación cutánea de la región glútea y trocantera izquierda con afectación de TCS "desprendimiento con integridad de fascia lata y planos musculares"). Diagnóstico posterior "edema de MII, flictena sobre herida de aproximadamente 3 centímetros. - Traumatismo facial (avulsión de incisivo lateral superior izquierdo, fractura de incisivo central superior izquierdo, periodontitis del 1° premolar superior izquierdo, fractura de la cúspide del 2° premolar izquierdo que afecta a su funcionalidad, así como herida inciso-contusa a nivel de labio superior). Tales lesiones requirieron para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento médico y/o quirúrgico, tardando en curar 190 días de los que 12 fueron con estancia hospitalaria y los 178 restantes ocasionaron en la víctima incapacidad para desarrollar su ocupación y/o actividad habitual, quedándole las siguientes secuelas: a) Pérdida de pieza dental -incisivo- lateral superior izquierdo (valorada orientativamente en un punto). b) Algias a la sobrecarga mecánica y últimos grados de movilidad de cadera izquierda coxalgia postraumática inespecífica (valorada orientativamente en un punto). c) Trastorno depresivo reactivo a la vivencia negativa experimentada con manifiesta percepción de riesgo vital (valorada orientativamente en 7 puntos). d) Perjuicio estético (valorado orientativamente en 15 puntos). Encontrándose pendiente Penélope de reconstrucción del 2° premolar superior izquierdo. La perjudicada reclama por tales lesiones. El teléfono móvil propiedad de Penélope ha sido valorado pericialmente en la cantidad de 160,00 euros. La perjudicada reclama por tales daños. Del Informe emitido por la Brigada Local de Policía Científica de la Comisaría General de Policía Nacional de Elche se desprende que el arma utilizada por el acusado era un arma de fuego reglamentada que precisaba para su tenencia y uso de la correspondiente Licencia de armas y Guías de pertenencia, además de que, en el momento de su estudio, se encontraba capacitada para el disparo. Se trata de la escopeta MONDIAL, con número de serie NUM003 , apta para el disparo de munición del calibre 12/70, siendo catalogada como arma de fuego larga. Así como que los tres cartuchos intervenidos son aptos para el uso con dicha arma".

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Victor Manuel como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de Asesinato en grado de tentativa, concurriendo la agravante de parentesco, un delito de quebrantamiento de medida cautelar, un delito de allanamiento de morada y un delito de tenencia ilícita de armas, a las siguientes penas: A) Por el delito de asesinato en grado de tentativa, con la agravante de parentesco a la pena de 12 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta y conforme a lo dispuesto en el art. 57 en relación con el art. 48.2 ° y 3° del Código Penal como pena accesoria la prohibición de que se aproxime a menos de quinientos metros de la Sra. Penélope , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar frecuentado por ella y de que se comunique con la Sra. Penélope por cualquier medio, todo ello por un periodo de 20 años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena privativa de libertad ( art. 46 C.P .). B) Por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, la pena de 9 meses de PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. C) Por el delito de allanamiento de morada, la pena de 14 meses DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. D) Por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de 9 meses DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Comiso del arma intervenida y/o munición. Así como al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular. De conformidad a lo dispuesto en el art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004 , se acuerda mantener la medida cautelar de protección adoptada en esta causa hasta el efectivo inicio del cumplimiento la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación a la víctima sin que quepa dejarla sin efecto por la interposición de recursos o por el pronunciamiento formal de la firmeza. Practiquese con la perjudicada Dña. Penélope , el requerimiento interesado por el Ministerio Fiscal, conforme al estatuto de la víctima, en el Otrosí IV de su escrito de acusación".

**Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Victor Manuel , 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.**

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Victor Manuel , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.1 C.E ., derecho a la tutela judicial efectiva, con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J .

SEGUNDO. Por infracción de precepto constitucional, por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 de la C.E ., derecho a un proceso público con todas las garantías, con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J .

TERCERO. Por infracción de ley, por inaplicación del art. 17.2 apartado 3º de la L.E.Cr ., al no aplicar la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada, dado que, en este caso, para quebrantar la medida cautelar, es necesario incurrir en el delito de allanamiento de morada.

CUARTO. Por infracción de ley, por infracción de precepto penal, por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.1º, con relación al art. 20.1º del C. Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el art. 849.2 L.E.Cr ., tal y como se desprende de la practicada y entre ésta, el documento nº 2 aportado por esta parte, junto con el escrito de defensa.

QUINTO. Por infracción de ley, por infracción de precepto penal por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2º con relación al art. 20.2º del C. Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el art. 849.2 L.E.Cr ., tal y como se desprende de la prueba practicada y entre ella, el documento nº 1 aportado por esta parte, junto con el escrito de defensa, el cual constituye, Informe de Urgencias del día 13-10-2015.

**Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, impugnándolo subsidiariamente, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular, impugnando igualmente el recurso, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 30 de mayo de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 4 de Octubre de 2017 por la que se condena al ahora recurrente por un delito de asesinato en grado de tentativa, por un delito de tenencia ilícita de armas, un delito de quebrantamiento de medida cautelar y otro de allanamiento de morada.

Ante esta sentencia se interpone recurso de casación por el condenado basándolo en los siguientes motivos:

1. Por infracción de precepto constitucional por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva, con sede procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

2. Por infracción de precepto constitucional por vulneración de precepto constitucional del artículo 24. 2 de la Constitución Española , derecho a un proceso público con todas las garantías, con sede procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

3. Por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 17.2 apartado 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no aplicar la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada, dado que, en este caso, para quebrantar la medida cautelar, es necesario incurrir en el delito de allanamiento de morada.

4. Por infracción de precepto penal, por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.1º, con relación al artículo 20.1º del Código Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tal y como se desprende de la practicada y entre ésta, el documento nº 2 aportado junto con el escrito de defensa.

5. Por infracción de ley por infracción de precepto penal por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2º con relación al artículo 20.2º del Código Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de los dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**Segundo.**

Con respecto al primer motivo hay que señalar que:

1. Por infracción de precepto constitucional por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva, con sede procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Frente al alegato del recurrente de que no hay prueba de cargo suficiente para condenarle por los delitos que han sido objeto de condena, -ya que plantea unas alternativas de condena, como más tarde veremos- es preciso recordar la relación de hechos probados que ha fijado el Tribunal, a saber:

"El acusado, Victor Manuel , mayor de edad, con DNI NUM000 , sin antecedentes penales y en situación de prisión provisional desde el 13 de noviembre de 2015, quien mantuvo en el pasado una relación sentimental y de convivencia con Penélope durante aproximadamente 11 años, fruto de la cual tienen un hijo menor de edad, se encontraba sujeto a una prohibición de aproximación a una distancia inferior a 150 metros y de comunicación con la que había sido su pareja, la Sra. Penélope , impuesta por Auto de 11 de octubre 2015 del Juzgado de Primera

Instancia e Instrucción n° 1 de Calatayud en las Diligencias Urgentes 795/2015 seguidas por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer del artículo 153.1 del Código Penal . Medida para la que se decretaba que habría de estar vigente en tanto no fuera acordado su cese por resolución judicial (sin perjuicio de lo que pudiera acordarse a lo largo del procedimiento). El acusado fue notificado y requerido para el cumplimiento de la resolución judicial en la misma fecha de 11 de octubre de 2015.

Tras estos hechos y como consecuencia de la situación que estaba viviendo, Penélope decidió trasladarse a vivir junto con su hijo menor hasta una finca en la que sus padres residían sita en la Partida DIRECCION000 , polígono NUM001 , n° NUM002 (provincia de Alicante).

Dicha finca, rodeada por una valla perimetral, constaba de una vivienda principal (en la que pernoctaban los padres de la víctima), de una casa para invitados (donde solían pernoctar la víctima y su hijo), de un cobertizo (destinado a hacer las veces de trastero) y de una pequeña caseta (que contenía la depuradora de una piscina que ocupaba el centro de la finca).

En el cobertizo, Simón (padre de la víctima) tenía guardada una escopeta monotiro que en el pasado había pertenecido a su padre, marca MONDIAL, con número de serie NUM003 recamarada para cartuchos del 12/70. Teniendo conocimiento el acusado de la existencia de la misma y del lugar en el que se encontraba guardada.

El día 10 de Noviembre de 2015 el acusado, después de decir a los vecinos que se marchaba de viaje a Galicia para ver a unos familiares, se montó en el vehículo del matrimonio marca LAND ROVER, modelo DISCOVERY, matrícula YO-....-UD , y salió de la localidad zaragozana de Belmonte de Gracián, en dirección a Alicante, llevando consigo cinco cartuchos semimetálicos troquelados en sus bases con las siglas RSW/GECO 12 ROTWEIL 12 (compatibles con la escopeta que su suegro tenía guardada en el cobertizo de su casa), un pasamontañas y una carta que días antes había escrito. En dicha carta explicaba los motivos de su actuación así como la intención de acabar con la vida de la que había sido su pareja, Penélope .

Sobre las 18:00 horas de ese mismo día, el acusado llegó a la localidad de Agost (Alicante), donde permaneció hasta que se hizo de noche.

Sobre las 20:00 horas del mismo martes, día 10 de noviembre de 2015, el acusado se desplazó hasta la localidad de El Altet, donde dejó estacionado el coche en una calle que había junto a una pastelería.

A continuación y aprovechando la oscuridad de la noche se desplazó hasta la Finca sita en la Partida DIRECCION000 , polígono NUM001 , n° NUM002 , donde, saltando la valla perimetral que circundaba la finca, se dirigió al cobertizo donde su suegro tenía guardada la escopeta, entrando en el mismo y cogiendo aquélla.

Después, se dirigió hasta la casa de invitados en la que habitualmente pernoctaban su mujer y su hijo, accediendo a su interior a través de la ventana del baño, y refugiándose debajo de la cama donde solía pernoctar su esposa. Penélope entró en ese momento a por unas zapatillas para, a continuación salir y regresar a la vivienda principal, donde pasaría la noche. La víctima había recibido una llamada desde Calatayud en la que le alertaban de que el acusado se había marchado de viaje. Esto le produjo gran inquietud y decidió que esa noche su hijo y ella pernoctarían en la casa principal, junto a sus padres.

Durante la noche del martes 10 al Miércoles, 11 de noviembre de 2015, el acusado estuvo vagando por diversas estancias de la finca, llevando consigo la escopeta y puesto un pasamontañas, hasta, que poco antes del amanecer decidió refugiarse del frío metiéndose en la caseta de la depuradora que había junto a la piscina central, esperando a que Penélope saliera por la mañana de la casa.

Sobre las 07:50 horas del día 11 de noviembre de 2015, la víctima Penélope salió de la casa principal, en dirección a la casa de invitados para coger ropa para ella y su hijo. Al verla pasar, el acusado salió de la caseta de la depuradora y se dispuso a seguirla, portando la escopeta y ocultando su rostro con el pasamontañas.

Al entrar en la casa de invitados la víctima notó algo extraño y, al darse la vuelta vio a Victor Manuel apoyado en el quicio de la puerta con el pasamontañas puesto y encañonándola con la escopeta, con ánimo de atemorizarla, le dijo: "DE ESTA TE MATO".

En ese momento Penélope reaccionó cogiendo con las dos manos el cañón de la escopeta y desviándolo hacia arriba, pudiendo así salir corriendo de la casa de invitados hacia la casa principal mientras gritaba "LLAMAR A LA POLICÍA, LLAMAR A LA POLICÍA".

El acusado salió corriendo detrás de ella mientras le seguía diciendo: "TE MATO, TE MATO". Cuando Penélope se encontraba a la altura del lateral de la piscina, la apuntó por la espalda, y con ánimo de atentar contra su vida, le disparó con el arma que portaba, impactando el disparo en el glúteo y espalda de la misma. Todo ello careciendo el acusado de permiso de armas.

Como consecuencia de esto, la víctima cayó al suelo y se golpeó la cara contra el mismo. En la caída también se le rompió el teléfono móvil de su propiedad (marca SAMSUNG, modelo GT-S6310-N) que llevaba en el bolsillo de la bata con la que había salido.

A continuación el acusado se dispuso a cargar de nuevo la escopeta y a cerrarla para efectuar un segundo disparo contra Penélope . A través de una ventana de la casa principal que daba al exterior, parte de los hechos fueron presenciados por el menor Victor Manuel . Tanto el padre de la víctima, Simón , como la madre, Agustina , salieron de la casa principal alarmados por los gritos de su hija, presenciando el padre el disparo de su hija, al ir su hija delante suya.

Entre tanto la víctima, auxiliada por su madre, pudo refugiarse en el interior de la casa principal de la finca y llamó a la Policía.

Después de refugiarse Penélope en la casa, el acusado se dio a la fuga, dirigiéndose hasta el lugar donde tenía estacionado el turismo marca LAND ROVER, modelo DISCOVERY, matrícula YO-....-UD . Escondiendo, previamente, en unos matorrales el arma de fuego que había utilizado. El acusado fue interceptado y detenido cuando el mismo se encontraba circulando por la Circunvalación Sur de la Ciudad de Elche.

Durante el registro practicado en el interior del vehículo fueron encontrados tres cartuchos sin percutir con las siglas RSW/GECO 12 ROTWEIL 12, el pasamontañas negro, la ropa con la que fue identificado por la víctima, así como la carta manuscrita que el investigado había escrito días antes.

Como consecuencia de los hechos descritos, Penélope , sufrió lesiones consistentes en:

- Herida por arma de fuego a nivel de cadera izquierda (2 heridas, una posterior de unos 15x10 cm que deja al descubierto la dascia lata y una más anterior de unos 10x7 cm a través del cual se observa el músculo tensor de las fascia lata, comunicándose ambas heridas por un islote de piel, afectación cutánea de la región glútea y trocantera izquierda con afectación de TCS "desprendimiento con integridad de fascia lata y planos musculares"). Diagnóstico posterior "edema' de MII, flictena sobre herida de aproximadamente 3 centímetros.
- Traumatismo facial (avulsión de incisivo lateral superior izquierdo, fractura de incisivo central superior izquierdo, periodontitis del 1° premolar superior izquierdo, fractura de la cúspide del 2° premolar izquierdo que afecta a su funcionalidad, así como herida inciso-contusa a nivel de labio superior).

Tales lesiones requirieron para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento médico y/o quirúrgico, tardando en curar 190 días de los que 12 fueron con estancia hospitalaria y los 178 restantes ocasionaron en la víctima incapacidad para desarrollar su ocupación y/o actividad habitual, quedándole las siguientes secuelas:

a) Pérdida de pieza dental -incisivo- lateral superior izquierdo (valorada orientativamente en un punto).

b) Algias a la sobrecarga mecánica y últimos grados de movilidad de cadera izquierda coxalgia postraumática inespecífica (valorada orientativamente en un punto).

c) Trastorno depresivo reactivo a la vivencia negativa experimentada con manifiesta percepción de riesgo vital (valorada orientativamente en 7 puntos).

d) Perjuicio estético (valorado orientativamente en 15 puntos).

Encontrándose pendiente Penélope de reconstrucción del 2° premolar superior izquierdo. La perjudicada reclama por tales lesiones.

El teléfono móvil propiedad de Penélope ha sido valorado pericialmente en la cantidad de 160,00 euros. La perjudicada reclama por tales daños.

Del Informe emitido por la Brigada Local de Policía Científica de la Comisaría General de Policía Nacional de Elche se desprende que el arma utilizada por el acusado era un arma de fuego reglamentada que precisaba para su tenencia y uso de la correspondiente Licencia de armas y Guías de pertenencia, además de que, en el momento de su estudio, se encontraba capacitada para el disparo. Se trata de la escopeta MONDIAL, con número de serie NUM003 , apta para el disparo de munición del calibre 12/70, siendo catalogada como arma de fuego larga. Así como que los tres cartuchos intervenidos son aptos para el uso con dicha arma".

Pues bien, alega el recurrente que se ha otorgado mayor credibilidad a la declaración de la víctima que a la del acusado, toda vez que él mismo declaró tanto en sede policial, como en sede judicial, así como el día en que se celebró la vista oral, que su intención jamás fue la de matar a su esposa, sino la de conseguir, evidentemente de modo inapropiado y de una manera terriblemente imprudente, que eésta le escuchase, habiéndose producido el disparo que le alcanzó la cadera de modo accidental, y que los cartuchos los llevaba para el caso de que aun ante la presencia de la escopeta no lograse hacerse escuchar por Penélope , disparar al aire y de este modo "imponer respeto" y poder hablar con ella.

1. Desarrollo de los hechos según la prueba practicada.

Pues bien, ante esta alegación podemos comprobar que los hechos no ocurren como propone el recurrente, sino que de la intangibilidad de los hechos probados la conclusión es otra bien distinta, ya que:

1. Orden de alejamiento del recurrente frente a la víctima: Que la víctima del delito tenía una protección judicial dictada en razón a la incoación de un procedimiento penal seguida por denuncia por hechos de malos tratos que da lugar a una medida cautelar de alejamiento del ahora recurrente respecto de la víctima.

2. La víctima cambia su domicilio y se va a vivir con sus padrescomo consecuencia de la situación que estaba viviendo: Esta situación provoca que la víctima decidió trasladarse a vivir junto con su hijo menor hasta una finca en la que sus padres residían sita en la Partida DIRECCION000 . Es decir, que toma medidas de autoprotección, modificando su domicilio, para evitar el riesgo del acercamiento del ya denunciado sobre el que existía una orden de alejamiento, y se desplaza a vivir con sus padres. Medida ésta que evidencia la situación que sufren muchas víctimas de malos tratos que hasta se ven obligadas a cambiar su residencia ante este tipo de hechos, lo que afecta, también, a los menores que cambian su habitación, costumbres y amigos. Ello les traslada a una "victimización de menores" por ilícitos perpetrados sobre su madre y por parte de sus propios padres, circunstancia ésta que evidencia lo complejo de un fenómeno que obliga a las víctimas a adoptar situaciones de "huida" de su hogar y desplazarse a vivir con sus padres, -como en este caso-, o a otra localidad, residencia, o con amigas, etc.

Esta circunstancia debe tenerse en cuenta y valorar estos hechos de violencia de género en donde las víctimas deben salir de sus hogares para evitar el riesgo de que la reacción de sus ex parejas sea mayor en un intento de acabar con sus vidas, justo como aquí ocurrió, lo que exige tener en cuenta la perspectiva de género que debe presidir estos casos que se diferencian claramente de otros actos de atentados contra la vida de las personas, ya que contra quien se atenta en estos casos es contra su propia pareja o ex pareja, madre en muchos casos de sus propios hijos, como aquí también ocurre, lo que obliga a reflexionar en el drama y sufrimiento que aquí sufren las mujeres, pero también los hijos que ven cómo sus propios padres toman la decisión de acabar con la vida de sus madres, convirtiendo a los propios hijos en víctimas de estos hechos.

3. El recurrente se dirige desde su localidad en Zaragoza a Alicante con intención de matarla: Salió de la localidad zaragozana de Belmonte de Gracián, en dirección a Alicante, llevando consigo cinco cartuchos semimetálicos troquelados en sus bases con las siglas RSW/GECO 12 ROTWEIL 12 (compatibles con la escopeta que su suegro tenía guardada en el cobertizo de su casa), un pasamontañas y una carta que días antes había escrito. En dicha carta explicaba los motivos de su actuación así como la intención de acabar con la vida de la que había sido su pareja, Penélope .

4. El recurrente se apodera de la escopeta del padre de la víctima para matarla: Se dirigió al cobertizo donde su suegro tenía guardada la escopeta, entrando en el mismo y cogiendo aquélla.

5. Accede a la casa de invitados donde pernoctaba la víctima y entra por una ventana. No obstante, la víctima recibe una llamada que la alerta de que el recurrente había salido de viaje y por prevención decide dormir en casa de sus padres esa noche.

6. El recurrente pasa la noche en una caseta de la finca: Durante la noche del martes 10 al Miércoles 11 de noviembre de 2015, el acusado estuvo vagando por diversas estancias de la finca, llevando consigo la escopeta y puesto un pasamontañas, hasta que poco antes del amanecer decidió refugiarse del frío metiéndose en la caseta de la depuradora que había junto a la piscina central, esperando a que Penélope saliera por la mañana de la casa.

7. El recurrente observa que la víctima sale de casa de sus padres y decide seguirle a la casa de invitados. A las 07:50 horas del día 11 de noviembre de 2015, la víctima Penélope salió de la casa principal, en dirección a la casa de invitados para coger ropa para ella y su hijo. Al verla pasar, el acusado salió de la caseta de la depuradora y se dispuso a seguirla, portando la escopeta y ocultando su rostro con el pasamontañas.

8. El recurrente entra en la casa para matarla: Penélope reaccionó cogiendo con las dos manos el cañón de la escopeta y desviándolo hacia arriba, pudiendo así salir corriendo de la casa de invitados hacia la casa principal mientras gritaba "LLAMAR A LA POLICÍA, LLAMAR A LA POLICÍA". El acusado salió corriendo detrás de ella mientras le seguía diciendo: "TE MATO, TE MATO". Cuando Penélope se encontraba a la altura del lateral de la piscina, la apuntó por la espalda, y con ánimo de atentar contra su vida, le disparó con el arma que portaba, impactando el disparo en el glúteo y espalda de la misma.

9. El recurrente intentó consumar el acto, pero ante la presencia de los padres huyó: Se dispuso a cargar de nuevo la escopeta y a cerrarla para efectuar un segundo disparo contra Penélope , pero huye y fue interceptado y detenido cuando el mismo se encontraba circulando por la Circunvalación Sur de la Ciudad de Elche.

El recurrente sostiene que:

1. Si la hubiera querido matar lo hubiera hecho, cuando, lejos de ello, la expresión que manifestó a la víctima fue "que la iba a matar", y el disparo se dirige a zona mortal, nada más que no logró conseguirlo. De querer hablar con ella lo hubiera hecho, pero sin tener que sustraer al padre de la víctima la escopeta y, nada menos, que traerse él mismo los cartuchos desde su localidad zaragozana. Y que tenga pericia y lo haya acreditado no excluye que su intención era la de matarla, porque está acreditado que ese era el objetivo, como el Tribunal concluye probado.

De ser admisible la tesis del recurrente de que quien tiene pericia en armas no falla si lo quiere llevar a cabo, todos los que intentan un crimen con arma de fuego, pero fallan en el disparo, o las circunstancias lo alteran todo, no serían condenados nunca por tentativa de asesinato, sino por lesiones, o imprudencia grave con resultado de lesiones, como aquí se reclama, cuando no puede ser ésta la calificación de los hechos si se utiliza arma de fuego con clara intención de matar, no de lesionar.

Por otro lado, que no lo hubiera conseguido el único efecto que provoca es que se castiga como tentativa de asesinato, en lugar de hacerlo como asesinato consumado, pero no, como propone el recurrente, por imprudencia grave con resultado de lesiones, algo absolutamente rechazable, tal y como constan los hechos probados y la argumentación sólida del Tribunal.

Sin embargo, que hubiera tenido alguna oportunidad anterior a la ejecutada y no lo hubiera realizado no altera que cuando tomó la decisión de seguir a la víctima, al verla sola, fuera cuando efectuó el disparo a la víctima, y por la espalda; algo realmente innegable y que el recurrente no puede atribuir a un "acto imprudente grave" cuando:

a. Su intención estaba clara porque viene desde su localidad para matarla.
b. Lo redacta en una carta.
c. Se trae los cartuchos a sabiendas de que el padre de la víctima tenía una escopeta y la sustrae.
d. Que no lo hubiera hecho el mismo día que llegó, solo entra en la mente de una persona que más tarde sigue a su ex pareja y entra en su casa con la escopeta, pero no pudiendo matarle por la propia reacción de la víctima de apartar el cañón y salir huyendo, pese a lo cual el recurrente no se limita a llamarle diciéndole que "quería hablar", sino lo que le dice es que le quería matar claramente. Esto es hecho probado, es decir, que el recurrente le dijo: "TE MATO, TE MATO". Y que "cuando Penélope se encontraba a la altura del lateral de la piscina, la apuntó por la espalda, y con ánimo de atentar contra su vida, le disparó con el arma que portaba". Este es el hecho probado intangible, y no el expuesto por el recurrente.
e. Que no hubiera efectuado finalmente el segundo disparo para rematarla no altera lo que ya había hecho al disparar y espetarle "Te mato, te mato". Y así consta probado.

2. Que el pasamontañas lo llevaba para poder afrontar el frío, dado que los hechos sucedieron el mes de noviembre y pasó toda la noche en la finca es alegato rechazable, porque el pasamontañas no es, precisamente, una prenda para contener el frío, sino para no ser reconocido.

3. Que estaba en un estado depresivo por la separación y que la carta que llevaba donde expresaba sus intenciones la escribe estando bebido, lo que no se ha acreditado debidamente, como requiere la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo para que tenga virtualidad probatoria, sin que baste una mera alegación.

Sin embargo, pese al alegato del recurrente autoexonerándose de responsabilidad criminal, y realizando un relato personalísimo que se aleja del resultado de hechos probados, el Tribunal considera que la intención clara y real del recurrente era matarla por los siguientes factores:

1. La potencialidad del arma empleada para tal fin, argumento absolutamente convincente y concluyente que demuestra lo alejado de la realidad y veracidad de la intención real del recurrente, que no era la de "hablar con ella", sino matarla. De haber querido otro objetivo no habría escrito la carta, no hubiera traído los cartuchos, no le hubiera sustraído el arma al padre de la víctima y no le hubiera disparado a ésta.

2. El recurrente incumple conscientemente la orden de alejamiento , lo que agrava el hecho, al tener una orden que le impedía acercarse, y este delito de quebrantamiento de condena ya lo comete el mismo día anterior a los hechos cuando se acerca a la finca y merodea por ella, lo que determina que en ese instante ya se había cometido el delito del art. 468 CP por quebrantar la medida cautelar acordada.

3. El Tribunal reconoce que el acusado entra sin permiso en la finca vallada, recorre diversas estancias de la finca y permanece en definitiva en dichas dependencias, sin consentimiento, por espacio de 12 h.

4. El Tribunal reconoce que es evidente el delito de tenencia ilícita de armas pues tiene el arma toda la noche y la usa contra Penélope careciendo de permiso.

5. El acusado entra en morada ajena ya que lo hace, pero además, ya antes había quebrantado la orden de alejamiento desde el mismo momento en el que se había acercado a la finca nada más llegar, con independencia de que luego decida entrar en la morada ajena para ejecutar su acto.

6. El Tribunal concluye en su fundamentación jurídica que cuando el recurrente siente que sale Penélope le apunta tan cerca, que ella desvía el cañón con la mano y sale corriendo despavorida , de espaldas al procesado en dirección a la casa, el acusado le dispara por la espalda al tiempo que le grita que la va a matar . Por si la acción no fuera suficientemente ilustrativa de su intención, se le interviene tras su detención en el vehículo la carta que queda unida al procedimiento, cuyo original fue aportado por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio; carta manuscrita reconocida por el procesado en el plenario, que no puede ser más gráfica sobre la intención de matar del procesado. Como reconoció en su declaración en el Juzgado, que le fue leída en parte en el plenario F. 151 y 152, en ella anuncia en esencia que su hijo se iba a quedar sin padre y sin madre, pues a uno le esperaba la muerte y al otro la cárcel.

Es decir, que la conclusión del Tribunal es correcta y conlleva el rechazo de los motivos del recurrente dejando clara la verdadera intención del recurrente de matar que se desprende de:

1. Su preparación.
2. La carta que llevaba encima previamente redactada y que daba pruebas de su intención de matar a su madre y de acabar con su vida, episodio que se repite con frecuencia hoy en día, pero que en este caso las circunstancias evitaron el drama que pudo ocurrir, y en el que finalmente la víctima pudo salvar su vida al aparecer sus padres y emprender la huida. El recurrente fue capaz de escribir la carta y de tomar esa decisión, lo que demuestra la perversidad intencional de escribir su intención de que su propio hijo se quedara sin padre y sin madre. Que finalmente no fuera lo que ocurriera no reduce la maldad y perversidad de su intención.
3. Las amenazas de muerte.
4. Las características del arma empleada.
5. Haber apuntado en dirección al cuerpo de la mujer.

2. Respecto a la queja del recurrente por dar mayor valor a la declaración de la víctima.

Se queja el recurrente de que se le haya otorgado mayor valor a la declaración de la víctima en lugar de a la suya. Pero el Tribunal concluye que "Todo ello convenientemente acreditado por la declaración del testigo-víctima Penélope , persistente y coherente en su relato corroborado por datos objetivos y lo declarado por el resto de testigos, sus padres, Simón e Agustina , que presenciaron el hecho y acudieron en auxilio de su hija, el primero sin llegar a contactar con el procesado, con el que no llega a forcejear y la madre logró sostener a duras penas una plancha o base de sombrilla para tratar de protegerse ambas del procesado, a modo de escudo. Igualmente corroborado por la declaración del testigo Sr. Evaristo , que oyó los gritos, disparo y ve saltar al procesado con la escopeta en la mano".

La versión ofrecida por el recurrente es absolutamente inadmisible y no lo ha sido por el Tribunal, y debe rechazarse y confirmarse la alcanzada por el Tribunal, privilegiado por su inmediación.

Así, cuestionado por el recurrente el valor dado a la credibilidad de la víctima, y en este caso al resto de testigos, hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo, ha destacado que en cuanto a la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio, hemos afirmado que "queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan, en la valoración probatoria, la inmediación y la contradicción ( STS 1262/2006, de 28 de diciembre y STS 33/2016 de 19 de enero , entre otras).

En concreto y en relación a la declaración de la víctima se viene reiterando en la jurisprudencia que la ponderación de la prueba testifical depende sustancialmente de la percepción directa que de su producción hayan tenido los Tribunales de instancia. Así, esta prueba es adecuada para enervar la presunción de inocencia en los casos en los que la declaración se ve acompañada de una corroboración, cuando la mecánica de los hechos así lo permita.

Esta Sala, en numerosas sentencias, como es la STS 1505/2003 de 13 de noviembre , establece unos criterios orientativos para que la sola declaración de la víctima pueda desvirtuar la presunción de inocencia, y estos son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran

conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( arts. 109 y 110 LECrim ) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad ( STS 787/2015 de 1 de diciembre )".

El órgano de instancia considera más verosímil el relato de hechos ofrecido por la víctima que el mantenido por el acusado, y se apoya tanto en el análisis pormenorizado de su declaración, como en el resto del material probatorio, siendo así que no se advierte arbitrariedad alguna en los razonamientos del Tribunal a la hora de analizar los elementos que el recurrente considera dudosos. Y la versión ofrecida por el recurrente no se sostiene bajo los principios de la lógica ni resulta creíble, dado el abundante material probatorio existente.

3. La declaración de la víctima de violencia de género.

Es preciso poner de manifiesto que en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho.

En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la LECRIM que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así, y se limitó en el art. 2 de la misma a fijar la división entre víctima directa e indirecta, para fijar: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

Y pese a que en las Disposiciones Finales de la Ley 4/2015 modificó la LECRIM, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de "testigo" dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito , para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de

que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito.

Además, en casos como el presente, de tentativa de asesinato la gravedad de los hechos se cohonesta con la existencia de un hijo en común que otorga una gran especialidad en todos los órdenes al tratamiento de este tipo de casos.

Por otro lado, no se trata de supuestos en los que se abre una discusión que puede acabar en una agresión, sino de supuestos en los que, al cualificarlos como asesinato, el acusado ya tiene tomada una decisión, cual la de acabar con la vida de su pareja, o ex pareja. Y en estos casos la capacidad de defensa es nula o claramente reducida, por cuanto la férrea decisión de acabar con su vida del agresor le ha predispuesto a tener pensado y calculado cómo va a perpetrar el delito de asesinato, y ha tomado las debidas medidas para el aseguramiento del hecho, como en este caso en el que, tras las declaraciones de la víctima y testigos, el ahora recurrente tomó la decisión de valorar cómo ejecutar el acto y entrar al final en el inmueble con la escopeta y dirigirse a su ex pareja, como lo hizo. Sin embargo, que la víctima reaccione, como aquí ocurrió, en una situación de supervivencia, desviando el cañón de la escopeta como único mecanismo de escapada, no altera la calificación del delito, como propone el recurrente, para derivarlo a una mera imprudencia grave con resultado de lesiones, porque tomar la decisión de matar a su ex pareja con el modus operandi que preparó con detalle no puede conllevar el beneficio penal que propone el recurrente de llevar el hecho al terreno de la imprudencia. No se trata de una actuación con culpa, sino que se trata de una actuación con dolo. Y con dolo de matar. Y con dolo de hacerlo a su ex pareja. Y de llevarlo a cabo con la madre de su hijo. Ello integra un dolo delictivo propio y específico, que en este caso concreto, y según como sucedieron los hechos, debe estimarse con la alevosía desplegada para acabar con la vida de su pareja o ex pareja asegurando su resultado.

Se trata, así, de hechos de suma gravedad en la ideación de un crimen con unas circunstancias muy especiales y específicas en torno a la idea preconcebida y preparada de acabar con la mujer con la que ha tenido un hijo en común. Y que éste podría haber perdido en ese instante a su madre por un hecho tan impensable o imprevisible para cualquier ser humano, como el que una persona acabe asesinando a su ex pareja con la que tiene un hijo en común, olvidando el tremendo daño que lleva consigo su acción. Y que solo la capacidad de supervivencia de la víctima le permitió reaccionar de forma ágil y rápida para modificar la dirección de la escopeta para salir corriendo, pese a lo cual no pudo evitar que el recurrente le acabara disparando por la espalda, aunque sin conseguir acabar con su vida. Y ello, pese a haber puesto todos los medios para conseguir su objetivo.

Ningún beneficio penal, por ello, puede llevar consigo el resultado final, salvo que se trate como una tentativa de asesinato, y en ningún caso como una imprudencia grave. Y más que nada, porque no es una imprudencia, ni grave ni menos grave ( art. 152 CP ), tener la idea de asesinar a su ex pareja, coger unos cartuchos, apoderarse de una escopeta, vigilar los movimientos de la víctima y, finalmente, tomar la decisión de matarla cuando comprobó que mejor quedaba asegurada su mecánica comisiva, por lo que se desestima este motivo del recurso también respecto a la consideración imprudente del hecho que propone el recurrente.

4. Concurrencia de tentativa de asesinato por existencia de alevosía

El recurrente considera que concurre un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones previsto y penado en el artículo 147.1 y 148.12 y 42 del Código Penal y no un delito de asesinato.

Sobre la concurrencia de la alevosía que convierte el hecho en tentativa de asesinato en base al aseguramiento del hecho mortal que pretendía con total claridad al ahora recurrente, como se desprende de la secuencia narrada de los hechos probados en cuanto a su conducta de preparación y aseguramiento del hecho, así como la sorpresa y el grado inesperado que suponía para la víctima encontrarse de repente a su ex pareja con un

arma con intención de matarla, hay que recordar que, como ya ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 , la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, que en este caso son evidentes para asegurar el resultado y las nulas posibilidades de defensa, dado lo sorpresivo del acto del condenado ahora recurrente.

Además, ya dijimos en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 que, atendiendo a cada caso concreto, es posible apreciarlos desde una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos en el ataque del hombre sobre la mujer que es su pareja o ex pareja, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva por las circunstancias concurrentes que reducen la capacidad defensiva de la víctima, como en este caso ocurrió ante un ataque sorpresivo en su propio hogar, o en el de sus padres, con una aparición sorpresiva de su ex pareja con una escopeta y con clara intención de acabar con su vida.

Así, el autor empleó medios y modos tendentes a asegurar lo que finalmente ocurrió, ya que actuó de forma sorpresiva para evitar cualquier mecanismo de defensa de la víctima, pese a lo cual éste pudo desviar el arma y salir corriendo, aun no pudiendo evitar que al final le disparara. Pero la mecánica del hecho conllevaba un aseguramiento del fatal desenlace, o debió plantearse como totalmente previsible.

Sobre la apreciación de la alevosía se ha pronunciado este Tribunal Supremo (entre otras en Sentencia 775/2017 de 30 Nov. 2017, Rec. 10425/2017 ) señalando que "conviene recordar que el art. 22.1ª del C. Penal dispone que la alevosía concurre «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía:

1. En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.

2. En segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

3. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y

4. En cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( SSTS 907/2008, de 18-12 ; 25/2009, de 22-1 ; 37/2009, de 22-1 ; 172/2009, de 24-2 ; 371/2009, de 18-3 ; 541/2012, de 26-6 ; y 66/2013 , de 25- 1)".

En la sentencia 467/2015, de 20 de julio se estableció, al tratar sobre la naturaleza de la alevosía, que si bien esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha resaltado su aspecto predominante objetivo, pero exigiendo un plus de culpabilidad, al precisar una previa excogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, y queriendo el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado ( SSTS 632/2011, de 28-6 ; 599/2012, de 11-7 ; y 314/2015, de 4-5 ).

Por último, en lo concerniente a las modalidades de alevosía, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso:

a. La llamada alevosía proditoria o traicionera , si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha.

b. La alevosía sorpresiva , caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y

c. La alevosía por desvalimiento , en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente".

En el presente caso es el factor sorpresa, y/o el ataque inesperado del recurrente hacia la víctima lo que provoca que fuera factible el desenlace final, al no poder esperarse esta conducta la víctima al acudir a la casa de invitados, pese a lo cual pudo salvar su vida aunque le efectuó el disparo por la espalda. Ello hace concurrir la alevosía , teniendo que aplicar este caso con perspectiva de género en un intento del recurrente de acabar con la vida de su ex pareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución, lo que entra de lleno en la proporcionalidad de la pena.

**Tercero.**

El segundo motivo del recurso se centra en infracción de precepto constitucional por vulneración de precepto constitucional del artículo 24. 2 de la Constitución Española , derecho a un proceso público con todas las garantías, con sede procesal en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Se recoge por el recurrente que se ha faltado al principio in dubio pro reo, ya que Penélope , en su declaración ante la policía (f. 51) refirió que una vez en el suelo vio a su marido que "estaba cargando la escopeta para volver a dispararle de nuevo pero que su padre lo evitó ya que se dirigió hacia él con algún objeto en la mano para intimidarlo"; sin embargo en la vista oral afirmó que desde que cayó ya no vio nada. Y que mientras la víctima solo señaló que le escuchó decir que le iba a matar su madre dijo que iba a llamar a la policía. Estas y otras observaciones que se reseñan sobre las declaraciones de los testigos se hacen para poner en duda las versiones de estos, pero ante estas hay que recordar, como con acierto apunta la fiscalía, que no existe infracción de este principio in dubio pro reo cuando el Tribunal de instancia se limita a constatar la existencia de versiones contradictorias en relación con hechos que han sido objeto de prueba.

Este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE .

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción .

A) Derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas .

Como venimos afirmando, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que solo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( SSTC. 145/2003 de 6.6 , 300/2005 de 2.1 , 70/2007 de 16.4 ).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9 , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10 , 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal

de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, el Ttribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ).

Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgase un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante ( SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006 ).

B) El principio "in dubio pro reo " , presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos ( art. 741 LECr ).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del " in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado ( STS 45/97, de 16.1 ).

1. El principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda .

2. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12 ).

Por otro lado, como ya dijimos en la STS 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 "el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

¿Y qué es lo que debe comprobar el Tribunal Supremo en estos casos?

1. Que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia , lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2. Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal , con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1. En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba " , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además,

haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2. En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia " , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3. En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad " , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Frente al alegato del recurrente, el Tribunal llega a la conclusión que consta en el relato de hechos probados. Y no lo hace de forma y modo arbitrario, sino que lo explicita señalando que los hechos quedan "convenientemente acreditados por la declaración del testigo-víctima Penélope , persistente y coherente en su relato corroborado por datos objetivos y lo declarado por el resto de testigos , sus padres, Simón e Agustina , que presenciaron el hecho y acudieron en auxilio de su hija, el primero sin llegar a contactar con el procesado, con el que no llega a forcejear y la madre logró sostener a duras penas una plancha o base de sombrilla para tratar de protegerse ambas del procesado, a modo de escudo. Igualmente corroborado por la declaración del testigo Sr. Evaristo , que oyó los gritos, disparo y ve saltar al procesado con la escopeta en la mano. El agente con credencial n°. NUM004 rememoró en el plenario cómo localizó la escopeta (presente en las sesiones del plenario) a indicaciones del acusado, tras detenerle, especificando que no colaboraba, no bajó del vehículo, teniendo que sacarlo a la fuerza, si bien no se resistió activamente y no estaba agresivo, por último destacar lo declarado por la agente NUM005 que realizó la inspección ocular del vehículo del procesado y el agente núm. NUM006 que realizó la inspección ocular del lugar de los hechos. Por último, han declarado los padres de Penélope que el menor vio parte de lo ocurrido, a una persona con pasamontañas y escopeta, extremo que queda consiguientemente acreditado mereciendo sus testimonios, como el resto de testigos de cargo, plena credibilidad para la Sala, no habiéndose solicitado la exploración del menor, según explicó el Ministerio Fiscal, para su mayor protección y evitarle una víctimización secundaria al proceso, razón que el tribunal comparte".

En este caso, las matizaciones que ofrece el recurrente no alteran la base real valorativa que ofrece el Tribunal en torno a cómo se desarrollan los hechos, suponiendo versiones contradictorias, pero que otorgan al Tribunal su facultad de optar por la versión que es creíble en base a la conjunción de elementos probatorios que especifica debidamente en la sentencia, por lo que se entiende ajustado el proceso valorativo expuesto por el Tribunal al no partir de la arbitrariedad, sino de la plena justificación. Los datos y pruebas son demoledores en orden a la presencia del recurrente en el domicilio de los padres de la víctima, a sabiendas de que allí estaría, la escopeta que llevaba encima y acaba disparando a la víctima, las frases que expuso de que la iba a matar, la carta que se encuentra en donde constan sus ideas de acabar con ella, el quebrantamiento de la orden de alejamiento que demuestra la no observancia de su prohibición, son datos concluyentes que llevan al propósito delictivo bien valorado por el Tribunal.

El motivo se desestima.

**Cuarto.**

El tercer motivo se basa en el alegato de la infracción de Ley, por inaplicación del artículo 17.2 apartado 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no aplicar la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada, dado que, en este caso, para quebrantar la medida cautelar, es necesario incurrir en el delito de allanamiento de morada.

Señala el recurrente que el delito de allanamiento de morada era medio o facilitador del delito de quebrantamiento de medida cautelar dado que el encausado desconocedor de los hábitos de vida de la víctima, no podía intentar hablar con ella fuera de su domicilio, puesto que tan solo tenía conocimiento de su lugar de residencia; por tanto, era el único lugar donde podía intentar la conversación perseguida, aun a sabiendas de que cometería un delito de quebrantamiento de la medida cautelar, constituyendo de este modo, el delito de allanamiento de morada, el medio de conseguir el acercamiento deseado.

Sin embargo, debe desestimarse el motivo, de igual modo, dado que, como con acierto señala la Fiscalía, el quebrantamiento de la medida cautelar se consumó en cuanto se acercó a menos de 150 metros de su expareja y víctima, con independencia de que tras rebasar dicha distancia se produjera el delito allanamiento de la morada en concurso real con el anterior.

En efecto, del relato de hechos probados se produce una actuación desdoblada del recurrente, en tanto en cuanto la llegada de éste al radio de acción del "perímetro de prohibición" que tenía la víctima supone ya la comisión del delito del art. 468 CP nada más llegar al inmueble residencia de los padres de la víctima, ante el desplazamiento de la víctima al mismo por razones de seguridad, vulneración que consta nada más que detecta la presencia de la víctima en el lugar esperando a actuar posteriormente como consta en los hechos probados. Más tarde, el acceso inconsentido a la vivienda supone el delito de allanamiento de morada, dos hechos delictivos que atentan a bienes jurídicos distintos, ya que mediante la comisión del delito del art. 468 CP se comete un delito contra la administración de justicia y con el delito de allanamiento de morada se comete un delito contra la inviolabilidad del domicilio, habiendo admitido esta aplicación con autonomía esta Sala del Tribunal Supremo entre otras en el Auto 2084/2014 de 18 Dic. 2014, Rec. 10722/2014 . La sucesión del hecho está dotada de una clara autonomía, ya que el quebrantamiento de medida cautelar se comete de forma autónoma el mismo día que llegó al inmueble, con independencia de que cuando toma la decisión de acceder al inmueble comete el delito de allanamiento de morada.

No puede existir vulneración de la prohibición del principio "non bis in idem" cuando los hechos están desglosados en momentos distintos al no existir unidad de acto. Es evidente que un solo hecho no puede constituir dos infracciones, pero dos hechos ilícitos, como aquí ocurren en este caso constituyen las dos infracciones penales por las que ha sido condenado y no suponen infracción del citado principio, atentando, además, contra bienes jurídicos distintos.

El motivo se desestima.

**Quinto.**

Se plantea en cuarto lugar la infracción de precepto penal, por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.1º, con relación al artículo 20.1º del Código Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tal y como se desprende de la practicada y entre ésta, el documento nº 2 aportado junto con el escrito de defensa.

Hay que reseñar que los hechos ocurren el día 11 de Noviembre de 2015 y que la carta la escribió trastornado; además, aporta informes de fecha 3 de Abril de 2017 (año y medio después de los hechos) y otro de fecha 13-10-2015, un mes anterior a los hechos, señalando que tuvo que ir al médico tras la denuncia que le puso su ex pareja, lo que no puede llevar consigo, como señala la sentencia de instancia, una "patente de corso" o un "cheque en blanco" para cometer un delito y que lleve aparejado una atenuación de la responsabilidad penal. Según recoge la sentencia consta la preparación del crimen ya que "el desarrollo y preparación del hecho delictivo revela sangre fría y cierta planificación; su ejecución es prolongada en el tiempo, permanece oculto en la casa más de 12 horas. Ya días anteriores había escrito la carta reconocida en el juicio de su puño y letra, que no deja duda sobre sus intenciones de acabar con la vida de Penélope ". Otro informe lo fecha Informe de Urgencias de fecha 13 de octubre de 2015, pero la circunstancia de que un mes antes de los hechos se haya tenido que acudir a un centro médico y obtener un informe no provoca o conlleva una constatación de la disminución de la responsabilidad penal, por no existir constatación de que "el día de los hechos" existía esa afectación a su voluntad y capacidad, que es lo que configura la atenuación de la responsabilidad, y no que en otros periodos lo haya estado.

El recurrente también postula la infracción de precepto penal por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2º con relación al artículo 20.2º del Código Penal con manifiesto error en la apreciación de la prueba, a tenor de los dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Es decir, en la misma línea suscita la vía del error en la valoración de la prueba por no admitirse o tenerse en cuenta la documental que refiere, tanto por alteración psíquica como por consumo de alcohol.

Pero el Tribunal rechaza la admisión de ambas circunstancias modificativas de responsabilidad penal señalando que el acusado "estuvo 12 h, cuando menos, previas a la comisión del delito, sin consumirlo. Igualmente hay que desestimar la circunstancia de alteración psíquica que impidiera o dificultara la comprensión de la ilicitud del hecho delictivo. Es necesario el doble requisito exigido por el precepto, por lo que no basta con el mero diagnostico, sino que hay que poner en relación la anomalía o alteración psíquica con el acto delictivo y establecer una relación de causalidad, lo que en absoluto consta acreditado, por tanto que tome ansiolíticos para la depresión lejos de estimular la acción delictiva debería haber servido para su inhibición y en cualquier caso no hay base para afirmar la relación, por tanto no se aprecia ninguna anomalía o alteración psíquica permanente y menos un trastorno o alteración psíquica transitoria que le predisponga a reaccionar en cortocircuito que afecte a su inteligencia y voluntad sin llegar a anularlas. El trastorno mental transitorio exige una irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades, de breve duración y curación sin secuelas, que no haya sido provocado por el que la padece con propósito de delinquir o lograr la impunidad de sus actos ilícitos, presupuestos que tampoco

concurren por lo que cae por su base las atenuantes solicitadas. El acusado actúa con conciencia y voluntad de lo que está haciendo y sus acciones son consecuentes con la finalidad que persigue manifestando en la carta manuscrita y planificada por el acusado".

Hay que señalar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004 , donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega ( art. 855, párrafo 3º LECrim ).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999 (LA LEY 3844/1999), de 5 de abril).

Con respecto a la alegación de la alteración psíquica esta Sala del Tribunal Supremo señala (entre otras Auto 1484/2016 de 22 Sep. 2016, Rec. 1208/2016 ) que "ha señalado la jurisprudencia con respecto a la apreciación de las atenuaciones de la responsabilidad criminal por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). De modo que una base patológica, acreditada, que en realidad no supusiera condicionamiento para las referidas facultades psicológicas o que careciera de vinculación con el concreto campo de la conducta humana a la que el hecho típico se refería, no podía ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la consideración de la imputabilidad. Lo que, por otra parte, para los supuestos de exención incompleta de la responsabilidad, construidos a partir de la atenuante 1ª del artículo 21, en relación con cualquiera de las eximentes señaladas y, respecto de sus efectos penales, con el 68 del mismo Código Penal , significa una semejante configuración estructural, si bien, en estos casos, la afectación de las facultades psíquicas no requiere una anulación total de alguna de ellas, sino, tan sólo, su severa limitación ( STS 60/2016, de 4 de febrero )".

Además, hemos señalado ( Sentencia 467/2015 de 20 Jul. 2015, Rec. 10253/2015 ) que "las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo ( SSTS. 138/2002 de 8.2 , 716/2002 de 22.4 , 1527/2003 de 17.11 , 1348/2004 de 29.11 , 369/2006 de 23.3 ). En efecto las causas de inimpugnabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal ( STS. 1477/2003 de 29.12 ).

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal ( SSTS. 701/2008 de 29.10 , 708/2014 de 6.11 )".

No existe en el presente caso una constatación de esa afectación el día de los hechos de una alteración psíquica, o de consumo de alcohol instantáneo que ese mismo día haya afectado a la imputabilidad del sujeto. Podemos decir que la circunstancia del recurrente de que estuviera afectado por la denuncia de su ex pareja por malos tratos no puede suponer un desencadenante de una acción/reacción que lleve como consecuencia la decisión de matar. De ser esto cierto en cualquier caso en el que una mujer víctima de malos tratos presentara una denuncia daría pie a una alegación de depresión que conllevara una reclamación de una exención o atenuación de responsabilidad penal por afectar al sujeto la comunicación de una circunstancia como la separación o divorcio o la presentación de una denuncia. Y que ello actuara como eximente o atenuante de la responsabilidad penal para que se aplique directamente una rebaja de la pena si intenta asesinar a su ex pareja, alegando haberle afectado psicológicamente la presentación de una denuncia, o que antes hubiera tomado bebidas alcohólicas, ya que el recurrente estuvo en torno a las 12 horas esperando a tomar la decisión de acabar con la vida de su ex pareja.

En la antes citada sentencia de esta Sala se recuerda, también, que "las SSTS. 632/2011 de 28.6 y 625/2010 , matizan estas categorías indicando que en supuestos de adicción acreditada del sujeto a las bebidas alcohólicas, dicha dependencia será relevante si además concurren alguna de las siguientes condiciones: o bien la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas que tengan su causa en dicha adicción, lo que podrá constituir también base para estimar la eximente completa o incompleta según el grado de afectación del entendimiento o la voluntad; o, en segundo lugar, por la vía de la atenuante del artículo 21.2 C.P , atendida su relevancia motivacional, supuesta la gravedad de la adicción, debiendo constatarse una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración del delito. Ahora bien no basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, pues en cualquier caso, en el actual sistema del C.P. se trata de circunstancias que afectan a las capacidades del sujeto, no es suficiente con determinar la causa que las origina, sino que es preciso además especificar los efectos producidos en el caso concreto.

Por ello, para considerar el alcoholismo crónico como sustrato de una circunstancia que exima o aminore la imputabilidad del sujeto es preciso no solo la presencia de la enfermedad, sino también la constatación de la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habría de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad ya que, fuera de las situaciones graves que pueden llegar a la "locura alcohólica" que origine la irresponsabilidad del sujeto, o las situaciones menos graves en las que no se anule la personalidad pero si se disminuyen las facultades de inteligencia y voluntad, fuera de esas situaciones, el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir, SSTS. 261/2005 de 28.2 , 1424/2005 de 5.12 , 6/2010 de 27.1 , que insisten en que el alcoholismo y la psicosis tóxica pueden ser acogidos como circunstancias eximentes o como atenuantes de exención incompleta, cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología, y para apreciar la psicosis de origen alcohólico con efecto de eximente incompleta es preciso no solo la enfermedad, sino también la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad ya que -se insiste- el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir.

En cuanto a la posibilidad de la presencia de un trastorno de la personalidad no especificado, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. 1400/99 de 9.11 , 1126/2011 de 2.11 , 1172/2011 de 10.11 , 1377/2011 de 29.12 , 708/2014 de 6.11 , precisa que no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP está basado en esos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anormales o alteraciones psíquicas, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo ( STS 314/2005, de 9-3 ) y sigue insistiéndose en que "es necesario poner en relación la alteración mental con el acto delictivo concreto" ( STS 437/2001, de 22-3 , 332/97 de 17-3 ), declarando que "al requerir cada uno de los términos integrantes de la alteración de imputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro" ( STS 937/2004, de 19-7 ), y se puntualiza que "cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" ( STS 175/2008, de 14-5 ). No obstante, se considera aplicable este segundo elemento "cuando los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad (las enfermedades mentales, las graves alteraciones de la conciencia o la debilidad mental) se dan en un alto grado" ( STS 258/2007, de 19-7 ).

Sentada esta premisa debemos reconocer que la doctrina jurisprudencial en materia de tratamiento jurídico de los trastornos de la personalidad es desgraciadamente fluctuante y a veces con confusión conceptual psíquica,

lo que no debe sorprender cuando en la propia bibliografía médica especializada persisten las discusiones sobre su naturaleza y origen, clasificación, efectos y posibilidad de tratamiento terapéutico.

Formado el concepto tradicional de enajenación a partir del modelo de la psicosis como arquetipo de la enfermedad psíquica, no es de extrañar que encontrara resistencia el reconocimiento del efecto excluyente y aún solo limitativo de la imputabilidad de otros trastornos mentales distintos.

La Sentencia 2006/2002, de 3 de diciembre , se ocupó de un caso de trastorno delirante de perjuicio y un trastorno límite de la personalidad, patologías éstas que, en el momento de ser cometidos los hechos, disminuía levemente su facultad de control de los impulsos, por lo que la Audiencia Provincial apreció la concurrencia de una atenuante análoga a la semieximente de anulación de las facultades mentales por anomalía psíquica.

El Tribunal casacional recordaba que la Jurisprudencia había establecido ... que "no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas ( S. de 9/10/99 , núm. 1400).

Ya la jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" ( STS. de 20/01/93 , núm. 51).

Igualmente ha señalado que los trastornos de la personalidad, como es el caso, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo ( STS. de 11/06/02, núm. 1074 o 1841/02 , de 12/11).

Esta última precisión es muy importante. La categoría nosológica de los trastornos de la personalidad (como antes, la de las psicopatías) incluye una serie de desórdenes mentales ("mental discordes") de contenido muy heterogéneo, por lo que el tratamiento jurídico penal de uno de ellos no siempre será exactamente extrapolable a todos los demás. Por eso, la Sentencia 2167/2002, de 23 de diciembre , advierte prudentemente que se trata de "... anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos ....".

Los trastornos de la personalidad, en definitiva, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad ( STS. de 11-06 y 12-11-2002 ; 846/2008 a 1-11; 939/2008 de 26/12)".

En hechos de violencia de género, como el presente, que son consecuencia de actuaciones anteriores de denuncias previas por hechos de malos tratos, o solicitudes de separación o divorcio no puede admitirse la alteración psíquica, o que se haya tomado el autor del hecho bebidas alcohólicas en otros momentos, cuando en este caso la premeditación es clara al desplazarse desde un punto lejano para perpetrar el crimen y estar nada menos que 12 horas hasta pretender consumarlo cuando entendió que podría asegurar su comisión. Pero debe quedar claro que la afectación que a una persona le suponga una denuncia por malos tratos o una ruptura matrimonial no puede suponer una especie de "cheque en blanco" para realizar un acto más grave de violencia de género, como en este caso lo constituye una tentativa de asesinato, a fin de postular luego una disminución de la pena señalando que todos los hechos anteriores le habían provocado una alteración psíquica y que había consumido alcohol, ya que no queda acreditado que el mismo día de los hechos concurría esa afectación a su voluntad y capacidad de actuar, por lo que no se admiten las circunstancias modificativas de responsabilidad penal alegadas.

Por todo ello, se desestima el recurso.

**Sexto.**

Desestimándose el recurso, las costas se impone al recurrente ( art. 901 LECrim ).

**F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado D. Victor Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, de fecha 4 de octubre de 2017 , en causa seguida contra el mismo por delitos de asesinato en grado de tentativa, de quebrantamiento de medida cautelar, de allanamiento de morada y de tenencia ilícita de armas. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro
Antonio del Moral García Ana María Ferrer García
Vicente Magro Servet

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.