Sumario nº 2/2008
Juzgado de Instrucción nº 50 de Madrid
Rollo de Sala nº 68/2008
BENITO

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, ha pronunciado, EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente:

# S E N T E N C I A Nº 419/2009

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**)
**SECCIÓN PRIMERA** )
Presidente )
D ALEJANDRO Mª BENITO LÓPEZ )
Magistrados )
Dª ARACELI PERDICES LÓPEZ )
Dª Mª CRUZ ÁLVARO LÓPEZ )
_____)

En Madrid, a catorce de octubre de dos mil nueve.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial el sumario nº /2008 del Juzgado de Instrucción nº 50 de Madrid, seguido contra el acusado **Josué Estébanez de la Hija,** con DNI 45665280-E, nacido el 19 de noviembre de 1983 en Galdakao (Vizcaya), hijo de Bernardo y Victoria, sin antecedentes penales, y privado provisionalmente de libertad por esta causa desde el 11 de noviembre de 2007.

Habiendo sido partes:

El Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. doña Raquel Muñoz.

Los/as acusadores/as particulares doña Mª Victoria Muñoz Fernández, el testigo protegido nº 10 y don Francisco Javier Palomino Condes, representados/as los dos primeros/as por el procurador don Federico Pinilla y defendidos/as por el

letrado don Erlantz Ibarrondo, y el tercero representado por la procuradora doña Teresa Pérez y defendido por la letrada doña Mª Rosa Sanz.

Las acusadoras populares Asociación de Vecinos Alto Arenal, y Movimiento contra la Intolerancia, representadas por los procuradores/as doña Mª Dolores Maroto y don Antonio de la Serna, y defendidas por los letrados/as don Antonio Segura y doña Inés del Pozo, respectivamente.

El acusado, representado por la procuradora doña Virginia Camacho, y defendido por el letrado don Enrique Martín.

El Ministerio de Defensa español, en calidad de responsable civil, representado y defendido por la Abogada del Estado.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. don Alejandro Mª Benito López.

## I ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representante del Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de: a) un delito de asesinato del art. 139.1 del Código Penal (CP); b) un delito intentado de homicidio del art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 CP; y c) una falta de lesiones del art. 617.1 CP. Reputando responsable de los mismos en concepto de autor al referido acusado, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica del art. 22.4 CP en los tres ilícitos, solicitando la imposición de las penas de: 20 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena, por el primer delito; 9 años, 11 meses y 29 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de

derecho de sufragio pasivo durante la condena, por el segundo; y 2 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, por la falta; y que indemnizase a los padres de Carlos Javier Palomino Muñoz en 300.000 euros y al testigo protegido nº 1 en 500 euros; y el abono de las costas procesales. Y retiró la pretensión de indemnización a favor del testigo protegido nº 10.

**SEGUNDO.-** La defensa de doña Mª Victoria Muñoz Fernández y del testigo protegido nº 10, calificó los hechos como constitutivos de: a) un delito de asesinato del art. 139.1 CP; b) un delito intentado de homicidio del art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 CP; c) un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 CP; d) un delito de amenazas del art. 170.1 en relación con el art. 169.1 y 3 CP, o subsidiariamente del art. 169.2 CP; y e) una falta de lesiones del art. 617.1 CP. Considerando responsable de ellos al citado acusado en concepto de autor, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica del art. 22.4 CP en los dos primeros delitos, y la de abuso de superioridad del art. 22.2 CP en el segundo. Interesando la imposición de las penas de: 20 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena, por el primer delito; 9 años, 11 meses y 29 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, por el segundo; 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, por el tercero; 4 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, por el cuarto, o subsidiariamente 2 años de prisión, con la misma accesoria; y 2 meses de multa, con una cuota diaria de 20 euros, por la falta; así como que el acusado indemnizase a la madre de Carlos Javier Palomino Muñoz en 500.000 euros, y abonase las costas.

Retiró la petición de indemnización para el testigo protegido nº 10 por renuncia del interesado; y la pretensión de responsabilidad civil subsidiaria contra el Ministerio de Defensa.

**TERCERO.-** La defensa de don Francisco Javier Palomino Condes, calificó los hechos de la misma forma que la Fiscal, recabando las mismas penas, y que el acusado indemnizase a su defendido en 200.000 euros, y pagase las costas.

**CUARTO.-** La defensa de la Asociación de Vecinos Alto Arenal calificó los hechos como constitutivos de: a) un delito de asesinato del art. 139.1 CP, o subsidiariamente de un delito de homicidio del art. 138; b) un delito intentado de homicidio del art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 CP; y c) una falta de lesiones del art. 617.1 CP. Atribuyendo la responsabilidad en los mismos en concepto de autor al aludido acusado, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica del art. 22.4 CP en los tres ilícitos y la de abuso de superioridad del art. 22.2 CP en el segundo y en la subsidiaria al primero; y solicitó la imposición de las mismas penas que el Fiscal, salvo en la cuota diaria de la multa por la falta por la que pidió 20 euros, y la pena de 15 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena, para la alternativa al primer delito.

**QUINTO.-** La defensa del Movimiento contra la Intolerancia calificó los hechos de manera idéntica a la Fiscal, salvo la inclusión de la agravante de abuso de superioridad en el homicidio intentado, interesando las mismas penas.

**SEXTO.-** La defensa del acusado calificó los hechos como constitutivos de: a) un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 CP; b) un delito de lesiones del art. 147.1 CP; y

c) una falta de lesiones del art. 617.1 CP. En todos ellos no cuestionó la autoría de su defendido, con la concurrencia de las eximentes completas de legítima defensa del art. 20.4 CP, estado de necesidad del art. 20.5 CP y miedo insuperable del art. 20.6 CP, y subsidiariamente de la eximente completa de miedo insuperable e incompletas de legítima defensa y estado de necesidad, en el primer delito, y las eximentes completas de miedo insuperable y legítima defensa e incompleta de estado de necesidad, en el segundo; y solicitó la libre absolución de su defendido, y alternativamente la imposición de las penas de 6 meses de prisión por el primer delito y 3 meses de prisión por el segundo delito.

## II. 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 Ucera nº 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 monofilo 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, consistente 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 nº 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 solo 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 nº 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 6º y 7º espacio intercostal, ocasionándole: hemoneumotórax, laceración pulmonar en língula 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 taracotomia 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 Mª Victoria Muñoz Fernández, la cual tenía en exclusiva el ejercicio ordinario de su patria potestad y su guardia 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, del 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 indemización que pudiere corresponderle.

## III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Los hechos declarados probados constituyen:**

**A)** Un **delito de asesinato** del art. 139.1 CP, y no un delito de imprudencia con resultado de muerte del art. 142.1 CP, como postula la defensa, respecto de la muerte de Carlos Javier Palomino Muñoz

El delito doloso tiene dos elementos configuradores: el cognoscitivo -conocimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate-, y el volitivo -consistente en querer o aceptar el resultado de la acción-. Cuando se quiere el resultado se está ante el dolo directo y, cuando se acepta, el dolo se denomina eventual.

El dolo directo existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto que asume, incluidas las consecuencias necesarias del acto.

El dolo eventual surge cuando habiéndose representado el agente un resultado posible y no necesario, o lo que es lo mismo, probable pero no directamente deseado, lo acepta o tolera sin renunciar a la ejecución de los actos pensados.

En nuestro Derecho la ley no distingue entre las distintas formas de dolo, sino sólo entre éste y la imprudencia.

La línea divisoria con el dolo eventual, se produce porque en la culpa consciente se rechaza el futuro resultado, confiando el autor en que no se producirá, pues en otro caso no habría actuado.

Son numerosas las teorías doctrinales que han tratado de deslindar el dolo eventual de la culpa grave.

Entre ellas cabe destacar:

a) Teoría de la probabilidad, que incide en el grado de posibilidad con que el autor espera la realización del tipo.

b) Teoría del consentimiento, que exige que el autor haya “aprobado” el resultado o lo haya “aceptado aprobándolo”, a cuyo efecto debería preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con el conocimiento seguro de la realización del tipo.

c) Teoría de la manifestación objetiva de la voluntad de

evitación, para la cual lo decisivo es si realmente se han puesto los medios para evitar el resultado secundario.

d) Teoría del sentimiento, que busca la diferencia en un determinado grado de desconsideración, admitiendo el dolo cuando el autor haya sido indiferente a la realización del tipo.

En nuestra jurisprudencia no existe unanimidad en la tesis jurídica aplicable para la diferenciación entre ambas figuras, pareciendo que se decanta por una posición ecléctica en la que se conjugan la teoría de la probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición, que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado, y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida, asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero siendo exigible, en todo caso, la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (STS 638/2006, de 7-3; 1241/2006, de 22-11; y 1278/2006, de 22-12).

En este caso, la muerte de Carlos fue consecuencia directa de la agresión del acusado, realizada de forma plenamente voluntaria y con la consciencia, no sólo probable, sino absoluta de acabar con su vida, como se desprende sin género de duda de:

1º La zona anatómica a la que dirigió el ataque, como es el pectoral izquierdo, entre el tercer y cuatro 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 Álvaro Miró Seoane.

2º 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 huida, 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) nº 10, según señalaron los forenses en el plenario.

El acusado desde su declaración indagatoria (folios 487 y 488) sostiene que era la “navaja de maniobras”, que compró en una tienda al no serle facilitada por el Ejército, al que pertenecía como soldado profesional en virtud de un contrato por dos años.

Extremos que se encuentran contradichos por las declaraciones de los mandos militares que depusieron el juicio, que tenían los cargos de coronel, teniente-coronel, subteniente y brigada, y el soldado compañero de regimiento, todos los cuales fueron contestes en que entre el material que se facilita a todos los integrantes del Ejército, se encuentra el denominado “cubierto de campaña”, compuesto por cuchara, tenedor y navaja, que se emplea cuando se realizan maniobras fuera del cuartel.

Añadiendo que la referida navaja es de uso múltiple, como la conocida “suiza”, que contiene la hoja de navaja y otros componentes para diversas utilidades, de apertura manual y sin seguro, teniendo una hoja con una longitud de unos seis centímetros, según el primer y quinto testigo; entre cinco y seis centímetros, según el segundo; unos tres o cuatro dedos, según el tercero; y unos cuatro dedos, según el cuarto. No concordando con la empleada en la agresión, pues los TP nº 2 y nº 4 indicaron en la vista que la longitud de la hoja, medida con una regla, era de diez a doce centímetros, y de nueve a diez, respectivamente; dimensiones que se asemejan bastante más a la que puede apreciarse en la grabación del tren 3068/2, que junto con las de las restantes cámaras del tren y la estación fueron visionadas en el plenario.

Debe puntualizarse respecto de las grabaciones que existe una discordancia de una hora entre las de las cámaras del tren y las de la estación, al no estar ajustadas aquellas al cambio horario de otoño, según indicó en la vista don Francisco García Cadiñamos, jefe de seguridad del Metro. Persona que, en compañía de un técnico del metro, otro del servicio del servicio de grabación y la policía, obtuvo las grabaciones del tren, que junto con las de la estación, fueron visionadas por la agente 89.167, quien seleccionó las que contenían los episodios relevantes, las cuales fueron pasadas a los dos discos que se adjuntaron con el atestado. Además, las cámaras del tren no están sincronizadas entre sí, existiendo una pequeña diferencia en los minutos.

3º La trayectoria del apuñalamiento, de arriba hacia abajo, cuando la víctima se encontraba frente a él.

4º 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.

La agresión sufrida por Carlos Javier fue alevosa.

La alevosía ha sufrido una larga evolución histórica en la que ha pasado de comprender penológicamente los más graves crímenes a convertirse en una circunstancia de agravación genérica para los delitos contra las personas (art. 22.1 CP), y específica para cualificar el homicidio como asesinato (art. 139.1 CP); y conceptualmente de consistir en un quebrantamiento objetivo a la fidelidad debida, equivalente a la traición o deslealtad, que incidía en la antijuricidad, a destacarse su aspecto subjetivo, productor de una mayor culpabilidad, derivado de la previa selección de cualquier mecanismo de aseguramiento del resultado criminal sin riesgo para el agresor, revelador de una vileza y cobardía, merecedora de una mayor repulsa.

Existen tres modalidades de alevosía:

a) “proditoria” o “traicionera” cuando concurre trampa, acechanza, insidia, emboscada o celada.

b) “súbita” o “inopinada” en la que el ataque es sorpresivo, imprevisto, fulgurante y repentino.

c) “desvalimiento” cuando se aprovecha una especial situación inicial de desamparo de la víctima por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc); no así cuando la situación de indefensión sea como consecuencia de una situación de acometimiento dirigida a vencer la natural resistencia inicial, que es continuada por el agresor para alcanzar su propósito sin ruptura de acción, que es la denominada alevosía sobrevenida.

El art. 22.1 CP señala que: *“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas*

*empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido."*

En función de tal definición, la jurisprudencia de la que son exponentes las STS 1866/2002, de 7 noviembre; 147/2007, de 19 de febrero; y 683/2007, de 17 de julio; 93/2009, de 29 de enero; y 99/2009, de 2 de febrero), considera que 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.

Elementos todos ellos que concurren en la agresión analizada, porque a las circunstancias expuestas anteriormente, se suma que el ataque fue completamente sorpresivo.

El acusado, al llegar el tren a la estación de Legazpi, antes de detenerse, al ver el numeroso grupo de jóvenes que se encontraba en el andén, a los que dice que identificó como "antifascistas" por ser punkies, a los que por su experiencia personal identifica como de ideología de ultraizquierda, sacó con su mano izquierda la navaja que llevaba en el bolsillo del mismo lado de su pantalón y la pasó a su mano derecha (grabación del tren 3069/1 desde 12:57:18 a 12:57:20 horas); después la ocultó en la cara posterior de su mano y su antebrazo derechos, con la hoja hacia arriba, al tiempo que

se aproximó a una de las puertas del vagón, colocándose justo a la entrada, de modo que las personas que accedieron por dicha puerta no podían ver el arma, entre las que se encontraba Carlos Javier, como puede apreciarse la grabación del tren 3068/2 desde 12:55:57 horas; coincidiendo con la manifestado por los TP nº 1 (folios 91, 92, 200 y 201 y juicio), nº 2 (folios 202 y 203 y juicio) y nº 5 (folios 71, 72, 213 y 214 y juicio). Sólo las TP nº 3 (folios 95, 96, 204 y 205 y juicio) y nº 8 (folios 101, 102, 221 y 222 y juicio) dicen que vieron el arma antes del apuñalamiento, la primera porque se colocó enfrente del acusado, y la segunda porque estaba situada detrás, señalando ésta, que incluso cuando se apercibió de dicha circunstancia llegó a decir: “cuidado”, justamente coincidiendo con el apuñalamiento a Carlos Javier.

Carlos Javier cuando entró en el vagón miró al acusado, con la mano izquierda le tocó la sudadera y al apartarla recibió la puñalada, siendo arrojado del tren, según puede observarse en la grabación del tren 3068/2 desde 12:56:17 a 12:56:23 horas.

El acusado sostiene que Carlos Javier le pidió la sudadera y el dinero, al tiempo que le dijo: “cabrón, te vas a enterar”, extremo que es contradicho por los TP nº 1, nº 3 y nº 5, que señalan que Carlos Javier, al tocar la sudadera azul del acusado, le preguntó sobre ella al llevar estampada en el pecho y en color blanco: “Three-Stroke”, y debajo “Productions”, como reflejan las fotos del folio 136, que es identificada como una prenda que usan exclusivamente los neonazis por los referidos testigos, y los TP nº 2, nº 4 (folios 64, 65, 211 y 212, y juicio), nº 6 (folios 76, 77, 217 y 218, y juicio), nº 7 (folios 81, 82, 219 y 220, y juicio), y nº 8. Además, el Inspector–Jefe del grupo XXI de la Brigada Provincial de Policía de Madrid al exhibírsele en el juicio las fotografías de la sudadera y el pantalón de chándal que llevaba el acusado (folios 136 y 137) y los

fotogramas de las grabaciones del tren donde el mismo aparece con el pelo rapado y zapatillas blancas (folios 109 y siguientes) manifestó sin duda alguna que correspondían a la estética de un skin neonazi, la cual puede ser perfectamente reconocible entre los miembros de grupos adversos, al igual que sucede a la inversa, y es completamente compatible con la afirmación de Josué de reconocer a los jóvenes que estaban en el anden como antifascistas y con que las miradas de algunos de éstos se centren sobre el acusado cuando entran en el vagón, según puede apreciarse en los segundos previos de la grabación del tren 3068/2 a la agresión sufrida por Carlos Javier.

En consecuencia, puede afirmarse que Carlos Javier por la estética del acusado sabía que era una persona de ideología contraria a la suya -extremo sobre el que se profundizará posteriormente al analizar la agravante de discriminación ideológica-, mas no por ello receló de la posibilidad de una agresión, por la impulsividad propia de su adolescencia y la confianza que suponía la presencia un nutrido grupo de amigos y personas de posiciones próximas a la suya, y prueba de ello fue su comportamiento, al pedir al acusado explicaciones sobre su sudadera, viéndose completamente sorprendido por la rapidez con que se produjo el apuñalamiento, y el desconocimiento de que iba 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”.

**B)** Un **delito intentado de homicidio** del art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 CP, y no un delito de lesiones del art. 147.1 CP, respecto a la agresión sufrida por el TP nº 10.

La intención de matar (animus necandi), y no otro

resultado lesivo (animus laedendi), pertenece a la esfera íntima del agente, por ello, salvo que el propio acusado lo reconozca, lo que no acontece en este caso, debe inferirse de datos objetivos.

La jurisprudencia (STS 82/2009, de 2 de febrero) señala, a modo de pauta o como referencia, que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes (anteriores, coetáneas y posteriores), y singularmente destaca algunas, como: el lugar del cuerpo afectado, el instrumento utilizado, la repetición de ataques y su intensidad; si bien aclarando que no todas tienen el mismo rango ni debe concurrir un determinado número para alcanzar una conclusión (STS 1157/2006, de 10 de noviembre).

El acusado mantiene que un encapuchado gaseó el vagón con un spray, lo que le cegó, por lo que tuvo que irse al otro lado del tren, momento en que entraron dos encapuchados que le dijeron: “te vamos a matar”, ante lo cual tuvo que blandir la navaja para que no se le acercarán.

El TP nº 10 (folios 296 a 298, y juicio), que llevaba la sudadera roja y blanca que aparece en las fotografías de los folios 193 y 194, sostiene que trató de desarmar al acusado, usando como escudo un trozo de plástico de la protección de un extintor que estaba en el suelo, recordando únicamente que al entrar en el tren había un fuerte olor a spray de pimienta, pero los ojos rápidamente se le adaptaron, dirigiéndose al otro extremo del vagón donde se encontraba el acusado, con el que mantuvo un forcejeo, sin que notara la puñalada, hasta que al salir vio que tenía sangre.

Este relato viene confirmado por la vigilante de seguridad del metro Mª Reyes Carrasco Sayazo (folios 73 a 75 y juicio), quien indica que vio al acusado que tenía agarrado al TP nº 10 por el cuello e inclinado hacia él, cuando le propinó un golpe, tirando del testigo para sacarlo del vagón, momento en que una chica situada en el andén la cegó al

rociarle la cara con un spray, que quería dirigir hacia Josué, y que le dio de lleno a ella al encontrarse en medio. Inicialmente creyó que el golpe consistió en un puñetazo, aunque luego al ver la sangre supo que fue una puñalada. Y las grabaciones del tren, así en la cámara 3068/2 a las 12:58:07 puede verse al TP nº 10 entrando en el vagón; en la 3070/2 a las 12:59:56 horas cómo llega hasta el acusado y se inicia el forcejeo; y en la del tren 3069/1 a las 12:59:47 horas como se dirige hacia el acusado, observándose una pelea al fondo, hasta que es sacado el perjudicado por la referida vigilante a las 12:59:58 horas.

La intención del acusado de acabar con la vida del TP nº 10 se encuentra plenamente acreditada por:

1º El lugar del cuerpo donde se produce la herida, tórax izquierdo, entre el 6º y 7º 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.

2º La aptitud de la navaja empleada para ocasionar la muerte, que es incuestionable en atención al resultado producido el fallecimiento de Carlos Javier.

3º La intensidad empleada en el golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, y la profundidad de la herida.

Circunstancias que son esencialmente idénticas a las analizadas por la STS 93/2009, de 29 de enero, que alcanzó la misma conclusión.

**C)** Una **falta de lesiones** del art. 617.1 CP respecto del menoscabo corporal sufrido por el TP nº 1.

El referido testigo relata que junto con otro joven trataron de desarmar al acusado, sufriendo ambos heridas en la mano, produciéndose la suya cuando intentó agarrarle el brazo, siendo la suya más superficial que la de su acompañante, de la cual no existe informe médico.

Los forenses refrendaron el informe de sanidad de dicho testigo obrante al folio 208.

**Por el contrario los hechos probados no constituyen:**

**A)** Un **delito de tenencia ilícita de armas** del art. 563 CP.

Las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: a) sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); b) su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial, conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; c) que posean una especial potencialidad lesiva; y d) la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio; y STS 29/2009, de 19 de enero; y 343/2009, de 30 de marzo).

El art. 4.1 f) del Reglamento de Armas prohíbe los bastones estoque, las navajas llamadas automáticas y los puñales de cualquier clase, que a estos efectos son las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.

La navaja del acusado -que evidentemente no sacó del cuartel despistadamente porque al día siguiente tuviese maniobras, pues no la llevaba en el pantalón militar de campaña en el que hipotéticamente podría tenerla, sino en un pantalón de chándal- no tiene encaje en dicho precepto, al no constar que fuera automática, ni la exacta longitud de su hoja, sólo que, al menos tenía siete centímetros, y tener un solo filo.

Por el contrario, el puño americano o llave de pugilato intervenido al acusado en el cacheo efectuado por los policías municipales, constituye un arma prohibida prevista en el art. 4.1 h) del citado Reglamento.

La afirmación del acusado relativa a que el puño americano no era suyo, sino que lo vio en el suelo durante curso de la agresión que sufrió por un grupo de jóvenes en la calle y se lo guardó, además de constituir una mera alegación carente del menor refrendo, no resulta creíble, pues lo lógico es que durante la agresión tratara de cubrirse las zonas más sensibles de su cuerpo, no siendo razonable que se descubriera para coger el puño e introducirlo en su bolsillo de su pantalón.

El portar por la calle el puño, junto con la navaja, máxime cuando, por las razones que después se indicarán, se dirigía a la manifestación convocada Democracia Nacional, partido vinculado a la extrema derecha, bajo el lema: “contra el racismo anti-español”, lo que suponía la posibilidad de enfrentamientos en caso de que los antifascistas tratarán de boicotearla, como era la intención del grupo de Carlos Javier, implicaba una situación grave de peligro para la

seguridad ciudadana, que justificaría la comisión del delito de tenencia ilícita de armas imputado.

No obstante lo cual, no cabe la condena del acusado por dicho ilícito.

La STC 19/2000, de 31 de enero, señala que: *"…el derecho constitucional de defensa en el ámbito del procedimiento abreviado como correlativo al de ser informado de la acusación (SSTC 128/1993, de 19 de abril, reiterada en las SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, y 134/1998, de 29 de junio, entre las más recientes) se desprende con claridad, en primer lugar, que la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora, y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación. En segundo lugar, la garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del Auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente del de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECrim. En tercer lugar, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de*

*los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE (STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke; SSTC 135/1989, de 20 de julio, 29/1995, de 6 de febrero, 197/1995, de 21 de diciembre, 129/1996, de 9 de julio, 149/1997, de 29 de septiembre, 153/1997, de 29 de septiembre, 49/1998, de 2 de marzo, y 115/1998, de 1 de junio).*

En el sumario ordinario, que es el cauce procesal seguido en este procedimiento, el auto de procesamiento constituye de imputación formal efectuado por el Juez Instructor mediante el cual exterioriza un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria, que delimita el ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Tratándose de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto, no la calificación jurídica que pudiera existir en tal resolución, se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la "pena de banquillo" que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona en el procedimiento abreviado (STS 156/2007, de 25 de enero; 656/2007, de 17 de julio; 356/2008, de 4 de junio; y 814/2008, de 2 de diciembre).

El examen de las actuaciones permite constatar que en el auto de procesamiento no existe ninguna referencia al puño americano, sin que dicha resolución fuera cuestionada por las acusaciones, como puso de relieve la Fiscal en el trámite de informe. Es más, tampoco consta que se le preguntara sobre ello en ninguna de sus declaraciones sumariales.

En consecuencia, debe absolverse libremente al acusado de este ilícito, con declaración de oficio de una cuarta parte de las costas procesales correspondientes a un procedimiento por delito.

**B)** El **delito de amenazas** del art. 170.1 en relación con

el art. 169.1 y 3 CP, o subsidiariamente del art. 169.2 CP.

El delito de amenazas del art. 170.1 CP, como indica la STS 149/2007, de 26 de febrero, requiere los elementos siguientes:

1º Atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se le anuncia.

2º El mal con el que se amenaza ha de constituir un delito. No uno de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior, sino cualquier clase de delito.

3º La amenaza ha de dirigirse a “los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”, en el entendimiento que tutela a cualquier organización, colectivo o grupo de personas a las que se amenaza genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza (STS 259/2006, de 6 de marzo).

4º Las amenazas han de tener la gravedad necesaria por su seriedad, firmeza y determinación para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar.

En este caso, la imputación descansa en que Josué después de herir a Carlos Javier, se dirigió a los que consideraba “antifascistas”, diciéndoles: “guarros de mierda, os voy a matar a todos”, al tiempo que blandía la navaja, extremo que, aunque negado por el acusado, viene acreditado por los TP nº 1, nº 2, nº 5, nº 6 y nº 7.

Este comportamiento, a pesar que mediante el mismo se conmina con un mal de una gravedad extrema a un grupo de personas que forma parte de un colectivo social unido por una

ideología común, no puede estimarse que generase un temor serio en el grupo al que se dirigía, dado que se realizó por un sola persona con un arma blanca frente a un nutrido colectivo compuesto de más de cien personas, como puede apreciarse en la grabación C26 desde 11:45:06 a 11:55:50 horas, correspondiente a los tornos por los que accedieron a la estación.

Tampoco tendría encaje en la amenaza del art. 169.2 CP, ya que el acusado mediante la aludida conducta, más que atemorizar con ocasionar un daño al colectivo o a una persona determinada, lo que en realidad perseguía era evitar que los compañeros de Carlos Javier le desarmasen, manteniendo su posición de fuerza dentro del vagón, a la espera de buscar el momento propicio para poder huir.

A mayor abundamiento, justamente este es el único aspecto al que alude el auto de procesamiento, cuando señala: "… arremetía contra todos los que se le acercaban con el cuchillo…", conducta que se embebe en las dos agresiones consumadas.

Por lo tanto, también debe absolverse al acusado de esta imputación, con declaración de oficio de otra cuarta parte de las costas.

**SEGUNDO.-** De los referidos ilícitos es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Josué Estébanez de la Hija por haber realizado los hechos que lo integran directa, material y voluntariamente, por las razones anteriormente expuestas.

**TERCERO.-** En la ejecución del delito de asesinato concurre la **agravante de discriminación ideológica** del art. 22.4 CP.

Esta circunstancia fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 4/1994, de 11 de mayo, en el art. 10.17 del CP de 1973, como se indica en su exposición de

motivos por la necesidad de emprender una acción decidida ante 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, lo que obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella y las prácticas genocidas durante la guerra de la antigua Yugoslavia, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, singularmente el Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, agravando los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.

Actualmente se encuentra recogida en el art. 22.4 CP, que ha suprimido la limitación de los delitos en los que puede aplicarse, tipificando como agravante cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Como señala la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, para su aplicación: *"…será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil especifico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por*

*consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito."*

El acusado niega que tenga una ideología neonazi, sosteniendo que es un patriota en el sentido de sentirse español, así como que se dirigiese a la manifestación convocada por Democracia Nacional (informe del Comisario-Jefe de la Brigada Provincial de Información, al que se adjunta la solicitud de dicha manifestación y la autorización administrativa –folios 7 a 11 de la pieza separada de pruebas), manteniendo que había quedado para comer con dos amigos, cuya identidad no quiso facilitar para no comprometerles.

La ideología ultra derecha del acusado se considera plenamente acreditada por:

a) Su estética skin neonazi a la que anteriormente nos hemos referido.

b) La frase: "Sieg Heil", de origen alemán que puede traducirse como: salve/viva (la) victoria, que era utilizada con frecuencia en los encuentros políticos en la Alemania del Tercer Reich, proferida después de apuñalar a Carlos Javier

c) El saludo de las fuerzas de dicha época conocidas como las SS, consistente en extender levantados, al menos hasta la altura del hombro, el brazo y la mano derechos hacia el frente.

Extremos referidos por los TP nº 1, nº 2, nº 5, nº 6 y nº 7, cuyos testimonios no quedan contradichos por la declaración de la vigilante Sra. Carrasco, quien indica que no oyó al acusado gritar ni amenazar,, pues la misma, una vez que pidió refuerzos, y desistió de tratar de interceptar a Josué, a instancia de su compañero que iba de paisano en el tren, el testigo protegido nº 9 (folios 86, 87, 223 y 224, y juicio), su atención fundamentalmente se centró en evitar que los jóvenes del andén entraran el vagón donde estaba el acusado; ni por las grabaciones del tren, pues, aunque carecen de sonido y no puede apreciarse con suficiente nitidez la totalidad de lo acontecido dentro del vagón, en distintas secuencias puede nítidamente observarse al acusado gritando a los jóvenes que estaban en el andén, y en la del tren 3068/2 a las 12:56:44 horas puede verse un gesto parcialmente compatible con el aludido saludo, pues estando el acusado frente a una ventana del vagón diciendo algo a las personas que estaban en el andén, levanta y extiende su brazo derecho hacia dichas personas, aunque no puede observarse lo que hace con su mano.

d) La palabra “guarros” utilizada en distintos momentos para referirse a los antifascistas. Dentro del vagón, según los testigos anteriormente citados; y en el exterior del metro cuando llega a la altura de los policías municipales, perseguido por un grupo de antifascistas, según los mencionados agentes.

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.

e) Los comentarios y actos defendiendo y/o tratando de mitigar el comportamiento del acusado realizados con posterioridad a los hechos por grupos de ultra derecha, reflejados en los documentos 141, 175, 178, 185, 223 (vuelto), 230, 237 y 238 aportados por la acusación

particular con su escrito de conclusiones provisionales, a los que se dio lectura en la vista.

Esta conclusión, no queda desvirtuada por el trato cordial y sin actitudes racistas que el acusado mantenía con sus compañeros iberoamericanos del regimiento, según el testigo de descargo de origen ecuatoriano, pues la pertenencia a distintas compañías limitaba su relación con ellos a los tiempos de actividades comunes (comidas, gimnasio y dormitorio, en el caso de testigo), y siempre dentro del cuartel, donde nunca hablaron de ideas políticas, sino de cuestiones relacionadas con la actividad diaria de su trabajo.

La intención de Josué de dirigirse a la manifestación convocada por Democracia Nacional, no puede basarse en su admisión ante la policía (folios 60 y 61), al no refrendarla en las posteriores declaraciones sumariales y negarlo en el juicio, pues las acusaciones no propusieron la testifical del agente ante el que el acusado prestó declaración en comisaría, como requiere la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, siguiendo el criterio acordado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28 de noviembre, como mecanismo para incorporar la declaración policial al juicio oral, lo que hace innecesario entrar en el análisis de las justificaciones ofrecidas por el acusado para negar la aludido propósito.

No obstante, se desprende el mencionado fin por las coincidencias de: a) su pensamiento con el motivo de la manifestación y la ideología del partido convocante, independientemente de que no hubiera estado anteriormente afiliado del mismo (folio 51 de ramo separado de prueba); b) su trayecto con el del lugar en que estaba previsto el comienzo de la manifestación, situado muy cerca de la estación de Usera, que era la siguiente a la de Legazpi donde acontecieron los hechos enjuiciados; y c) la hora de

previsible llegada del tren a la estación de Usera con la del inicio de la manifestación, fijada a las 12:00 horas. A lo que se suma, la estética skin neonazi que llevaba, y el portar el puño americano y la navaja, en previsión de posibles enfrentamientos con los componentes de grupos antifascistas.

La ideología opuesta de Carlos Javier viene avalada por las declaraciones de su madre y los TP que le conocían, sin que a ello se oponga el que llevase una cruz patada o paté -cruz cuyos brazos se estrechan al llegar al centro y se ensanchan en los extremos, proviniendo su nombre porque sus brazos se asemejan a patas-, que le había regalado el TP nº 1, ya que, aunque una de sus versiones es la condecoración militar alemana denominada “cruz de hierro” y constituye un símbolo del ejercito alemán, no lleva en su interior la esvástica que fue añadida por el régimen nazi desde 1939 a 1945.

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.

Por el contrario, no puede considerarse que el motivo fuera el mismo en los casos del TP nº 10 y nº 1 (delito de homicidio intentado y falta de lesiones, respectivamente), pues la situación había variado sustancialmente tras el apuñalamiento de Carlos Javier, ya que como puede observarse en las imágenes de las grabaciones del tren lo único que pretendía el acusado era mantener su posición de fuerza dentro un espacio relativamente reducido como era el vagón, en espera del momento propicio para escapar, teniendo sus

ataques a los perjudicados la finalidad fundamental de no verse privado de ella al ser desarmado.

Tampoco cabe apreciar la **agravante de abuso de superioridad** del art. 22.2 CP en el delito de homicidio intentado y en la falta de lesiones.

La jurisprudencia (STS 896/2006, de 14 de septiembre; 790/2007, de 8 de octubre; 839/2007, de 15 de octubre; y 818/2008, de 4 de diciembre) señala que esta circunstancia requiere:

1º Una situación de superioridad derivada de un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, generada por los medios utilizados para agredir (superioridad medial) o la concurrencia de una pluralidad de atacantes (superioridad personal).

2º La superioridad produzca una notable disminución en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye la frontera superior de la agravante examinada.

3º El agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4º Esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque por las circunstancias concretas el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Descartado que el acusado tuviera una especial cualificación en el manejo de armas blancas, pues no recibió instrucción y adiestramiento sobre su uso durante el tiempo que permaneció en filas como soldado profesional del Ejercito de Tierra (desde el 25 de septiembre de 2006), según informe del Teniente Coronel del Regimiento de Infantería “Inmemorial

del Rey” nº 1 al que pertenecía (folio 1 del ramo separado), y las declaraciones de los mandos militares anteriormente referidos.

La imputación de la agravante descansa en la superioridad del acusado al estar armado con la navaja, circunstancia que ambos perjudicados admiten que conocían, lo que les permitió estar prevenidos ante la posibilidad de que pudiera emplearla contra ellos.

En el caso del TP nº 10 la navaja constituye el instrumento necesario para ocasionar la grave lesión que sufrió, siendo su utilización valorada para calificar la conducta como constitutiva de un delito de homicidio intentado, por lo tanto queda absorbida en el ilícito. Y en el del TP nº 1 la desigual de fuerzas a favor del acusado que implicaba el arma se vio compensada por la actuación simultánea de otra persona para tratar de desarmarle.

La situación en la que se encontraba el TP nº 10 cuando fue apuñalado por el acusado, quien le tenía sujeta la cabeza con su brazo izquierdo e inclinado hacia él, como refirió la vigilante, al producirse en el curso de la confrontación entre ambos excluye fuera buscada de propósito.

Igualmente debe rechazarse la concurrencia en cualquiera de los ilícitos de la legítima defensa, el estado de necesidad y el miedo insuperable, ya sea como eximentes completas, incompletas o atenuantes.

Con carácter general debe señalarse que corresponde a la defensa la demostración de las circunstancias eximentes y atenuantes con la misma intensidad que a las acusaciones la acreditación de los ilícitos y agravantes imputados y la participación del acusado.

La **legítima defensa** del art. 20.4 CP exige la concurrencia de tres elementos:

1º Una agresión ilegítima que justifique la reacción

defensiva.

La agresión no sólo se produce cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico, sino también puede abarcar la prevención del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

Entre la agresión y la defensa debe existir una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza.

2º La reacción sea proporcionada al peligro que se espera.

3º La situación no haya sido provocada deliberadamente por el que se defiende.

Esta circunstancia, como indica la STS 544/2007, de 21 de junio, recordando la STS 2-10-81, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor, desde el momento que la eximente conecta 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.

El **estado de necesidad** del art. 20.5 CP implica el conflicto entre dos bienes o intereses, de manera que para salvaguardar uno de ellos resulte imprescindible lesionar el otro, sus requisitos son:

1º El mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

2º La situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

3º El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Son dos los conceptos que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad.

Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades (STS 1629/2002, de 2 de octubre).

La necesidad exige que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión del otro bien en conflicto, sea real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión, y que éste en la medida de lo posible haya agotado los medios alternativos que razonablemente puedan considerarse a su alcance para evitar el mal que amenaza, antes de acudir a la comisión del hecho delictivo (STS 365/2005, de 28 de marzo).

El **miedo insuperable** del art. 20.6 CP.

La naturaleza de esta eximente no es pacífica, se la ha encuadrado entre las causas de justificación, también en las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la

existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

La jurisprudencia (STS 738/2006, de 29 de junio; y 359/2008, de 19 de junio) considera que es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa, sino un temor a que ocurra algo no deseado.

En el actual Código introduce una novedad sustancial al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el art. 8.10 CP de 1973.

La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior, decantándose por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

La jurisprudencia (STS 143/2007, de 22 de febrero; y 802/2008, de 5 de noviembre) señala que sus requisitos son:

a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto.

b) El miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado.

c) El miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes.

d) El miedo sea el único móvil de la acción.

En ocasiones se ha relacionado con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende, cuando el miedo opera como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende (STS 907/2008, de 18 de diciembre).

El miedo es compatible con la alevosía siempre que el autor no haya perdido totalmente el grado suficiente de conciencia y lucidez respecto del modo y la forma en que lleva a cabo la agresión (STS 275/2008, de 23 de mayo).

El acusado sostiene que al llegar a la estación de Legazpi los jóvenes antifascistas, uno de los cuales llevaba un puño americano y otro una navaja, le señalaron al advertir su presencia en el tren, lo que le generó una situación de intranquilidad ante el temor de ser agredido por lo que se dirigió al fondo del vagón, y cuando se abrieron las puertas entraron dos jóvenes que le miraron y salieron a continuación, e inmediatamente comenzaron a pasar otros que fueron rodeándole, hasta que entró Carlos Javier a quien instintivamente le apuñaló al exigirle la sudadera y el dinero.

La actitud del grupo de Carlos Javier antes de llegar al andén no era violenta, según indica el vigilante nº 13403, y en la grabación de la cámara del andén C-28 no se aprecia nada anormal cuando se detiene el tren.

El relato del acusado no concuerda con la grabación del tren 3068/2, donde puede observarse que Josué se dirigió, no al fondo del vagón, sino a una de sus puertas, por la que dos jóvenes no entran y salen inmediatamente, sino que todos los que entran se van colocando a su alrededor, mirándole a cierta distancia al percatarse de su estética skin neonazi, pero sin dirigirse a él con palabras o gestos conminatorios,

habiéndose analizado anteriormente lo que acontece después cuando accede Carlos Javier hasta que es apuñalado, situación que lo que provoca es el temor de sus compañeros más próximos, que inmediatamente salen el vagón, y después los demás ante el recelo de ser agredidos por el acusado.

El que uno de los jóvenes antifascistas portase una arma blanca en un momento posterior, concretamente cuando el vigilante de seguridad 13.403 (folios 78 a 80 y juicio) acudió a atender a Carlos Javier, momento en que dicho testigo vio que uno de los compañeros del herido llevaba abierta una navaja de tipo mariposa, con una hoja fina de unos diez centímetros de longitud; no implica que la blandiese en el momento que afirma el acusado, es más, aunque de su bostezo al tiempo de sacar su navaja no pueda alcanzarse ninguna conclusión peyorativa por las diversas causas a las que puede obedecer, la serenidad con que se comporta antes de agredir a Carlos Javier no es compatible con la situación emocional que debía provocarle el miedo que dice que sentía, al tratarse de una persona que no presenta alteraciones de la percepción o el pensamiento, según el informe del Sajiad (folios 278 y 279), ratificado en el plenario por la psicóloga y la trabajadora social que lo elaboraron.

Tampoco puede justificarse el temor en un pretendido carácter violento de los antifascistas, porque las acciones de lanzarle diversos objetos tienen por objeto tratar de desalojarle del vagón. La agresión de compañeros de Carlos Javier cuando alcanzan al acusado en la calle con el resultado descrito en el relato histórico, según el parte del Samur (folio 53), el informe de la Fundación Jiménez Díaz (folios 58 y 59) y el dictamen del forense (folio 142), y los posteriores incidentes que protagonizan cuando, portando bates, piedras botellas, bengalas y hasta algún cóctel molotov, la policía trata de evitar que lleguen hasta a la

manifestación, según reflejan los atestados de los folios 17 a 19 y 30 de la pieza separada, a los que se dio lectura, son acciones puntuales que se ejecutaron por algunos de sus componentes, movidos por un sentimiento de resentimiento derivado de los hechos enjuiciados, lo que en modo alguno les justifica, pues nadie puede tomarse la justicia por su mano, ni permite considerar que constituya una actitud generalizada. Otros incidentes que se relatan en el informe del Inspector–Jefe del Grupo XXI (folios 4 a 6 de la pieza separada, también leídos) son también posteriores a los hechos enjuiciados.

La defensa achaca al TP nº 10 que intentara golpear al Josué con un extintor en la cabeza, extremo que queda claramente desacreditado en las grabaciones del tren a las que nos hemos referido anteriormente, singularmente la del 3070/2 a las 12:59:56 horas, confundiendo a dicho testigo con otro joven que posteriormente coge un extintor y se dirige hacia el acusado, como se observa en la grabación 3070/2 de las 13:00:09 a 13:00:11 horas.

En consecuencia, no cabe apreciar ninguna de las referidas eximentes como completas, incompletas o atenuantes, al faltar en todos los ilícitos los elementos esenciales configuradores de las mismas a los que anteriormente se ha hecho referencia (agresión ilegítima que justifique una necesidad no provocada; conflicto no promovido entre un bien propio del acusado y superior a los dañados; y miedo como móvil de sus conductas e inspirado por el comportamiento de los perjudicados).

También debe rechazarse la **legítima defensa putativa**, que supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, no se ha producido, al menos con la gravedad que, equivocadamente, se le atribuye (STS 923/2007, de 21 de noviembre), porque el que Carlos Javier preguntara al acusado sobre su sudadera, no

supone un acto de agresión, ni razonablemente implica un probable inicio inmediato de la misma.

**CUARTO.-** En orden a la graduación de las penas debe señalarse que en el delito de homicidio intentado sólo procede la rebaja en un grado, al tratarse de una tentativa acabada porque su grado de ejecución fue completo.

Dentro de los márgenes que la ley confiere, atendiendo con carácter general a que el comportamiento enjuiciado demuestra un absoluto desprecio hacia bienes jurídicos esenciales, como son la vida e integridad física de las personas, mediante una conducta repetitiva, poniendo en gravísimo peligro de muerte al TP nº 10, y la ausencia de signos de arrepentimiento, pues únicamente al hacer uso de la última palabra manifestó sentirse arrepentido, lo que con concuerda con su actitud impasible durante todas las sesiones del juicio; y particularmente la intransigencia y desprecio contra las personas de pensamiento opuesto, que guía la agresión en el caso del asesinato, contrarios a las normas esenciales de convivencia que deben presidir la sociedad democrática, en la que tiene cabida cualquier pensamiento político y su defensa por los cauces pacíficos, pero nunca mediante mecanismos violentos, este Tribunal considera que debe imponérsele al acusado las siguientes penas:

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, en atención a la carencia

patrimonio y actualmente de ingresos económicos propios. Sin que sea aplicable la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, al ser excluida por el art. 53.3 CP en el caso del condenado a pena privativa de libertad superior a cinco años, y que la jurisprudencia lo interpreta extendiéndola a la suma de las penas privativas de libertad impuestas por cualquier ilícito en una misma sentencia (STS 147/2009, de 12 de febrero, y las que ella se citan).

**QUINTO.-** La responsabilidad civil abarca en el presente caso las indemnizaciones en favor de los padres de Carlos Javier y del TP nº 1, no así del TP nº 10 al haber renunciado en el juicio a la indemnización que pudiera corresponderle, ni del Ministerio de Defensa al haberse retirado la reclamación de responsabilidad civil subsidiaria por las defensas de la Sra. Muñoz y el TP nº 10.

Ante la dificultad de valorar el daño moral y las repercusiones económicas que produce la muerte de una persona en el caso del fallecimiento de Carlos Javier, y la incidencia biológica y psíquica derivada del menoscabo corporal sufrido por el TP nº 1, este tribunal para no incurrir en apreciaciones subjetivas, favoreciendo el principio de seguridad jurídica, considera que sus fijaciones deben realizarse aplicando analógicamente el baremo del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Circulación de Vehículo a Motor, que constituye la única norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico que contiene una regulación casi completa sobre la indemnización del daño personal.

Para su cálculo aplicaremos el baremo de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2009 (BOE 2-2009), correspondiente a la fecha de esta resolución, incrementado el 20%, en ambos casos, para compensar la

diferencia cualitativa en el plano moral que provoca la acción dolosa, frente a la culposa o la derivada de una responsabilidad cuasi-objetiva proveniente de un riesgo socialmente admitido, como el de la circulación, que contempla dicha normativa.

No se utiliza el baremo correspondiente al fallecimiento o la estabilidad lesional, respectivamente, que en este caso son coincidentes, criterio fijado en las STS del Pleno de la Sala 1ª nº 429 y 430/2007, de 17 de abril, porque los parámetros que emplea para llegar a dicha conclusión son diferentes a los que se producen en el caso de un ilícito penal doloso, entre ellos, basta con indicar que carece de la cobertura de un sistema de aseguramiento obligatorio y/o voluntario, sin que tampoco sea al mismo la cobertura que ofrece la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y el reglamento que la desarrolla aprobado por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

La razón que justifica el baremo de 2009 se basa la conceptuación de la indemnización como una deuda de valor.

En este sentido, la STS 232/2001, de 15 de febrero, indica: *"...Las deudas de valor, como con las indemnizatorias (SS 27-1-90 y 27-5-92) nacen en el momento de producirse el perjuicio en este caso..., fecha en que se cometió del delito de imprudencia grave que produjo la muerte de....; se liquidan sin embargo, por su valor, no en aquel momento sino en el de ser fijado en la sentencia que se dictó en el caso enjuiciado."*

Criterio confirmado por STS 1915/2002, de 15 de noviembre.

**A)** Fallecimiento de Carlos Javier Palomino Muñoz.

Tenía 16 años de edad, en cuanto nacido el 3 de mayo de 1991, al tiempo de los hechos vivía con su madre, doña Mª

Victoria Muñoz Fernández, la cual tenía su guardia y custodia, y en exclusiva el ejercicio ordinario de su patria potestad, sin que su padre, don Francisco Javier Palomino Conde, tuviera temporalmente régimen de visitas por las malas relaciones padre-hijo y la difícil situación emocional del menor, sin perjuicio de la posibilidad que de obtenerlos, previa petición, cuando se hubiese superado la crisis que atravesaba su hijo y en función del resultado del correspondiente informe psico-social, según la sentencia 734/2005, de 25 de noviembre, del Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid, dictada en el procedimiento de divorcio nº 345/2004 (folios 569 a 572 del tomo 2º del rollo de Sala).

La indemnización básica para el supuesto de víctima sin cónyuge, ni hijos y con ascendientes (padres), según el grupo IV de la tabla I del baremo, es de 96.101,05 euros para el progenitor conviviente y de 69.891,68 para el no conviviente; y que la llamada (5), referida a los padres en plural y no en singular, debe asignarse a cada uno el 50% de la cuantía que figura en su correspondiente concepto.

Como factores correctores a las indemnizaciones básicas deben aplicarse: a) el 10% por perjuicios económicos porque aunque no se haya acreditado que Carlos Javier tuviera ingresos por trabajo, estaba en edad laboral; y b) el 50% por la circunstancia familiar especial al ser la víctima hijo único y menor de edad.

En consecuencia, las indemnizaciones que corresponden son:

A doña Mª Victoria Muñoz Fernández: 96.101,05 euros / 2 x 60% (factores correctores) x 20% (daño moral complementario) = 92.257,01 euros.

A don Francisco Javier Palomino Conde: 69.891,68 euros / 2 x 10% (factores correctores) x 20% (daño moral complementario) = 67.096,00 euros.

**B)** TP nº 1 (de 17 años de edad, en cuanto nacido el 31 de mayo de 1990).

Lesiones: 10 días x 28,65 euros x 10% (factor corrector por perjuicios económicos al estar el fallecido en dad laboral) x 20% (daño moral complementario) = 378,18 euros.

Secuela:

La cicatriz de 0,5 centímetros en primer dedo de la mano derecha, a nivel de primera falange, constituye un perjuicio estético ligerísimo por su dimensión y ubicación, por lo que debe asignarse 0,2 puntos.

0,2 puntos x 776,83 euros = 155,37 euros.

La suma total de la indemnización a dicho perjudicado por ambos conceptos debe rebajarse a la cantidad de 500 euros, por congruencia con la solicitud del Ministerio Fiscal.

**SEXTO.-** Debe decretarse el comiso del puño americano intervenido al tratarse de un arma prohibida, al amparo del art. 127 CP.

**SÉPTIMO.-** La mitad de las costas procesales correspondientes a un procedimiento por delito deben imponerse al acusado al ser condenado por dos de los delitos imputados, según el art. 123 CP, incluyendo en este caso las de las acusaciones particulares, cuya actuación no ha sido distorsionadora en el procedimiento, pues si bien se rechazan las imputaciones por otros dos ilícitos postuladas por la defensa de la Sra. Muñoz y el TP nº 10, así como la agravante de superioridad en el homicidio intentado, se acoge la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica en el asesinato, a la que se sumó la acusación pública en sus conclusiones finales. También debe abonar las costas correspondientes a un juicio de faltas.

## F A L L A M O S

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 Condes, 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 correspondiente 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.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.