

Nº: 11387/2009P

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Fallo: 15/04/2010

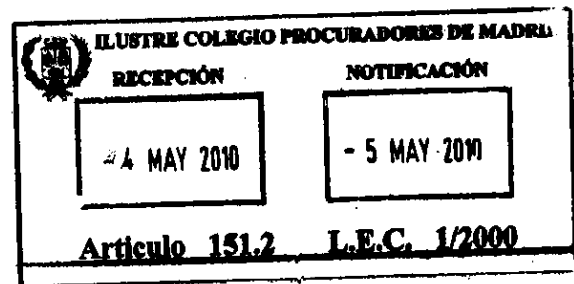
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 360/2010

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Diego Ramos Gancedo



En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Abril de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción

de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **JOSUÉ ESTÉBANEZ DE LA HIJA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que le condenó por delito de asesinato, homicidio intentado y falta de lesiones, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Camacho Villar y los recurridos Acusación Particular M^a Victoria Muñoz Fernández y testigo protegido n^o 10 representados por el Procurador Sr. Pinilla Romeo; Acusación Popular Asociación Movimiento contra la Intolerancia representada por el Procurador Sr. de la Serna Adrada y Asociación de Vecinos Alto del Arenal representada por la Procuradora Sra. Maroto Gómez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción n^o 50 de Madrid instruyó sumario con el n^o 2 de 2.008 contra **JOSUÉ ESTÉBANEZ DE LA HIJA**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 14 de octubre de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *El día 11 de noviembre de 2007, el acusado Josué Estébanez de la Hija, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dirigía en metro a la estación de Usera, para asistir a la manifestación que comenzaba a las 12:00 horas en la plaza Julián de Marías, a la altura de la calle Marcelo Usera n^o 92, autorizada por la Delegación de Gobierno de Madrid, la cual había sido convocada con el lema: "contra el racismo anti-español" por Democracia Nacional, partido vinculado a la extrema derecha, ideología que compartía el acusado, quien portaba una navaja monofiló de, al menos, siete centímetros de hoja, y un puño americano. Sobre las 11:55 horas, al llegar a la estación de*

Legazpi, anterior a la de su destino, el acusado al observar que en el andén se encontraba un grupo superior a cien de jóvenes, que por su apariencia externa identificó como de ideología antifascista, los cuales iban a tratar de boicotear la referida manifestación, y antes de que el tren se detuviese, sacó su navaja al tiempo que bostezaba, yendo tranquilamente a situarse junto a una de las puertas del vagón, ocultando la navaja abierta y con la hoja hacia arriba en la cara posterior del antebrazo, esperando a que entrasen algunos de los citados jóvenes para agredir a cualquiera de ellos con el menor pretexto por su enfrentada divergencia de pensamiento. Entre los jóvenes, se encontraba el menor Carlos Javier Palomino Muñoz, nacido el 3 de mayo de 1991, quien al acceder al vagón y percatarse que la estética de Josué se correspondía con la de un skin neonazi, le preguntó sobre su sudadera en la que visiblemente figuraba: "Three-Stroke", marca que habitualmente usan personas de dicha ideología, a la vez que se la tocaba, ante lo cual el acusado inmediatamente le asestó una fuerte puñalada en el tórax, entre el tercer y cuarto espacio intercostal izquierdo, con trayectoria de arriba-abajo, que penetró unos siete centímetros alcanzando el ventrículo izquierdo del corazón, y que le produjo la muerte poco después por un shock hipovolémico. El acusado, en vez de huir aprovechando la confusión generada, se quedó en el interior del vagón que fue desalojado por sus oponentes ideológicos ante el temor de ser agredidos, recorriendo el mismo de un lado a otro blandiendo la navaja y profiriendo contra ellos las siguientes frases: "guarros de mierda, os voy a matar a todos" y "Sieg Heil", de origen alemán que puede traducirse como: salve/viva (la) victoria, la cual era empleada frecuentemente en eventos políticos en la Alemania del tercer Reich; y efectuando el saludo de las fuerzas de dicha época conocidas como las SS, consistentes en extender levantados, al menos hasta la altura del hombro, el brazo y la mano derechos hacia el frente. Al tratar de ser desarmado por el testigo protegido n° 1, nacido el 31 de mayo de 1990, y otro joven, alcanzó, al menos, al primero con la navaja, causándole una herida incisa superficial en el primer dedo de la mano derecha, a nivel de primera

falange, para cuya sanidad sólo necesitó de una primera asistencia facultativa, habiendo invertido en su curación 10 días no impeditivos, quedándole como secuela una pequeña cicatriz de 0,5 cm. Después el testigo protegido n° 10 se dirigió hacia el acusado con la misma finalidad, entablándose entre ambos un forcejeo, en el curso del cual cuando Josué le tenía sujeta la cabeza con su brazo izquierdo e inclinada hacia él, le clavó la navaja en el tórax izquierdo, entre el 6° y 7° espacio intercostal, ocasionándole: hemoneumotórax, laceración pulmonar en llingula y hematoma mediastínico con compresión extrínseca de vía aérea y atelectasia secundaria; precisando tratamiento quirúrgico para su curación, que se produjo a los 93 días, de los cuales 23 días fueron de hospitalización, y el resto estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: una cicatriz vertical en línea axilar izquierda de 1,5 centímetros; otra cicatriz quirúrgica de taracotomía de 20 centímetros; y cuatro cicatrices de tubos de drenaje de 2 centímetros, cada una; todas las cuales constituyen un perjuicio estético moderado. Tras lo cual, aprovechando la humareda provocada por la rotura de un extintor arrojado por uno de los jóvenes que le hostigaban, el acusado salió corriendo del tren, consiguiendo alcanzar la calle, donde se dirigió a unos policías municipales, siendo perseguido en su huida por unos treinta jóvenes no identificados, quienes al darle alcance le golpearon, así como a los agentes, hasta que se dieron a la fuga al llegar dotaciones policiales de refuerzo. Los referidos golpes ocasionaron al acusado: un hematoma palpebral en ojo izquierdo, otro periocular en el derecho, una herida contusa de 1 centímetro en ceja derecha que precisó de dos puntos de sutura, una escoriación en tercio medio distal de la muñeca derecha, una erosión en el primer dedo de la mano derecha y otra en tercio distal del brazo izquierdo. Al ser detenido Josué se le intervino el puño americano en un bolsillo de su pantalón, extremo sobre cuya posesión y porte no se hizo mención alguna en el auto de procesamiento con el que se aquietaron las acusaciones. Carlos Javier, era hijo único, viviendo con su madre, doña M^a Victoria Muñoz Fernández, la cual tenía en exclusiva el ejercicio ordinario de

su patria potestad y su guarda y custodia, y sin que su padre, don Francisco Javier Palomino Conde, tuviera temporalmente establecido un régimen de visitas por las malas relaciones con su hijo y la difícil situación emocional del menor, sin perjuicio de la posibilidad futura de obtenerlo, previa petición, cuando su hijo hubiera superado la crisis que afectaba y en función del resultado del correspondiente informe psico-social, según la sentencia 734/2005, de 25 de noviembre, el Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid, dictada en el procedimiento de divorcio nº 345/2004. El testigo protegido nº 10 ha renunciado a cualquier indemnización que pudiera corresponderle.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos condenar y condenamos al acusado Josué Estébanez de la Hija como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato, otro delito de homicidio intentado, una falta de lesiones, ya definidos, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica en el primer ilícito, a las penas de: diecinueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena, por el delito de asesinato. Siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, por el delito de homicidio intentado. Multa de dos meses, con una cuota diaria de tres euros, por la falta de lesiones. A que indemnice a doña Mª Victoria Muñoz Fernández en 92.257,01 euros, a don Francisco Javier Palomino Conde, en 67.096,00 euros, en ambos casos por el fallecimiento de su hijo Carlos Javier; y al testigo protegido nº 1 en 500 euros por lesión y secuela. Y abone la mitad de las costas procesales correspondientes a un procedimiento por delito, incluyendo las de las acusaciones particulares y la totalidad de las de un juicio de faltas. Asimismo debemos absolver y absolvemos libremente al referido acusado de los delitos de tenencia ilícita de armas y de amenazas que también se le imputaban, declarando de oficio la mitad de las costas procesales correspondientes a una causa por delito. Y sin que proceda pronunciamiento sobre la responsabilidad*

civil subsidiaria del Ministerio de Defensa al haberse retirado dicha pretensión. Se decreta el comiso del puño americano intervenido. Para el cumplimiento de las penas impuestas se le abonará el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa. Y se aprueba la propuesta de insolvencia del acusado efectuada por el Juzgado de Instrucción. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado **Josué Estébanez de la Hija**, 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **JOSUÉ ESTÉBANEZ DE LA HIJA**, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**: Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. Error de derecho. Por la interpretación que de los conceptos se aplica a los hechos probados en el delito de asesinato; Segundo.- Por la vía del art. 849.2 L.E.Cr. por error en la apreciación de la prueba. Error de hecho. Por la omisión en el pronunciamiento de los hechos reflejados en los vídeos obrantes en la causa; Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 L.E.Cr. Por manifiesta contradicción entre hechos probados; Cuarto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. por infracción de la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia, art. 24 de la C.E. Infracción de preceptos constitucionales. Por violación del principio constitucional a tutela judicial con producción de indefensión del art. 24.1 d ela Constitución, a la vista de la palmaria valoración arbitraria de las pruebas practicadas, acreditando como veraces las que sólo eran

mera conjetura o testimonio dudoso y rechazando por omisión de la totalidad de las que desdecían las otras.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las partes recurridas, solicitando igualmente su desestimación y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de abril de 2.010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), condenó al acusado Josue Estébanez de la Hija como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato del art. 139.1º C.P., de un delito de homicidio intentado de los arts. 138 y 62, y de una falta de lesiones del art. 617.1, con la agravante de discriminación ideológica respecto al primero de ellos.

La mentada sentencia es recurrida en casación por el acusado que formuló motivos -según el escrito de preparación del recurso- por error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr., aunque no se cita este precepto, por error de hecho en la apreciación de la prueba regulado en el art. 849.2º L.E.Cr., que tampoco se cita, por quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción entre los hechos probados del art. 851.1, que incurre en la misma omisión, por vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia consagrados en el art. 24.1 y 24.2 C.E.

SEGUNDO.- Comenzando, como es de ley (art. 901 bis a) y b)

L.E.Cr.) iniciaremos la revisión casacional por el motivo que alega manifiesta contradicción en la declaración de Hechos Probados.

Este vicio formal que denuncia el recurrente ha sido objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, que ha sostenido pacífica y reiteradamente que tal quebrantamiento de forma requiere: 1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y sobre todo determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos; 2) que sea interna, en el sentido de que emane directa e indirectamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato; 3) que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia y 4) que sea relevante, en el sentido de que afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo.

Baste una simple lectura del desarrollo del motivo para constatar que se omite toda mención a cualquier vocablo, frase o fragmento del "factum" del que resulte una "contraditio in terminis" con otros que figuren en el relato histórico en el sentido indicado. Ni lo cita el recurrente ni lo aprecia esta Sala, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Porque lo que en realidad plantea el motivo casacional es un error de hecho en la apreciación de la prueba, que debería haberse encauzado a través del art. 849.2º L.E.Cr. Pero tampoco esta censura puede prosperar porque el fundamento de la censura no se basa en documentos genuinos, es decir, en auténticas pruebas documentales generadas fuera del proceso y luego incorporadas a las actuaciones, sino en pruebas de carácter personal como son

las testificales y declaraciones de quienes depusieron ante el Tribunal sentenciador en el Juicio Oral, que están sometidas a la privativa valoración por aquél en virtud de la inmediación y contradicción con que se practican a su presencia, incuestionable ventaja que no puede ser repetida en casación.

Otra cosa es que el concreto contenido de esas declaraciones pudieran hipotéticamente presentar elementos o datos exculpativos para el acusado, total o parcialmente, que no hubieran sido tenidos en cuenta por el Tribunal a la hora de calificar los hechos y las eventuales circunstancias de exención o atenuación de la responsabilidad criminal, incurriendo así en una vulneración del derecho del acusado a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia, pero esta hipotética situación es completamente ajena a una censura por quebrantamiento de forma como la que se alega.

El motivo debe desestimarse.

TERCERO.- El siguiente motivo que examinaremos, por evidentes razones metodológicas, es el que se ampara en el citado art. 849.2º L.E.Cr. "por omisión en el pronunciamiento de los hechos reflejados en los vídeos obrantes en la causa", especificando algunas de las escenas filmadas que aparecen en la grabación.

Una de las exigencias para el éxito casacional de un motivo por error de hecho consiste en que el dato fáctico incorrectamente excluido del relato histórico o equivocadamente incluido en el mismo, tenga una relación con relevancia causal en los pronunciamientos jurídicos realizados por el Tribunal, de manera que la inclusión o exclusión en el factum de tales datos sean determinantes para modificar el sentido del fallo.

En el caso actual, el Tribunal sentenciador -como no podía ser de otra forma- ha valorado concienzudamente el contenido de las grabaciones videográficas de los hechos que en ella se recogen y ha consignado en el "factum" y en la fundamentación jurídica de la sentencia como complemento y explicación de los que figuran en el relato histórico, la práctica totalidad de los

que aparecen en las imágenes señaladas por el recurrente, siendo así que, el resto resultan intrascendentes por ser objetivamente irrelevantes al tratarse de episodios posteriores a la consumación de los delitos imputados.

CUARTO.- Por las mismas razones de método, abordaremos ahora el motivo cuarto del recurso en el que se denuncia la infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia del art. 24.1 y 24.2 C.E. respectivamente.

De hecho, el doble reproche se presenta como meramente retórico ante el laconismo de su contenido donde se aprecia una absoluta falta de argumentación que cimiente la censura: la dogmática afirmación de que la valoración de las pruebas, por el Tribunal ha sido arbitraria, acreditando como veraces las que sólo eran mera conjetura o testimonio dudoso y rechazando por omisión de la totalidad de las que desdecían las otras, se tronca en gratuita y fútil si, como aquí ocurre, el recurrente se abstiene de todo razonamiento explicativo que pudiera justificar el aserto. Nada se expone del porqué se tilda de "palmaria arbitrariedad" el proceso valorativo del abundante bagaje probatorio llevado a cabo por los jueces de instancia y que se explicita de manera tan rigurosa y racional en la sentencia. Se omite toda mención que nos explique a qué "testimonios dudosos" se refiere, o cuáles son las "pruebas que desdecían otras" que el Tribunal de instancia hubiera rechazado.

La queja casacional es puro voluntarismo. Basta examinar la fundamentación jurídica de la sentencia para comprobarlo. Todo el desarrollo de los hechos, desde que el acusado viaja en el metro antes de llegar a la estación de Legazpi, los sucesos que se produjeron allí como la entrada en el vagón del grupo izquierdista en el que figuraba la víctima, la agresión a éste con las circunstancias en que se desarrolló el hecho, las posteriores agresiones con la misma navaja a otras dos personas, la veloz huida del acusado hacia la calle perseguido por algunos de los oponentes ideológicos, el encuentro con la policía, todo ello está valorado por un sin fin de pruebas de confesión y testificales

directas y periciales que la sentencia va reseñando a medida que relata los hechos y cuya valoración en modo alguno puede tacharse de arbitraria a la vista del contenido objetivo de cada elemento probatorio. La cuchillada asestada por el acusado a Carlos Palomino está reconocida por prueba de confesión y prueba de testigos directos. Igualmente la que recibió el testigo protegido n° 10. Las circunstancias de tiempo y modo están acreditadas por estas mismas pruebas y por las grabaciones videográficas. Las heridas producidas a las víctimas y el resultado de las mismas están avaladas por los informes de autopsia y médico-forenses. La mecánica comisiva en el apuñalamiento de Carlos Palomino, que el Tribunal califica de alevosa, se sustenta en las mismas escenas filmadas y los testimonios directos que se mencionan en la sentencia. La justificación que ofrece el acusado en relación con el apuñalamiento a Carlos, manifestando que éste, al verle la sudadera le dijo "Cabrón, te vas a enterar", no obtiene credibilidad para los magistrados sentenciadores en base a las declaraciones de los testigos protegidos n°s 1, 3 y 5, que las desmienten.

La agresión, instantes después, al testigo protegido n° 10 está acreditado por las declaraciones de éste tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, y por el testimonio coincidente de la vigilante de seguridad Sra. Carrasco Sagazo en el sumario y en el juicio que la sentencia describe con detalle.

Este somero repaso a la motivación fáctica de la sentencia impugnada es suficiente para rechazar tajantemente la alegada arbitrariedad de la valoración de las pruebas. Y, en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, resulta igualmente asombroso que el motivo omita la más mínima alegación sobre la validez del abundante material probatorio, la legalidad de su práctica con todas las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, el sentido indubitadamente incriminatorio de las mismas y la racionalidad de su valoración. Nada de esto se menciona.

El doble motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Es ahora el momento de examinar los diversos reproches casacionales que por error de derecho del art. 849.1° L.E.Cr. se alegan en el motivo primero del recurso.

Comienza el recurrente su alegato cuestionando la concurrencia del elemento subjetivo del delito contra la vida de las personas, estos es, del dolo requerido por el tipo penal de homicidio.

Primero que nada, debemos reiterar una vez más que tratándose de impugnaciones por infracción de ley del art. 849.1° L.E.Cr., la resolución de las mismas está condicionada a un riguroso y absoluto sometimiento a la estricta declaración de Hechos Probados de la sentencia, tanto en lo que se refiere a los hechos propiamente dichos que determinen la subsunción jurídica de los mismos, cuanto a los datos o elementos fácticos de los que, mediante el necesario proceso inductivo, se establezca el elemento subjetivo del tipo.

Pues bien, también aquí, la afirmación del recurrente es terminante al sentar que "no se constata la existencia de dolo" homicida ni en la agresión a Carlos Palomino ni al testigo protegido n° 10.

Hemos dicho cientos de veces que lo que el agente pretende, prevé, sabe o desea no puede ser establecido por prueba directa al tratarse de elementos íntimos del ser humano que no trascienden por sí al mundo exterior y que, por tanto, no son aprehensibles por los sentidos. Por eso, la determinación del ánimo que guía la acción material debe inferirse tras una evaluación intelectual de los datos fácticos concurrentes debidamente acreditados y de cuyo análisis sometido a las reglas de la racionalidad, del criterio lógico y de la experiencia común, fluya vigorosa la conclusión.

En el caso de autos, esta labor la lleva a cabo el Tribunal a quo de manera impecable, siempre a partir del relato de Hechos Probados: se dice en éste que el acusado se dirigía en metro a la estación de Usera para participar en una manifestación "*convocada con el lema: "contra el racismo anti-español" por Democracia Nacional, partido vinculado a la extrema derecha, ideología que compartía el acusado, quien portaba una navaja monofilos de, al menos,*

siete centímetros de hoja, y un puño americano. Sobre las 11:55 horas, al llegar a la estación de Legazpi, anterior a la de su destino, el acusado al observar que en el andén se encontraba un grupo superior a cien de jóvenes, que por su apariencia externa identificó como de ideología antifascista, los cuales iban a tratar de boicotear la referida manifestación, y antes de que el tren se detuviese, sacó su navaja al tiempo que bostezaba, yendo tranquilamente a situarse junto a una de las puertas del vagón, ocultando la navaja abierta y con la hoja hacia arriba en la cara posterior del antebrazo, esperando a que entrasen algunos de los citados jóvenes para agredir a cualquiera de ellos con el menor pretexto por su enfrentada divergencia de pensamiento. Entre los jóvenes, se encontraba el menor Carlos Javier Palomino Muñoz, nacido el 3 de mayo de 1991, quien al acceder al vagón y percatarse que la estética de Josué se correspondía con la de un skin neonazi, le preguntó sobre su sudadera en la que visiblemente figuraba: "Three-Stroke", marca que habitualmente usan personas de dicha ideología, a la vez que se la tocaba, ante lo cual el acusado inmediatamente le asestó una fuerte puñalada en el tórax, entre el tercer y cuarto espacio intercostal izquierdo, con trayectoria de arriba-abajo, que penetró unos siete centímetros alcanzando el ventrículo izquierdo del corazón, y que le produjo la muerte poco después por un shock hipovolémico".

La negación por el recurrente del dolo homicida en el apuñalamiento de Carlos, no tiene ninguna posibilidad de prosperar. Toda la exposición impugnativa de aquél está basada en dos argumentos: Primero, que el autor de los hechos se encontró en una situación de grave riesgo para su persona ante la presencia de un numeroso grupo de adversarios ideológicos, lo que -se dice- provocó en aquél un estado anímico de miedo a ser agredido y la necesidad de actuar en legítima defensa.

Esta alegación debe ser prontamente rechazada.

El "animus necandi" no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS n° 614/2004, de 12 de mayo, entre otras, se exponía con meridiana claridad que el dolo homicida no es incompatible con la exigencia de

legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el "animus necandi" o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la "necitas defensionis" que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurran en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2.003, "la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un "animus defendendi" que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor ("animus necandi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo".

Es decir, la legítima defensa -caso de que concurra- no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable "animus necandi", por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles.

El segundo reparo pretende desacreditar el juicio de inferencia

alcanzado por el Tribunal a partir de los datos fácticos indiciarios que maneja. El razonamiento de la Sala juzgadora de instancia es inobjetable: 1°. La zona anatómica a la que dirigió el ataque, como es el pectoral izquierdo, entre el tercer y cuarto espacio intercostal, situado unos 2 centímetros por encima de la mamila, donde se alojan órganos vitales, entre ellos el corazón, cuyo ventrículo izquierdo fue lesionado, lo que produjo el fallecimiento del agredido por shock hipovolémico, según el informe de autopsia (folios 236 a 238), ratificado en el plenario por los doctores don Venancio Fernández Valencia y don Alvaro Miró Seoane. 2°. La capacidad mortífera del arma empleada, una navaja de un solo filo y con un contrafilo no serrado y de escaso grosor -según puntualizaron en la vista los peritos que analizaron las prendas de Carlos Javier, refrendando su informe obrante a los folios 461 a 468-, en función de las dimensiones de su hoja, pues aunque no fue encontrada -siendo indiferente que el motivo fuera porque se le cayese en su huída, como sostiene el acusado, o porque se desprendiese de ella al salir de la estación, arrojándola debajo de vehículos estacionados antes llegar a la altura de los policías municipales 6191.8 y 6919.0 (folios 88 a 90 y vista), los cuales relatan que le vieron tirar un objeto, que al golpear el suelo produjo un sonido metálico, el cual no pudieron recuperar, a pesar de efectuar una minuciosa inspección de la zona, ayudados por otros compañeros-, y los peritos anteriormente referidos no pudieron determinarla, al desconocer la presión ejercida, al menos tenía unos siete centímetros de hoja, en atención a la profundidad alcanzada por la herida, similar a la sufrida por el testigo protegido (TP) n° 10, según señalaron los forenses en el plenario. 3°. La trayectoria del apuñalamiento, de arriba hacia abajo, cuando la víctima se encontraba frente a él. 4°. La contundencia del golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, afectase a la piel, tejido subcutáneo, pleura parietal, pericardio y ventrículo izquierdo del corazón.

Lo mismo acaece en relación con la cuchillada que el acusado propinó al testigo protegido n° 10. Siempre ateniéndonos a la narración fáctica, claro está. Allí se declara probado que dos personas intentaron desarmar a aquél,

resultando levemente herido una de ellas que sufrió una herida incisa superficial con la navaja. *"Después el testigo protegido n° 10 se dirigió hacia el acusado con la misma finalidad, entablándose entre ambos un forcejeo, en el curso del cual cuando Josué le tenía sujeta la cabeza con su brazo izquierdo e inclinada hacia él, le clavó la navaja en el tórax izquierdo, entre el 6° y 7° espacio intercostal, ocasionándole: hemoneumotórax, laceración pulmonar en llingula y hematoma mediastínico con compresión extrínseca de vía aérea y atelectasia secundaria"*.

Cuál fuera el animus del acusado al ejecutar esta acción se desprende de diversas circunstancias que se recogen en la sentencia: ya es suficientemente ilustrativo que nada más clavar la navaja en el corazón de Carlos Palomino, el acusado -dice el factum- *"se quedó en el interior del vagón que fue desalojado por sus oponentes ideológicos ante el temor de ser agredidos, recorriendo el mismo de un lado a otro blandiendo la navaja y profiriendo contra ellos las siguientes frases: "guarros de mierda, os voy a matar a todos" y "Sieg Heil", mientras saludaba al modo nazi extendiendo el brazo y mano derechos"*; gestos y expresiones, debe decirse, que son manifestaciones externas de una ideología como la nazi, de la que hizo explícita ostentación el acusado, ideología que se caracteriza por el fanatismo irracional, la carencia de todo sentido de humanidad hacia quien se tiene por adversario, y el crimen. Junto a ello 1°. el lugar del cuerpo donde se produce la herida, tórax izquierdo, entre el 6° y 7° espacio intercostal, en la línea medio/posterior axilar, donde se encuentran importantes venas y arterias y órganos esenciales para el mantenimiento de la vida de una persona, como el corazón y los pulmones, siendo en este caso perforado el izquierdo, provocando un hemotórax grave según el parte del médico del hospital universitario 12 de octubre (folio 393) e informe provisional de UCI (folios 128 y 129), y que según los citados forenses -que ratificaron el informe de sanidad (folio 371)- sería mortal sin la intervención quirúrgica realizada. 2°. La aptitud de la navaja empleada para ocasionar la muerte, que es incuestionable en atención al resultado producido el fallecimiento de Carlos Javier. 3°. La

intensidad empleada en el golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, y la profundidad de la herida.

SEXTO.- Todavía se hace necesaria una última reflexión para concluir el análisis de este motivo casacional.

Que el apuñalamiento de las dos víctimas principales estuvo impulsado por un "animus necandi" o dolo directo de matar de primer grado, ejecutándose las acciones con la voluntad específica de quitar la vida, es un juicio de inferencia plenamente justificado por la mecánica comisiva y el cúmulo de elementos indiciarios anteriores, coetáneos y posteriores a esas agresiones.

Pero, aunque se llegara a la conclusión hipotética de que el autor de los hechos no tenía el deseo, propósito ni la voluntad específica de matar, ello en nada empecería la concurrencia del elemento subjetivo del dolo homicida que requiere el tipo penal, cuanto menos en su modalidad eventual que también satisface el componente anímico del delito.

Por cuanto ha quedado expuesto, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Combate también el recurrente la calificación jurídica de la agresión y muerte de Carlos Palomino como constitutiva de un delito de asesinato consumado, al considerar que no concurre la agravante de alevosía que aprecia el Tribunal sentenciador.

En síntesis, lo que sostiene el motivo es que no hubo la alevosía súbita o sorpresiva que aprecia la sentencia, porque Carlos Palomino debía ser consciente del peligro que se cernía sobre él y, por consiguiente, el ataque con el arma blanca no puede ser calificado de imprevisto.

Al margen de que el recurrente se equivoca al señalar que no concurre la alevosía "tanto en el primero como en el segundo ataque", porque el Tribunal sólo la apreció en el primero de ellos, el que sufrió Carlos; al margen de ello, decimos, el motivo carece de todo fundamento y debe ser rechazado.

Como expresa la sentencia apoyándose en la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, para apreciar esta circunstancia es preciso: a) se trate de un delito contra las personas; b) se utilicen en su ejecución medios, modos o formas, que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; c) el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar su ejecución, al impedir la defensa del ofendido; y d) una mayor reprochabilidad de la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

A tenor de los hechos declarados probados, ninguna duda alberga este Tribunal de casación de que, por la forma y el arma con que se produjo, el ataque a Carlos Palomino fue alevoso, en la modalidad de agresión súbita, sorpresiva, repentina e imprevista.

El recurrente, como ya se ha dicho, sostiene la tesis de que la víctima no podía "ignorar por su *cognoscencia* ... el peligro que le acechaba". Pero esta alegación resulta tan infundada como irracional, porque al encontrarse Carlos arrojado por los compañeros que le acompañaban, en una palmaria situación de superioridad fáctica respecto al acusado, resulta de lo más razonable que Carlos no recelara de una agresión tan mortífera como la que recibió. Sí que hubiera sido racionalmente previsible que en el escenario descrito se hubieran producido insultos, amenazas e incluso algunos movimientos agresivos como empujones o golpes entre uno y otros. Pero nada de esto hubo, sino que lo que sucedió realmente, un rapidísimo, súbito y fulgurante acto de apuñalamiento con la navaja que el acusado ya llevaba abierta y escondida, clavándola hasta la empuñadura en el pecho de la víctima, no entraba, ciertamente, dentro de lo previsible.

Por lo demás, esa mecánica comisiva satisface plenamente las exigencias legales o establecidas en el art. 22.1ª C.P., pues resulta incuestionable

que el acusado empleó medios, modos y formas de ejecución en la agresión que tendían directamente a asegurarla, impidiendo toda reacción defensiva por parte del agredido.

OCTAVO.- Censura también el recurrente como infracción de ley la indebida aplicación de la agravante de motivación ideológica del art. 22.4º C.P.

El motivo no respeta los hechos probados, lo que ya sería causa de desestimación por imperativo del art. 884.3º L.E.Cr. Por el contrario, excediendo el marco establecido por la ley en cuyos límites debe desenvolverse esta clase de reproches por infracción de ley, el recurrente se limita a exponer una serie de alegaciones sobre las pruebas practicadas y a valorarlas según su subjetiva y personal perspectiva.

Al margen de esta grave y clamorosa irregularidad que desnaturaliza la censura casacional, lo cierto es que no aparecen en el desarrollo del motivo el menor atisbo de intentar refutar con argumentos jurídicos y con el exigible sometimiento al "factum", la decisión del Tribunal de aplicar la agravante en cuestión y los fundamentos jurídicos que la sustentan.

La inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1.995 respondió, según la Exposición de Motivos de la L.O. 4/95, a que "la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella", no habiendo España "permanecido ajena al despertar de este fenómeno". En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4ª del art. 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos.

El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional "contra el racismo antiespañol"; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos "Sieg Heil", de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Carlos, a la vez que saludaba al estilo

romano; la utilización de la palabra "guarros" para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de Carlos, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Josué contra Carlos Javier, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando "serenamente" la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal.

El motivo se desestima.

NOVENO.- Por último, se denuncia infracción de ley por inaplicación de la "eximente completa, incompleta y analógica de legítima defensa", "eximente completa, incompleta y analógica de estado de necesidad" y "eximente completa, incompleta y analógica de miedo insuperable".

El brevísimo desarrollo de la censura casacional en cuanto a la legítima defensa se refiere se basa única y exclusivamente en la existencia de un "riesgo cierto para el condenado", alegación que el recurrente trata de acreditar basándose en datos fácticos que no aparecen en el relato de Hechos Probados o haciendo mención a otros acaecidos con posterioridad a los apuñalamientos de Carlos Palomino y del testigo protegido nº 10. Entre los primeros, "los antecedentes" del grupo antifascista en el que se integraban las víctimas, que ni se especifican ni aparecen en el "factum", los antecedentes penales del herido, que tampoco figuran como hecho probado, ni se concretan, ni, en su caso, tendrían relevancia alguna, como, igualmente, la referencia al vigilante que intentó socorrer al fallecido. Entre los segundos, el lanzamiento al reo de diversos objetos y el intento de agresión al acusado, que debe interpretarse

cuando huía perseguido por los compañeros de las víctimas, dado que en la descripción de los hechos probados, no se hace mención alguna a un intento de agresión previo al apuñalamiento mortal de Calos Palomino, y que los enfrentamientos físicos con el acusado por parte de las dos personas que inmediatamente después se produjeron tuvieron por objeto, y así lo destaca la sentencia, desarmar al acusado de la navaja con la que acababa de acuchillar mortalmente a Carlos, con la que amenazaba de muerte a quienes permanecían en el vagón y que, finalmente, clavó también al testigo protegido n° 10 causándole las gravísimas lesiones ya reseñadas.

Estas mismas alegaciones son las que fundamentan la pretensión de apreciar la concurrencia del miedo insuperable y de estado de necesidad que, de hecho, vendrían a ser la consecuencia inmediata de la situación de grave riesgo en que se dice se encontró el acusado al verse en medio de un numeroso grupo de antifascistas y que legitimaría los apuñalamientos ejecutados.

En cuanto a la legítima defensa que pudiéramos denominar "convencional", es claro y manifiesto que no concurre: en el caso de Carlos Palomino no hubo ninguna clase de agresión de éste al acusado, ni de ningún otro miembro de su grupo. Sí la hubo por parte del testigo protegido n° 10, pero esa agresión no era ilegítima, sino todo lo contrario, pues, como ha quedado dicho, el enfrentamiento estuvo motivado por la finalidad de despojar al acusado de la navaja con la que acabada de herir mortalmente a Carlos y con la que amenazaba con matar a otras personas.

Para la apreciación de la legítima defensa, tanto en su condición de eximente completa, como incompleta o atenuante analógica, ha de contarse con el elemento básico, esencial e inexcusable de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas.

DÉCIMO.- Así las cosas, la única cuestión que queda por analizar es dilucidar si concurre en el hecho la legítima defensa previa a la efectiva agresión que se produce cuando el sujeto se encuentra en una situación de grave peligro

objetivo para su integridad física creado por la conducta de quien a la postre será la víctima de la agresión de aquél. Peligro que además de grave debe ser inminente, real y efectivo y que únicamente pueda conjurarse o eludirse con la acción violenta.

A esto parece que se refiere el recurrente cuando señala que "no se puede rechazar la existencia de riesgo cierto para el condenado al encontrarse rodeado por más de diez personas con indumentaria ultra y que le miran malencaradamente" (al acusado).

La posibilidad de aplicar en el caso presente esta alternativa de la legítima defensa, es nula.

En efecto, el acusado no realizó las acciones homicidas para eliminar ese supuesto peligro contra su vida o su integridad física creado por Carlos Palomino ni por sus acompañantes. Consta como hecho probado que complementa el "factum" que el fallecido se vio completamente sorprendido por la rapidez con la que se produjo el apuñalamiento y el desconocimiento de que el agresor fuera armado, lo que le impidió cualquier reacción defensiva, lo cual a su vez era lo que buscaba Josué al ocultar la navaja y colocarse a la entrada de la puerta, a la espera de atacar con cualquier excusa a cualesquiera de las personas que por su estética consideraba "antifascistas". Es decir, que desde que Carlos entra en el vagón hasta que recibe la puñalada, transcurrieron seis segundos, durante los cuales lo único que hizo fue mirar al acusado y tocarle la sudadera preguntándole por ella (véase el párrafo 3º del factum), acción absolutamente irrelevante para sustentar la pretensión del recurrente, puesto que, aunque en el escenario de los hechos pudiera calificarse de impertinente o incluso de provocativa, no pasa de ahí, y lo cierto es que ni la víctima ni ninguno de sus compañeros (el recurrente, en un alarde de exceso verbal impropio de su condición les llama "secuaces") realizan acción ni movimiento alguno de acometimiento hacia el acusado, pero ni siquiera profieren amenazas o insultos. Sólo le miran ("a cierta distancia al percatarse de su estética skin neonazi" pero sin dirigirse a él con palabras o gestos conminatorios, resalta la Sala

fácticamente al revisar las imágenes de la grabación del tren 3068/2) en esos breves seis segundos que tarda Carlos en acceder al tren y caer prácticamente muerto y que acreditan la mencionada filmación.

Queda meridianamente claro que ni la víctima ni los miembros de su grupo crearon una situación que permitiera calificar la acometida mortal a Carlos como de legítima defensa, por la sencilla razón de que no hubo siquiera tiempo para ello.

Es más, que el acuchillamiento y muerte de Carlos Palomino no respondía al intento del acusado de evitar un grave peligro para su vida o su integridad física, lo pone de manifiesto el mismo relato histórico y las consideraciones que expone el Tribunal de instancia en la fundamentación jurídica de la sentencia. Porque su verdadero propósito, desde que el tren entra en la estación y el acusado observa la presencia en el andén de los antimanifestantes izquierdistas, "... y antes de que el tren se detuviera, sacó su navaja al tiempo que bostezaba, yendo tranquilamente a situarse junto a una de las puertas del vagón, ocultando la navaja abierta y con la hoja hacia arriba en la cara posterior del antebrazo, esperando a que entrasen algunos de los citados jóvenes para agredir a cualquiera de ellos con el menor pretexto por su enfrentada divergencia de pensamiento".

Además, la prueba practicada y en concreto las imágenes filmadas ponen claramente de manifiesto la falta de fundamento de la alegación según la cual el acusado se vio en la necesidad ineludible de defenderse impulsado por el miedo insuperable ante el grave riesgo que corría su vida, pues si desde que entraba el tren en la estación ya se había percatado del numeroso grupo de antifascistas que iban a reventar la manifestación, no se entiende desde la más elemental racionalidad, que en tal situación, el acusado no hiciera movimiento alguno para abandonar el vagón al que iban a acceder aquéllos, evitando así ese "grave riesgo" de la manera más sencilla y sin desdoro alguno, o bien que se desplazara de lugar en el vagón para no ser observado y pasar desapercibido. Nada de eso hizo, sino que serenamente y con la navaja ya abierta y escondida

aguardó la entrada de sus enemigos "guarros" para apuñalar al primero que pudo, como era su intención.

En definitiva, existió una voluntad decidida de matar por parte del acusado que fue llevada a la práctica y ejecutada por éste con anterioridad a que se hubiera podido crear una eventual e hipotética situación de grave peligro para aquél, que, ciertamente acabó produciéndose, pero que fue consecuencia inmediata y directa del acto homicida ya consumado y del posterior intento de homicidio a la otra víctima.

El motivo se desestima en su integridad.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Josué Estébanez de la Hija**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 14 de octubre de 2.009, en causa seguida contra el mismo por delito de asesinato, homicidio intentado y falta de lesiones. 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.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Julián Sánchez Melgar

José Manuel Maza Martín

Luciano Varela Castro

Diego Ramos Gancedo

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.