



Roj: **STS 1141/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1141**

Id Cendoj: **28079120012018100142**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **10573/2017**

Nº de Resolución: **124/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 693/2017,**
STS 1141/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10573/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 124/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10573/2017-P, interpuesto por **D. Virgilio Maximiliano** , **D. Artemio Prudencio** y por **D. Alvaro Gaspar** representados todos ellos por el procurador D. Pablo Trujillo Castellano y bajo dirección letrada de D.ª Natalia Crespo de Torres contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera .

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D.ª Mercedes Agustina** representada por la procuradora D.ª Mar Mohino Roldán, bajo dirección letrada de D. Jesús Corella García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Ciudad Real, tramitó Procedimiento Sumario Ordinario núm. 3/2014 contra **D. Virgilio Maximiliano** , **D. Artemio Prudencio** y **D. Alvaro Gaspar** por delitos de asesinato, homicidio y tenencia ilícita de armas; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, cuya



Sección Primera (Rollo P.O. Sumario. núm. 6/2014) dictó Sentencia en fecha 22 de junio de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO.- Como consecuencia de la separación de Agueda Mariana y Virgilio Maximiliano, se produjo una enemistad entre las familias Mercedes Agustina Benjamin German Horacio Everardo Urbano Bruno Agueda Mariana y Artemio Prudencio Mariano Jenaro Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano que ha dado lugar a varios incidentes.

El primero de ellos el día 8 de mayo de 2011, cuando Virgilio Maximiliano se dirigió al domicilio donde se encontraba Agueda Mariana para recoger a las hijas de la pareja, surgiendo un grave conflicto, con utilización de armas de fuego y cuchillos que dio lugar a la sentencia nº 509/2015, de 19 de noviembre de 2015, del Juzgado de lo Penal nº 1, donde resultaron condenados dos personas de la familia Mercedes Agustina Benjamin German, sin que pudiera ser juzgado Benjamin German al haber fallecido, tal como luego se relatará.

Un segundo incidente se produjo en la tarde del día 17 de enero de 2013 cuando Mariano Jenaro y sus hijos Virgilio Maximiliano, Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar en el vehículo BMV matrícula CPN persiguieron un vehículo en el que viajaban varios miembros de la familia Mercedes Agustina Benjamin German, llegando el primero a disparar varias veces con una pistola que le había dado el segundo, hiriendo a Justiniano Dimas, hechos por los que fueron condenados por los delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas Mariano Jenaro y Virgilio Maximiliano, y como cómplices por el delito de tentativa de homicidio Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar, en sentencia dictada por esta misma Sección de la Audiencia nº 16/14, de 20 de mayo, siendo declarada firme el 16 de junio de ese año.

Como consecuencia de estos hechos parte de la familia Artemio Prudencio Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano abandonó Ciudad Real para recabar en Linares (Jaén).

SEGUNDO.- Con estos antecedentes, y persistiendo el conflicto entre las familias, los procesados Virgilio Maximiliano, mayor de edad y con antecedentes penales, Artemio Prudencio, alias "Nota", mayor de edad y con antecedentes penales, y Alvaro Gaspar, mayor de edad y con antecedentes penales, que en los tres casos son los recogidos en el apartado anterior (sentencia nº 16/14), se desplazaron desde la localidad de Linares (Jaén) a Torralba de Calatrava (Ciudad Real) en la mañana del 23 de junio de 2014 utilizando el vehículo marca BMW, modelo serie 5 de color gris, matrícula CPN, propiedad del procesado Artemio Prudencio y asegurado en la compañía Allianz.

El propósito de los procesados era acabar con la vida de Benjamin German, para lo que llevaban una escopeta en el vehículo, concretamente una escopeta P. Beretta A303 del calibre 12 con el número de serie borrado y el cañón recortado.

Benjamin German en compañía de su mujer Mercedes Agustina estaban esa mañana, como todos los lunes, vendiendo telas en el mercadillo de Villacañas (Toledo), regresando después a su domicilio en Ciudad Real, ello en su furgoneta Ford Transit, matrícula VTQ.

A bordo del vehículo que conducía Virgilio Maximiliano, situándose Artemio Prudencio en el asiento delantero y Alvaro Gaspar en el trasero, coincidieron con Benjamin German en la A-43 a la altura de Torralba de Calatrava, por donde Benjamin German tenía que pasar al venir de Villacañas, comenzando una persecución que llegó a alcanzar los 180 km/h, y en la que llegaron a golpear repetidamente por detrás a la furgoneta, con grave peligro para los ocupantes de ésta y el resto de usuarios de la vía. Tras varios kilómetros de persecución a esa alta velocidad Benjamin German decidió tomar la salida 9 de la autovía (Carrión de Calatrava) a fin de esquivar a sus perseguidores sin conseguirlo, de tal forma que en ese carril de deceleración embistieron a la furgoneta con tal fuerza que ambos conductores perdieron el control de sus vehículos siguiendo circulando hasta que en la rotonda que regula la intersección con la carretera CR 511 chocaron contra un bordillo de 25 cms de altura, reventando las ruedas, y siguiendo la trayectoria hasta salirse de la vía, chocando con el talud elevado del margen derecho del carril de incorporación desde la CR 511 a la A-43, y el turismo BMW también contra un olivo, donde quedan ambos vehículos prácticamente en paralelo y a escasos metros uno del otro, habiendo recorrido unos 80 metros desde el punto de colisión.

Acto seguido se bajaron los tres ocupantes del vehículo asumiendo distintos papeles en el propósito que les traía, quedando Alvaro Gaspar junto al coche y dirigiéndose Virgilio Maximiliano y Artemio Prudencio hacia la furgoneta, sacando Virgilio Maximiliano a Benjamin German tirándole de los pelos ante el estado de aturdimiento que tenía, llegando a tirarlo al suelo donde ambos le golpearon con piedras en la cabeza para finalmente dirigirse al vehículo BMW de donde sacaron la escopeta, disparando Virgilio Maximiliano en dos ocasiones, una de ellas, al menos, a cañón tocante en la cabeza de Benjamin German lo que le provocó la muerte.



De la furgoneta también se bajó Mercedes Agustina , quien intentó auxiliar a su marido, siendo golpeada por ello, llegando a ser encañonada si bien Virgilio Maximiliano desistió de disparar contra ella.

Finalmente los tres hermanos Artemio Prudencio Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano se marcharon corriendo del lugar, después de tirar la escopeta bajo un olivo cercano, siendo detenidos al día siguiente en Linares.

TERCERO.- Benjamin German sufrió contusiones y erosiones en miembros inferiores y abdomen y fracturas, heridas y erosiones a nivel facial por la caída al suelo y ser golpeado con objetos piedras y lesiones craneo-encefálicas masivas por disparo por arma de fuego.

Mercedes Agustina sufrió esguince cervical, contusión torácica con hematoma en hombro derecho que se extendió al pectoral y mama derecha y erosiones múltiples, que precisaron de 45 días para su curación, bultoma en zona superointerna de mama izquierda y herida inciso contusa en occipital que fue saturada con dos grapas.

Del matrimonio de Benjamin German y Mercedes Agustina han nacido tres hijos: Patricio Victor , nacido el NUM000 de 1999, Leticia Macarena , nacida el NUM001 de 2005 y Urbano Bruno , nacido el NUM002 de 2012. De Benjamin German viven sus padres: Horacio Everardo y Clemencia Carla , así como dos hermanos: Tomasa Zaira y Patricio Víctor , este último con residencia y convivencia en el domicilio de sus padres.

Los daños en la furgoneta Ford Transit ascienden a 12.189,74 ? y en la mercancía que portaba a 1.622 ?. El valor venal del vehículo asciende a 11.350 ?.

CUARTO.- Virgilio Maximiliano es consumidor de Cannabis, sin que se haya acreditado que ello altere sus facultades intelectuales».

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

« **A)** Que por unanimidad debemos condenar y condenamos a Virgilio Maximiliano :

a) Como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 20 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante este tiempo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 30 años.

b) Como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, en concurso ideal con un delito de conducción temeraria del art. 381 del Código Penal , a la pena de 10 años menos un día de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 15 años.

c) Como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 3 años, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo.

B) Por unanimidad igualmente condenamos a Artemio Prudencio :

a) Como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 20 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante este tiempo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 30 años.

b) Como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, en concurso ideal como cooperador necesario con un delito de conducción temeraria del art. 381 del Código Penal , a la pena de 10 años menos un día de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 15 años.

c) Como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del Código Penal , a la pena de 2 años, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo.

C) Por unanimidad por último condenamos a Alvaro Gaspar :

a) Como autor responsable de un delito de asesinato del art. 139.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 20 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante este tiempo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 30 años.



b) Como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, en concurso ideal como cooperador necesario con un delito de conducción temeraria del art. 381 del Código Penal, a la pena de 10 años menos un día de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante 15 años.

c) Como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del Código Penal, a la pena de 2 años, con inhabilitación especial durante este tiempo durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo.

D) Los condenados abonarán cada uno 1/3 de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

E) Los condenados abonarán de forma solidaria las siguientes cantidades a las personas que se mencionan:

- D^a. Mercedes Agustina en 112.112,80 €, por la muerte de su marido más la cantidad de 10.625 € por las lesiones padecidas.

- Patricio Victor en 95.163,60 €.

- Leticia Macarena en 108.539,80 €.

- Urbano Bruno en 112.915 €.

- D. Horacio Everardo en 40.400 €.

- D^a. Clemencia Carla en 40.400 €.

- D^a. Tomasa Zaira en 15.400 €.

- D. Patricio Victor en 26.650 €.

- D^a. Mercedes Agustina junto con sus hijos Patricio Victor, Leticia Macarena y Urbano Bruno en la cantidad de 12.184,74 € por los daños materiales del vehículo.

Todas estas cantidades con los intereses legales establecidos en el art. 576 de la L.E.C.

F) En ejecución de sentencia se determinará si la aseguradora Allianz concertó seguro voluntario, en cuyo caso deberá abonar de forma solidaria con los condenados a D^a. Mercedes Agustina la cantidad de 10.625 € por las lesiones padecidas, y a ésta junto con sus hijos la cantidad de 12.184,74 € por daños materiales.

G) Se decreta el decomiso del vehículo BMW matrícula CPN, al que se le dará el destino legal, así como al arma intervenida y demás objetos así mismo intervenidos, debiendo devolver a sus propietarios las documentaciones de carácter personal, y a la perjudicada junto con sus hijos la furgoneta y documentación relativa a la misma.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono a los condenados la totalidad del tiempo que han permanecido cautelarmente privados de libertad por esta causa».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Virgilio Maximiliano, Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso de Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto del artículo 24.2 de la Constitución Española que recoge el Derecho a la Presunción de Inocencia

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24.1, que recoge el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, con interdicción de indefensión, en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española, que exige la motivación de las resoluciones judiciales.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 138, 16, 62, 28 y 381 del Código Penal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 139.1º del Código Penal



Recurso de Virgilio Maximiliano

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 139.1º del Código Penal .

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 138, 16 , 62, 28. Procedencia de aplicar el art. 152.1 (lesiones por imprudencia grave) o, de forma alternativa y subsidiaria, el art. 142 del Código Penal (homicidio imprudente en grado de tentativa), 16, 62 y 28, en concurso con el delito de conducción temeraria del art. 381.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del art. 21.3º del Código Penal (arrebato), y, con carácter alternativo y subsidiario la circunstancia analógica del art. 21.7º en relación al art. 21.3º del Código Penal .

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida interesó la inadmisión a trámite del recurso interpuesto solicitando la desestimación de todos los motivos; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los motivos del recurso interpuesto solicitando su desestimación de manera subsidiaria, de conformidad con lo manifestado en su escrito de fecha 28 de noviembre de 2017; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 27 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en concreto del artículo 24.2 de la Constitución Española que recoge el derecho a la presunción de inocencia

1. Afirman que la prueba practicada no es de cargo en relación a uno y otro recurrente. De la sentencia, señalan, resulta que la causa que determinó el fallecimiento de D. Benjamin German fue el disparo ejecutado por Ramón, pero nada acredita sobre la participación de Don Artemio Prudencio y Don Alvaro Gaspar en este hecho, así como tampoco en el resto de las infracciones criminales por las que han resultado condenados.

Indican que desconocen cuál es el proceso inductivo-deductivo que pudo conducir "lógica y razonablemente" a una sentencia condenatoria sin prueba de cargo respecto de Artemio Prudencio y de Alvaro Gaspar cuya actuación se limitó, el primero, a ocupar el asiento delantero del vehículo que conducía su hermano Virgilio Maximiliano y a mantenerse inconsciente en el interior del vehículo una vez producida la colisión con la furgoneta en la que viajaba Benjamin German y su mujer; y, el segundo (Alvaro Gaspar), a mantenerse junto al vehículo en el que viajaba junto con sus hermanos; estando ambos incluso ajenos al hecho probado de que Mercedes Agustina viajaba en el interior de la furgoneta junto a Benjamin German , y ajenos al hecho de que en el vehículo BMW en el que viajaban los tres hermanos albergase la escopeta que acabó con la vida de Benjamin German .

Si bien, admiten la existencia de elementos de convicción empleados por la Sala sentenciadora, pero reprochan, en cuanto a Artemio Prudencio , que entre las muchas declaraciones de la testigo de cargo, esposa de la víctima, el tribunal se inclinara por la prestada en el plenario. Tampoco está conforme con que el tribunal considerara avalada su versión por la presencia de sangre del procesado en la furgoneta de la víctima, puesto que a su entender, cabían otras hipótesis que justificarían la aparición de su sangre en dicho vehículo y pudiera tratarse de una transferencia accidental de restos homeopáticos al viajar Artemio Prudencio al lado de Virgilio Maximiliano en el vehículo conducido por éste. Por último, se sugiere la presencia de móviles espurios en la testigo no solo porque además de lo sufrido personalmente, es la viuda de la víctima y en consecuencia perjudicada por dos delitos, sino porque las familias estaban enfrentadas desde hacía mucho tiempo.

En cuanto a Alvaro Gaspar , partiendo de la afirmación de que en el *factum* solo consta que viajó en la parte posterior del BMW conducido por Virgilio Maximiliano , permaneciendo junto al coche en todo momento, se insiste en la ausencia absoluta de prueba de cargo.

2. La jurisprudencia de esta Sala reitera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo



de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Consecuentemente no basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo : "...sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 ; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; y 70/2010, de 18 de octubre , FJ 3); [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que 'entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos' (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13)" (SSTC 13/2014 a 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 6 , y 23/2014, de 30 de enero , FJ 5).

En definitiva, es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

3. En autos, ninguna tacha de irracionalidad o arbitrariedad es predicable de la sentencia de instancia; mientras que la suficiencia de la prueba de cargo debidamente obtenida, se explicita y justifica de forma lógicamente motivada.

Al igual que informa el Ministerio Fiscal, observamos que la Audiencia puntualiza en esencia, que los procesados admiten los hechos aunque en su versión, atribuyen la autoría exclusivamente a Virgilio Maximiliano quien conducía el vehículo y fue quien materialmente disparó a la víctima. A partir de aquí, la Sala valora la testifical de la esposa del fallecido y la versión de descargo de los recurrentes, inclinándose por lo manifestado por Mercedes Agustina , en tanto que a diferencia de la versión de descargo, su testimonio resultó corroborado por otras pruebas.

Frente a la versión de que Artemio Prudencio no salió del coche, el tribunal destaca que la testigo declaró todo lo contrario, precisando que Artemio Prudencio golpeó a su marido con piedras, como también la golpeó a ella, llegando incluso a decir a Virgilio Maximiliano que la matara a ella también, viendo como los tres procesados salían corriendo tras tirar la escopeta. En esta línea, razona la Sala que la versión de la testigo resulta corroborada por la pericial sobre restos de sangre de Artemio Prudencio encontrados en el vehículo en el que viajaban las víctimas.

En cuanto a Alvaro Gaspar , cualquier duda que pudiera albergarse resulta desvanecida, precisa la Audiencia, desde el momento en el que aparecen sus huellas en distintas partes del arma (en el gatillo, empuñadura y guardamanos) y se constata que presenció toda la secuencia sin hacer nada para evitar lo que estaban haciendo sus hermanos.

De igual modo, la Audiencia, rechaza la versión donde Benjamin German y no los procesados, habría iniciado la disputa acometiéndoles con la furgoneta por lo que si los acusados le adelantaron fue para poder huir y no para agredirle; la tacha de increíble y recuerda, los importantes daños que presenta la furgoneta en la parte trasera, que corroboran la versión de la testigo; son ellos quienes acometen a la furgoneta por detrás y si hubieran querido huir tal como dicen, bien pudieron hacerlo sin problema alguno dada la potencia de su vehículo, muy superior a la de la furgoneta de la víctima.

En definitiva:

a) Tras los graves incidentes entre las familias Mercedes Agustina Benjamin German por una parte y Artemio Prudencio Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano , por otra, de 8 de mayo de 2011 y de 17 de enero de 2013, por



los que ya son condenados los recurrentes y un cuarto hermano más, en sentencia de 20 de mayo de 2016, en diverso grado de participación por delito de homicidio en grado de tentativa, al perseguir un vehículo en el que viajaban diversos miembros de la familia Mercedes Agustina Benjamin German, disparando y alcanzando a Justiniano Dimas que resultó herido; de nuevo el 23 de junio los tres hermanos Artemio Prudencio Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano, se desplazan desde Linares a la provincia de Ciudad Real, en el vehículo BMW propiedad de Artemio Prudencio y conducido por Virgilio Maximiliano, portando una escopeta P. Beretta A303 calibre 12, con el número de serie borrado y el cañón recortado.

Esto resulta acreditado tanto por la documental de las resoluciones judiciales, como por la propia admisión de los condenados, aunque difieran en su versión sobre el momento en que se enteran de la existencia de la escopeta.

b) El concreto lugar al que se desplazan es Torralba de Calatrava, ubicación por donde había de pasar Benjamin German, que como todos los lunes, en compañía de su mujer, Mercedes Agustina, al cesar su actividad en el mercadillo de Villacañas, regresaría a su domicilio en Ciudad Real, en su furgoneta Ford Transit.

Acreditado por la declaración de Mercedes Agustina, pero también los acusados admiten el desplazamiento desde Linares hasta esa ubicación; y las explicaciones que otorgan, ajenas a la espera del paso de Benjamin German y su mujer, carecen de coherencia.

c) Una vez que coinciden en la autovía ambos vehículos, inician los acusados una persecución durante varios kilómetros que llegó a alcanzar los 180 km/h, y en la que golpean repetidamente por detrás a la furgoneta, con el consecuente grave peligro para los ocupantes de ésta y el resto de usuarios de la vía; hasta que en la salida 9 de la autovía que tomó Benjamin German a fin de esquivar a sus perseguidores, es embestido fuertemente perdiendo ambos conductores el control de sus vehículos, chocaron contra un bordillo, reventando las ruedas, colisionando con el talud elevado del margen derecho la furgoneta y el turismo BMW contra un olivo, donde quedan ambos vehículos prácticamente en paralelo y a escasos metros uno del otro, a unos 80 metros desde el punto de colisión.

Acreditado por la declaración de Mercedes Agustina, pero también por los vestigios y posición en que quedaron los vehículos.

d) Acto seguido se bajaron los tres recurrentes asumiendo distintos papeles en el propósito que les traía, quedando Alvaro Gaspar junto al coche y dirigiéndose Virgilio Maximiliano y Artemio Prudencio hacia la furgoneta, sacando Virgilio Maximiliano a Benjamin German tirándole de los pelos ante el estado de aturdimiento que tenía, llegando a tirarlo al suelo donde ambos le golpearon con piedras en la cabeza para finalmente dirigirse al vehículo BMW de donde sacaron la escopeta, disparando Virgilio Maximiliano en dos ocasiones, una de ellas, al menos, a cañón tocante en la cabeza de Benjamin German lo que le provocó la muerte; Benjamin German, intentó auxiliar a su marido, siendo golpeada por ello, llegando a ser encañonada si bien Virgilio Maximiliano desistió de disparar contra ella.

Acreditado por la declaración de Nota, así como por la ubicación y naturaleza de las lesiones y el informe de autopsia; pero también, la actividad común de los tres acusados, no solo por el viaje y espera conjunta; sino también respecto de todo el decurso, en recíproca imputación, incluido el momento de la muerte, por los restos de sangre de Artemio Prudencio encontrados en el vehículo en el que viajaban las víctimas, que adveran el testimonio de Mercedes Agustina sobre la intervención de éste en los momentos finales de Benjamin German; y por las huellas de Alvaro Gaspar, en distintas partes del arma (gatillo, empuñadura y guardamanos) que determinan su contribución y asistencia en el uso que se hizo de la misma para acabar con la vida de Benjamin German.

En suma, se ha practicado y aportado al proceso, prueba de cargo con todas las garantías exigibles; se motiva por el tribunal cuáles fueron esas pruebas tenidas en cuenta y expresa el razonamiento en virtud del cual llegó a la convicción sobre la culpabilidad de los acusados, conclusiones que aunque no se compartan por los condenados, en modo alguno pueden ser tachadas de arbitrarias o absurdas, sino de ajustadas a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. El motivo se desestima.

SEGUNDO. - El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5, párrafo 4º LOPJ por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24.1, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, con interdicción de indefensión, en relación con el artículo 120.3 CE, que exige la motivación de las resoluciones judiciales.

1. Los recurrentes, muestran su discrepancia con la subsunción jurídica, extremo ajeno al motivo elegido; y aunque el motivo invocado es la falta de motivación, de nuevo reiteran la ausencia probatoria, al afirmar que "los elementos de convicción tenidos en cuenta por la Sentencia de instancia respecto a Don Artemio Prudencio y Don Alvaro Gaspar no contienen explicación ni sucinta ni siquiera lacónica a la hora de establecer



la participación de estos dos procesados en la acción delictiva de Virgilio Maximiliano "; y la explicitada, no es de cargo.

2. Mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones subjetivas que el Tribunal expone que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, funcional a la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos, de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí también la diversidad de consecuencias vinculadas a la infracción de una u otra garantía. Frente a la nulidad de la resolución con reposición de las actuaciones que caracteriza la defectuosa tutela judicial, la estimación de vulneración de la presunción de inocencia debe, con carácter general, acarrear la absolución del así condenado (STS 617/2014, de 23 de septiembre).

De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

3. Basta leer, el fundamento anterior, donde analizamos la mayor intensidad de la motivación desplegada para desvirtuar la presunción de inocencia, para concluir que la resolución recurrida explica suficientemente las razones subjetivas del Tribunal que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico, sin incurrir en modo alguno en abrupta arbitrariedad ni en vacua narración desprovista de soporte probatorio y criterios lógicos.

El motivo se desestima.

TERCERO. - El tercer motivo es por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 138, 16 , 62, 28 y 381 del Código Penal .

1. Combaten la condena de Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar como cooperadores necesarios del delito de conducción temeraria del art. 381 CP , en concurso ideal con el delito de homicidio intentado. Argumentan que se trata de un delito de propia mano y que era Virgilio Maximiliano el que conducía generando así un riesgo no solo para los usuarios de la vía, sino incluso para sus propios hermanos y coprocesados. Y eliminado el delito del art. 381 CP , entienden que igualmente desaparece el delito de homicidio intentado en la persona de la mujer de Benjamin German .

2. Dado que Virgilio Maximiliano también impugna esta subsunción; y al margen de su especial posición, al ser quien conducía el vehículo, analizaremos conjuntamente para los tres esta cuestión al contemplar el segundo motivo formulado por este.

CUARTO .- El cuarto motivo lo formulan por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del art. 139.1º del Código Penal .

Formulado de forma alternativa y subsidiaria al motivo por vulneración del derecho a la presunción inocencia, se remite íntegramente al contenido del primer motivo casacional planteado en el recurso de Virgilio Maximiliano , a cuyo resultado por tanto, nos remitimos.

Recurso de Virgilio Maximiliano

QUINTO. - El quinto motivo que formula es por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr , por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 139.1º del Código Penal .

1. Conforme hemos adelantado, este motivo afecta a los tres recurrentes, siendo su objeto combatir la concurrencia de la alevosía. Sustancialmente argumenta, que la 'disputa' previa, a través de los respectivos vehículos, excluye la alevosía, pues la víctima, Benjamin German , podía esperarse el ataque.

2. El motivo no puede prosperar, la sentencia recurrida abordó adecuadamente esta cuestión; pues aunque medió previo acometimiento mientras todos están circulando, se opera un relevante salto cualitativo tras la colisión, pues Tomasa Zaira permanece aturdido en el interior de su coche, hasta el extremo que es sacado del vehículo por Virgilio Maximiliano , simplemente cogiéndolo de los pelos, para sin solución de continuidad, golpearle con piedras en la cabeza y finalmente recoger la escopeta que se encontraba en el vehículo y a cañón tocante en la cabeza de Benjamin German , dispararle.

Además, hemos de estar a la doctrina de la STS 626/2015, de 18 de octubre , que explica diáfamanamente la irrelevancia del suceso previo, en cuanto advertencia del ataque, para impedir la apreciación de la alevosía,



cuando la víctima no contaba con medio defensivo mínimamente eficaz ante el ataque de que era objeto, tal como lo describe el relato de hechos probados, cuya intangibilidad es obligada, dado el motivo elegido:

(...) en cuanto a la alegación de que el acusado tenía que estar sobre aviso después del primer incidente y a la posibilidad de la huida, se hace preciso recordar que en la sentencia 856/2014, de 26 de diciembre, se señaló que la indefensión no es de apreciar solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor. Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (SSTS 316/2012, de 30 de abril, y 25/2009, de 22 de enero); de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

Y en la misma sentencia 856/2014, citando la 25/2009, de 22 de enero, se afirma que la defensa de la víctima no puede ser medida bajo parámetros de la posibilidad de ocultamiento, o de la utilización de cualquier clase de parapeto en donde refugiarse. La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Y matiza después que una cosa es la defensa del ofendido, y otra la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues no compromete en modo alguno la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo. La indefensión no es de apreciar sólo cuando el ataque ha sido súbito e inopinado, sino siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz al ataque. Esto ocurre por regla cuando los atacantes superan claramente en número a la víctima o cuando el atacante está armado y el sujeto pasivo está desarmado. La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa.

En autos, ante la diferencia de potencia de los vehículos, los intentos de huida se presentaban mínimamente eficaces; pero además debe ponderarse, el salto cualitativo que acaece tras el siniestro por alcance provocado por los recurrentes, donde nos encontramos, ante una alevosía por prevalimiento de una situación de indefensión generada con carácter previo a la agresión final por los propios autores, los recurrentes a bordo de un vehículo mucho más potente que la furgoneta de la víctima, le embisten reiterada y fuertemente por la parte posterior sin que Benjamin German consiga esquivarlos, hasta el punto de que colisionan y tras golpearse contra un talud, Benjamin German queda aturdido, en una estado indiscutible de indefensión que es aprovechado por quienes lo causaron; para sacarlo del coche, arrastrado, golpearle con piedras por dos de ellos mientras está en el suelo y finalmente cuando se encuentra en esa situación, se acude a recoger la escopeta y a cañón tocante dispararle en la cabeza.

Recuerda la STS 90/2015, de NUM000 que la alevosía de desvalimiento, consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, que en aquel caso derivaba de que la víctima se encontraba embriagada y aturdida por los golpes anteriormente recibidos. Y también, indicaba, puede calificarse de alevosía sobrevenida pues aunque no conste que la alevosía estuviese presente desde el comienzo de la acción agresiva, se produjo un cambio cualitativo en la situación respecto al instrumento utilizado, cuando el acusado, que inicialmente golpeó la cabeza de su víctima contra la cristallera, pero sin arma alguna, se aprovechó de la situación de indefensión en que la víctima se encontraba, como consecuencia de la embriaguez y de los golpes ya recibidos, para ir a coger un cuchillo y apuñalarla repetidamente. Es cierto que el ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, pero sí lo es cuando se produce una solución de continuidad o un cambio cualitativo, como ir a procurarse un arma para agredir de forma segura y letal a quien ya se encuentra indefenso por los golpes anteriores (SSTS 104/2014 de 14 de febrero, 53/2009 de 22 de octubre, 1089/2007 de 19 de diciembre, 147/2007 de 19 de febrero, 640/2008 de 8 de octubre, 1346/2005 de 21 de octubre y 243/2004 de 24 de febrero, entre otras).

El motivo se desestima.

SEXTO. - El segundo motivo lo formula Virgilio Maximiliano por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 138, 16, 62, 28; y la procedencia de aplicar el art. 152.1 (lesiones por imprudencia grave) o, de forma alternativa y subsidiaria, el art. 142 del Código Penal (homicidio imprudente en grado de tentativa), 16, 62 y 28, en concurso con el delito de conducción temeraria del art. 381. Homicidio en grado tentativa, siempre ahora referido a la víctima Mercedes Agustina .

Sus hermanos Artemio Prudencio y Alvaro Gaspar impugnan a su vez que sean considerados cooperadores necesarios del delito del artículo 381 y consecuentemente del homicidio en grado de tentativa, al entender que



no pueden aportar con su conducta absolutamente nada a la acción llevada a cabo por Virgilio Maximiliano que es quien conduce el vehículo.

1. Ciertamente el argumento es inconsistente, pues únicamente argumenta que el recurrente no utilizó el vehículo como instrumento de una intención homicida o dañosa respecto a Mercedes Agustina ; pues de otra forma, de haber sido entendido así por el Tribunal de instancia no se hubiera producido la condena a la Compañía Allianz aseguradora del vehículo que conducía Virgilio Maximiliano , dado que del contenido de la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos a motor quedan excluidos los delitos dolosos.

2. Bastaría reproducir el decimoprimer fundamento de la resolución recurrida para desestimar el motivo; donde con cita del STS 365/2013 , expresa, en qué circunstancias, aunque el delito fuere doloso, la aseguradora debe responder.

3. En todo caso, el relato de hechos probados no puede resultar alterado; y en el mismo se recoge expresamente que *el propósito de los procesados era acabar con la vida de Benjamin German* , lo que imposibilita cualquier consideración imprudente de su conducta; y si bien ahora ponderamos la calificación en relación a Mercedes Agustina , esposa del anterior que le acompañaba en el vehículo, es obvio que los acometimientos dirigidos a acabar con la vida de Benjamin German , también originaron un grave peligro para la vida e integridad física de Mercedes Agustina , que aunque no fuera directamente querida, era absolutamente asumido por sus autores, lo que integra dolo eventual.

Es doctrina reiterada de esta Sala que si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un peligro concreto para la vida o integridad física de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que las pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo eventual y en tal caso el resultado representado y admitido le convierte en autor a título de dolo del delito contra la vida o de lesiones, en su caso.

4. No obstante, debemos realizar alguna precisión, en orden a la calificación que se realiza de la comisión delictiva del artículo 381 concurrente con la de homicidio.

La solución llega de la mano de la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015 (número y fecha correctos):

El tipo penal de la conducción temeraria del art. 381.1 CP , conducción con temeridad manifiesta poniendo en peligro concreto la vida y con manifiesto desprecio a la vida, requiere que el autor conduzca temerariamente, esto es, con inobservancia absoluta de las reglas de tráfico elementales, debiendo ser manifiesta, esto es, patente para terceros; como consecuencia de esta conducta se ha de poner en concreto peligro la vida de terceras personas; peligro concreto de personas indeterminadas pues se trata de un delito contra la seguridad del tráfico. Destacamos los elementos esenciales en la configuración del delito: acto de conducción por vía pública; conducción temeraria; afectación de la seguridad colectiva; y concreta puesta en peligro de la vida de terceras personas.

La jurisprudencia existente sobre este delito es, ciertamente, escasa, porque la competencia se residencia en los Juzgados de lo penal, sin acceso a la casación. No obstante en algún pronunciamiento de esta Sala hemos destacado sus elementos principales (STS 363 /2014 de 5 de mayo):

a) La conducción de un ciclomotor o vehículo de motor con temeridad manifiesta, es decir, con una notoria y anormal desatención a las normas reguladoras del tráfico, en clave de desprecio a tales normas, y

b) Que tal acción suponga un concreto peligro para la vida o integridad de los otros usuarios de la vía. Por tanto la simple conducción temeraria creadora de un riesgo abstracto no sería suficiente para la ejecución del tipo. Si lo sería en la modalidad prevista en el párrafo 2 del art. 381 CP .

c) Además, el manifiesto desprecio por la vida de los demás.

El propio tipo penal exige con claridad la puesta en concreto peligro para otros usuarios de la vía y ello debe quedar claramente descrito en el hecho probado.

Finalmente recordar que se está en presencia de un delito que solo admite su ejecución dolosa, y no imprudente, y por ello, el dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo: el modo de conducir temerario y el peligro concreto para los otros usuarios de la vía, dolo que no desaparece ni se neutraliza por la concurrencia de otros móviles, como el de huir de la persecución de la policía. (SSTS de 29 de Noviembre de 2001 ; 561/2002 de 1 de Abril ; 1039/2001 de 29 de Mayo o 1464/2005).

Nos interesa destacar, por la importancia para el caso de esta casación, el elemento del peligro para terceros usuarios de la vía pública, lo que no es sino consecuencia del requisito del acto de la circulación. Aunque el delito sea de peligro concreto, los destinatarios de la acción peligrosa son terceros indeterminados para el autor del



hecho delictivo, pues la acción no va dirigida sólo contra los ocupantes del vehículo, sino que se dirige a poner en peligro una circulación de por sí peligrosa y fuertemente normativizada en su regulación. De esta manera, si la conducta se dirige contra personas determinadas a las que se quiere poner en peligro, asumiendo la materialización del riesgo en un resultado concreto, que se persigue o que una vez advertido se continua en la agresión al bien jurídico, la conducta no puede ser subsumida en el delito contra la seguridad del tráfico, sino en el de resultado, al atentarse contra la vida y la indemnidad de las personas concretas y determinadas, contra las que se dirige concretamente en el delito de homicidio .

Llegados a este punto procedemos a destacar las diferencias entre ambos tipos penales, el de peligro, conducción temeraria con desprecio a la vida, art. 381.1 CP , y el de resultado, homicidio en el caso, intentado, arts. 138, en relación con el 16 CP .

En primer lugar, el requisito de acto de conducción como elemento del tipo penal del art. 381 CP . En su virtud, el autor debe utilizar el vehículo para un acto de circulación, utilizando una vía pública por regla general, si bien la conducta puede realizarse sobre vías que no tengan esa consideración. Lo relevante es la existencia de un acto de circulación. En el caso de nuestra casación, el autor no realiza propiamente un acto de conducción en el sentido antedicho, no pretende un traslado entre dos lugares. La acción se desarrolla en un espacio excluido de la circulación y el autor no realiza una conducta que se enmarca en la circulación, como acción de enlazar dos localizaciones, sino que quiere precipitar el coche al mar, no conducir a través de una vía pública reservada a la circulación de vehículos a motor. El acto de circulación aparece excluido en el hecho.

En segundo lugar, desde la perspectiva del bien jurídico hemos de proceder a la concreción del bien jurídico objeto de la agresión, si la vida o las condiciones de seguridad del tráfico. En el primer caso, si el autor realiza su acción contra personas concretas y determinadas sobre las que actúa, la tipificación se materializa en el delito contra la vida; si por el contrario, la acción va dirigida a atacar contra las condiciones de seguridad del tráfico, lo que supone un peligro para terceros usuarios de la vía pública en la que se conduce de forma temeraria, la subsunción procederá en el delito contra la seguridad del tráfico, en distintas modalidades típicas en función de la concreción del peligro. En el caso, el autor no compromete la seguridad del tráfico, sino la vida de sus amigos con los que está enfadado y realiza una conducta consistente en precipitar el vehículo al mar. No hay afectación de la seguridad del tráfico.

En tercer término, abordaremos la tipicidad subjetiva. En precedentes jurisprudenciales hemos declarado que "Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un peligro concreto para la vida o integridad física de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que las pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo eventual y en tal caso el resultado representado y admitido le convierte en autor a título de dolo (STS 561/2002, de 1 de abril).

En autos, el factum determina el elemento subjetivo, acabar con la vida de Benjamin German y por ende eventualmente con la de Mercedes Agustina que le acompañaba en el interior de la furgoneta, "comenzando una persecución que llegó a alcanzar los 180 km/h, y en la que llegaron a golpear repetidamente por detrás a la furgoneta, con grave peligro para los ocupantes de ésta", con la culminación de una embestida final con tal fuerza que ambos conductores perdieron el control de sus vehículos siguiendo circulando hasta que en la rotonda allí existente chocaron contra un bordillo, reventando las ruedas, y siguiendo la trayectoria hasta salirse de la vía, chocando con el talud la furgoneta y el turismo BMW también contra un olivo; que permite inferir adecuadamente a la Audiencia, dado el contexto en que se genera, del siguiente modo:

La secuencia de hechos lo que no viene a acreditar es que en los procesados existió un ánimo de matar a Benjamin German desde un primer momento, pues esa era su intención desde que se subieron al vehículo, como se dirá más tarde, y uno de los mecanismos para provocar esa muerte fue el acometimiento con el coche para provocar su salida de la vía, pues no otra razón puede tener el que se golpee reiteradamente a la furgoneta en su parte trasera, ello a una velocidad claramente temeraria que los propios procesados señalan podía estar en los 180 km/h, logrando finalmente su propósito cuando de una forma especialmente brutal colisionan generando un desplazamiento descontrolado de los vehículos de unos 80 metros que terminan en el talud de la carretera, tal como se observa muy gráficamente en la distintas fotografías y reconstrucción de los hechos que consta en las actuaciones.

Que la intención de matar a Benjamin German era evidente lo demuestran los hechos posteriores a esa última colisión, pero el problema surge porque en la furgoneta no sólo viajaba Benjamin German sino también su mujer, y este Tribunal, en consonancia con lo que señalan las acusaciones, entiende que los procesados no cejaron en su actitud a pesar de ello, asumiendo la posible muerte de ésta. Estamos ante un caso típico de una muerte no buscada inicialmente de forma expresa pero asumida por la búsqueda de un fin sí querido como es matar a una determinada persona, en este caso Benjamin German . Es decir, ante un caso que



podría calificar inicialmente de dolo eventual, ya que la representación de ese resultado más que probable surge con naturalidad con solo ver la secuencia de hechos ante relatada. Cualquier persona con un mínimo entendimiento, y los procesados no se ha acreditado que no lo tengan, es capaz de comprender o representarse como altamente probable el que una persona pueda fallecer cuando se provoca un accidente de tráfico en vehículo que circula a una alta velocidad. Los procesados conocían que dentro del vehículo viajaba Mercedes Agustina , hecho sobre el que no se ha planteado controversia alguna, luego asumieron su posible muerte ya que como se ha dicho no por ello cejaron en su acometimiento a la furgoneta. Afortunadamente tal muerte no se produjo, de ahí que el delito de homicidio se tenga por intentado, tal como lo califican las acusaciones, esto es un delito del art. 138 en relación al art. 16, ambos del Código Penal , descartándose una posible condena por lesiones, ya que la potencialidad de la acción apunta como razonable a ese resultado de muerte con independencia del finalmente producido.

5. Sucede sin embargo, que el homicidio de Mercedes Agustina , no se consuma y el relato fáctico, nos muestra a qué es debido:

Acto seguido se bajaron los tres ocupantes del vehículo asumiendo distintos papeles en el propósito que les traía, quedando Alvaro Gaspar junto al coche y dirigiéndose Virgilio Maximiliano y Artemio Prudencio hacia la furgoneta, sacando Virgilio Maximiliano a Benjamin German tirándole de los pelos ante el estado de aturdimiento que tenía, llegando a tirarlo al suelo donde ambos le golpearon con piedras en la cabeza para finalmente dirigirse al vehículo BMW de donde sacaron la escopeta, disparando Virgilio Maximiliano en dos ocasiones, una de ellas, al menos, a cañón tocante en la cabeza de Benjamin German lo que le provocó la muerte.

De la furgoneta también se bajó Mercedes Agustina , quien intentó auxiliar a su marido, siendo golpeada por ello, llegando a ser encañonada si bien Virgilio Maximiliano desistió de disparar contra ella.

Finalmente los tres hermanos Artemio Prudencio Alvaro Gaspar Virgilio Maximiliano se marcharon corriendo del lugar, después de tirar la escopeta bajo un olivo cercano, siendo detenidos al día siguiente en Linares.

La Audiencia, tras ponderar las diversas versiones del desistimiento, concluye: guiándonos como lo estamos haciendo por las declaraciones de Mercedes Agustina , **lo cierto es que no la mataron cuando pudieron hacerlo** , lo que denota que asumieron el posible resultado de muerte solo como posible en el marco de la acción que desarrollaban y por el fin ya reiteradamente señalado de querer matar a Benjamin German .

Es decir, exponen la voluntariedad en el desistimiento, lo que conlleva que sea de aplicación el art. 16.2 CP : *quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito* .

Exención en relación al homicidio, a la que no obsta que nos encontremos ante una tentativa acabada del mismo. Ciertamente, el cese de la actuación del acusado al no continuar disparando a la víctima y causar su muerte, según una precedente línea jurisprudencial no debía considerarse arrepentimiento o desistimiento activo en términos normativos, ni privaba ni reducía los niveles de específica antijuridicidad del delito de homicidio previamente intentado; dejando un ilógico vacío entre el 'desistimiento pasivo' para las tentativas inacabadas y el activo impedimento de la producción del resultado para las acabadas, sin otorgar relevancia al desistimiento omisivo en las tentativas acabadas; con el pernicioso resultado criminológico que conlleva que para hacerse acreedor de la exención, el autor debiera disparar, herir mortalmente a la víctima y llevarla a continuación a establecimiento hospitalario.

El fundamento segundo de la STS 671/2017, de 1 de octubre , desarrolla *in extenso* la justificación del nuevo criterio doctrinal:

"El Código Penal, en su artículo 16 , en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por: a) realización de «hechos exteriores», es decir no meramente internos; b) que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege; c) que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y d) que ese resultado no se produzca".

"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".



"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal".

"Esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal, lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal. Subraya al efecto la exigencia de la «voluntariedad», que define su esencia dogmática, y a continuación, la «eficacia» de la conducta que detiene el «iter criminis», requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen. (Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero)".

"Aquel acuerdo había sido recogido en la Sentencia de este Tribunal nº 446/2002 de 1 de marzo, que estimó el desistimiento pese a que el acusado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que «a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil». Se consideró que no obstante estimar que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión, dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se penó por delito de lesiones".

"Ciertamente la doctrina de esta Sala, en la exégesis del artículo 16.2, ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado «arrepentimiento activo», o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal, según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar «tentativa acabada» o «inacabada». Así, mientras que en la «inacabada» bastaría con la interrupción de la ejecución, en la «acabada» se requeriría la realización de actos positivos impositivos del resultado".

"No obstante, la Jurisprudencia ha venido en no pocas ocasiones a advertir de que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi «clásica», entre la tentativa «acabada» y la «inacabada», la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como precisamente ésta de su relación con el «desistimiento», puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas".

"Así se ha dicho que: *«De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa- frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado» (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, «el grado de ejecución alcanzado» por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del «peligro inherente al intento».*"

"En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como «acabada» o «inacabada» de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del «desistimiento» del artículo 16.2 (STS 804/2010 de 24 de septiembre)".

"De ahí que entendiera en ese caso que, si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima, ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas".

"Y es que, razonábamos entonces: *«De seguir el criterio de la vinculación entre la «clase» de la tentativa y la exigencia para la aplicación del «desistimiento», podríamos hipotéticamente en este caso, de acuerdo con la denominada «teoría objetiva», llegar a la conclusión de que nos enfrentamos a una «tentativa acabada» y que, por ende, resulta insuficiente para la aplicación del artículo 16.2 la conducta del agresor interrumpiendo sus actos delictivos, por mucho que ésta fue la causa indudable de la evitación del resultado y, lo que es más, que era la única opción posible que le quedaba al autor para ello, al no haber ocasionado lesiones mortales a la víctima que le permitieran evidenciar su «arrepentimiento activo» con un comportamiento positivo de auxilio para impedir el resultado (llevándole urgentemente a un médico que impidiera su muerte, por ej.)».*"



"Solución tan incongruente como alejada de la justicia material y de las previsiones que, como antes vimos, fundamentan la existencia del artículo 16.2, que puede no obstante ser evitada, conforme la argumentación ya expuesta, que evita la discusión acerca de la «clase» de tentativa como premisa para determinar las características necesarias del «desistimiento», por innecesaria e inconsistente, acudiendo a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio». (Sentencia del Tribunal Supremo nº 804/2010 de 24 de septiembre)".

"Por ello en sentencias posteriores se ha reconocido que lo más relevante de la nueva regulación de la tentativa en el vigente Código es que en el artículo 16-2º se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada, en los siguientes términos":

"Y se establece que: «Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala porque si durante la vigencia del CP 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino solo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código -reparación del daño-, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo en delitos contra la vida -como es el caso-, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de animus necandi»".

"En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones -- según la entidad de las mismas--, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida. (Sentencia nº 111/2011 de 22 de febrero)".

"La doctrina jurisprudencial a la hora de fijar los requisitos para la efectividad eximente del desistimiento establece que para dilucidar la presencia del componente negativo de la tentativa (evitación de la consumación por el autor) se ha de determinar la causa por la que el resultado no se produce".

"Al respecto caben dos hipótesis: 1ª) La no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2ª) es el autor el que evita voluntariamente la consumación".

"Aunque el legislador habla en, por un lado de no producción de resultado y por otro de evitación de consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente".

"Es decir que si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa".

"Que el actuar precedente haya colmado o no la totalidad de los actos ejecutivos, que objetivamente deberían haber producido el resultado, no determina necesariamente cual deba ser la condición, meramente omisiva o activa del comportamiento del autor que trunca la producción del resultado, para alcanzar el efecto exonerante del artículo 16.2 del Código Penal".

"El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado".

"En todo caso, difícilmente podrá predicarse efectividad interruptora a la mera omisión del autor respecto a la no producción del resultado, cuando su comportamiento anterior haya supuesto la realización de todos los actos que objetivamente producen el resultado típico. Porque, si ya realizó todos los actos que objetivamente producen el resultado, es claro que los cualesquiera otros actos omitidos ya no eran objetivamente ejecutivos ni, por ello, su omisión es relevante para la no producción del resultado".

"Con tal advertencia, es pues a aquellas referencias de libre voluntad y eficacia en el comportamiento del autor, respecto de la no producción del resultado, a las que ha de atenderse, sin que, a tal efecto, sea imprescindible guiarse de categorías conceptuales como la diversificación de la tentativa en subespecies, que de manera evidente el legislador ha querido erradicar, obviando terminologías como la que diferencia entre tentativa y frustración o entre tentativa acabada o inacabada. Esta última terminología de foránea acuñación parece atender a un dato que nuestro legislador no asume expresamente. El sector doctrinal que la introdujo atendía, para



establecer el acabamiento, a la contribución del autor en la ejecución y no al concurso de otros factores ajenos a aquél. Pero que se acabe todo lo que el sujeto aporte no equivale necesariamente a que todos los actos de ejecución (que pueden ser producidos por terceros) se hayan realizado. Sin embargo la medida de la pena depende de que la ejecución haya sido total, incluyendo los actos que objetivamente producen el resultado, que no son actos del autor, y que pueden serlo de un tercero".

"Tales preocupaciones taxonómicas, cuando se trata de evaluar la ausencia de resultado para establecer la exigencia de responsabilidad, no deben hacer olvidar la esencialidad de los criterios de libre voluntad y eficacia, referidas al actuar u omitir del autor de la tentativa . (Sentencia 809/2011 de 18 de julio)".

"Tal doctrina ha venido a ser confirmada por la STS núm. 585/2012 de 4 de julio " .

6. De igual modo, la STS 778/2017 de 30 de noviembre , en supuesto donde el acusado tras efectuar a escasa distancia un disparo con una pistola semiautomática que alcanza a la víctima, que se da la vuelta y encara al agresor, quien continua apuntándole con el arma y llega a ponerle la pistola en la sien, pero le deja ir tras propinarle varias patadas, es aplicada la exención de desistimiento en relación al asesinato.

7. Recuerda esta línea jurisprudencial que la finalidad de política criminal que llevó al actual artículo 16.2 del Código Penal , es premiar al acusado cuyo comportamiento - activo u omisivo- salva una vida antes que sancionarlo con indiferencia respecto de dicho comportamiento, lo que supondría un implícito fomento de comportamientos indeseables como el de la indiferencia ante la pérdida de la vida de una persona.

8. Consecuentemente, aplicando esta doctrina jurisprudencial, que no otorga relevancia a que la tentativa fuere acabada o inacabada, no cabe duda de la voluntariedad libre de los acusados al no continuar los actos que exigían la causación de la muerte de la víctima. No existía impedimento alguno a tal consumación. Y tal comportamiento es la verdadera causa de la no producción de la muerte.

De ahí que debe subsumirse tal situación en el ámbito exonerante del artículo 16.2 CP , penar por el resultado ya producido, delito de lesiones artículo 148.1 CP , cualificado por la utilización de un elemento extremadamente peligroso, cual era el vehículo empleado como instrumento de acometimiento e intencional medio de originar el siniestro del que resultaron las lesiones que describen los hechos probados: esguince cervical, contusión torácica con hematoma en hombro derecho que se extendió al pectoral y mama derecha y erosiones múltiples, que precisaron de 45 días para su curación, bultoma en zona superointerna de mama izquierda y herida inciso contusa en occipital que fue suturada con dos grapas.

Concorde jurisprudencia, la sutura integra tratamiento quirúrgico (vd. por todas la ST 610/2017, de 11 de octubre y todas las que allí se citan), la peligrosidad objetiva del medio empleado era extrema, el acometimiento reiterado hasta provocar el siniestro; y apenas un mes antes habían sido condenados los tres recurrente por un delito de homicidio en grado de tentativa, donde la víctima era otro miembro de la familia Mercedes Agustina Benjamin German , por lo que se hacen acreedores, a que le sea impuesta la pena en su umbral máximo.

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente para los tres recurrentes, por cuanto se deja sin efecto la condena por el art. 381 CP ; y la condena por homicidio en grado tentativa, se transforma en condena por delito de lesiones del art. 148 CP .

SÉPTIMO. - El tercer y último motivo que formula la representación procesal de Virgilio Maximiliano es por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del art. 21.3º del Código Penal (arrebato), y, con carácter alternativo y subsidiario la circunstancia analógica del art. 21.7º en relación al art. 21.3º del Código Penal .

Se limita el recurrente a citar jurisprudencia y tras ello afirmar que "es patente" que el recurrente se encontraba en la situación que la jurisprudencia aplica la atenuante; y que "las circunstancias específicas que Virgilio Maximiliano arrastraba el día de autos conducen inexorablemente" a su estimación.

Motivo que debe ser desestimado, por cuanto al margen de su formulación ex novo, no existe en el relato declarado probado, mención a alteración en el estado anímico del recurrente conmoción psíquica o estado pasional similar propio de esta atenuante.

Exclusivamente un enfrentamiento familiar, siendo el recurrente quien va a buscar a la víctima para matarlo y le acomete con el vehículo y tras el consiguiente siniestro, cuando la víctima se encontraba aturdida, le dispara, sin que previamente hubiera mediado causa o estímulo, que no fueran esas desavenencias extremas. Conducta más propiamente derivada de un ánimo vindicativo, no ponderable como estímulo amparado por el ordenamiento; y en cualquier caso, compatible la actividad delictiva enjuiciada con el mantenimiento de un ánimo frío del agente.

El motivo se desestima.



FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Virgilio Maximiliano , D. Artemio Prudencio y D. Alvaro Gaspar** , formulado contra la sentencia dictada en fecha 22 de junio de 2017, por Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera , en su rollo P.O. Sumario. núm. 6/2014, seguida por delitos de asesinato, homicidio y tenencia ilícita de armas; contra los mismos; ello con declaración de oficio de las costas causadas; y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10573/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real con el número P.O. Sumario 6/2014 y origen en el Procedimiento Sumario Ordinario núm. 3/2014, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Ciudad Real, que condenó por sentencia de fecha 22 de junio de 2017 a D. Virgilio Maximiliano , D. Artemio Prudencio y D. Alvaro Gaspar por delito de asesinato, delito de homicidio en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas y que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los declarados probados por la Audiencia Provincial .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los argumentos contenidos en el fundamento sexto de nuestra sentencia de casación, procede dejar sin efecto para los tres acusados, la condena por el delito contra la seguridad vial del artículo 381 CP , así como por el delito de homicidio en grado de tentativa, por operar desistimiento, si bien con la consecuencia de restar condena por los hechos ya ejecutados, constitutivos de un delito de lesiones agravadas por la peligrosidad del medio empleado del art. 148 CP ; y ello sin incidencia en el pronunciamiento sobre las costas de instancia, pues dada la específica formulación acusatoria y su correlación en la sentencia de instancia, no varía el número definitivo de delitos que conllevan condena efectiva, ni ha mediado tampoco solicitud alguna al respecto.

FALLO



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

1. Dejar sin efecto para los tres acusados, **D. Virgilio Maximiliano** , **D. Artemio Prudencio** y **D. Alvaro Gaspar** , la condena por el delito contra la seguridad vial del artículo 381 CP , del que les absolvemos libremente.
2. Dejar sin efecto para los tres acusados **D. Virgilio Maximiliano** , **D. Artemio Prudencio** y **D. Alvaro Gaspar** , la condena por el delito de homicidio en grado de tentativa de los arts. 138 y 16 CP , del que les absolvemos libremente.
3. Condenar a los tres acusados, D. Virgilio Maximiliano , D. Artemio Prudencio y D. Alvaro Gaspar , como coautores responsables de un delito de lesiones agravadas por la peligrosidad del medio empleado del art. 148.1º a las penas a cada uno de ellos de CINCO años de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo, así como a aproximarse a menos de 500 metros o comunicarse por cualquier medio directo o indirecto con Mercedes Agustina durante siete años.
4. Mantenemos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente, especialmente las condenas por el delito de asesinato y de tenencia ilícita de armas; pronunciamientos sobre costas, responsabilidad civil, comiso y abono de prisión preventiva.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco