

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - CP/PK: 48001
Tel.: 94-4016662
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-12/014932
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2012/0014932

Rollo penal abreviado / Penaleko errollu laburtua 15/2018 - M

Atestado n.º / Atestatu-zk.: 1121-12 - 4863-12 ER 594A - 4907-12 ER 594D

Hecho denunciado / Salatuako egitatea: HOMICIDIO

Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 10 zk.ko

Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 1331/2012

Contra / Noren aurka: AGENTE ERTZAINZA 10216, AGENTE
ERTZAINZA 11066, AGENTE ERTZAINZA 15248, OFICIAL
ERTZAINZA N 03389, SUBOFICIAL ERTZAINZA 1283 y SUBOFICIAL
ERTZAINZA 05351

Procurador/a / Prokuradorea: ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS,
ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS, ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS,
PEDRO MARIA SANTIN DIEZ, IRENE JIMENEZ ECHEVARRIA y
ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS

Abogado/a / Abokatua: ESTEFANIA HAIZEA ROJO MARTIN, ESTEFANIA
HAIZEA ROJO MARTIN, ESTEFANIA HAIZEA ROJO MARTIN, IÑAKI
IRIZAR BELANDIA, JON KEPA HUERTAS DE AMILIBIA y FELIX
BERNARDO ROJO OJEDA

n calidad de ACUSADOR PARTICULAR y

en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / Abokatua: JONE GOIRIZELAIA ORDORIKA y Abogado/a / Abokatua: JONE GOIRIZELAIA ORDORIKA
Procurador/a / Prokuradorea: ROSA ALDAY MENDIZABAL y Procurador/a / Prokuradorea: ROSA ALDAY
MENDIZABAL

ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO en calidad de R C
SUBSIDIARIO,

Abogado/a / Abokatua: SARA ATIENZA GONZALEZ

SENTENCIA N.º: 82/2018

ILMOS. SRES.

Dña. REYES GOENAGA OLAIZOLA

D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

D. JESÚS AGUSTÍN PUEYO RODERO

En BILBAO (BIZKAIA), a veintinueve de Noviembre de dos mil dieciocho.

Visto el juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial la presente causa seguida por los trámites de Procedimiento Abreviado nº 1331/2012 procedente del Juzgado de Instrucción nº 10 de los de Bilbao por un delito de homicidio por imprudencia grave profesional contra

A, agente de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 15248;
B, agente de la Policía Autónoma Vasca,
número profesional 11066;
C, agente de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 10216, representados por el Procurador D. Alfonso Bartau Rojas y defendidos por la Letrada D^a Estefanía Haizea Rojo Martín;
D, oficial de la Policía Autónoma Vasca con número profesional 3389; representado por el Procurador D. Pedro María Santin Diez y defendido por el Letrado D. Iñaki Irizar Belandía;
E, suboficial de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 1283, representado por la Procuradora D^a Irene Jiménez Echevarria y defendido por el Letrado D. Jon Kepa Huertas de Amilibia y F, suboficial de la Policía Autónoma Vasca, con número profesional 05351, representado por el Procurador D. Alfonso Bartau Rojas y defendido por el Letrado D. Félix Bernardo Rojo, y cuyas demás circunstancias personales constan en autos. Como Acusación Particular D. G el y D^a H, representados por la Procuradora D^a Rosa Alday Mendizabal y defendidos por la Letrada D^a Jone Goirizelaia Ordorika.

El Ministerio Fiscal representado por D^a Pilar Jiménez.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Reyes Goenaga Olaizola.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de comunicación remitida por el Hospital de Basurto informando del fallecimiento de una persona por causas desconocidas se instruyó por el Juzgado de Instrucción nº 10 de los de Bilbao, el presente Procedimiento Abreviado 1331/2012 en el que fueron acusados A, agente de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 15248; B, agente de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 11066; C, agente de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 10216; D, oficial de la Policía Autónoma Vasca con número profesional 3389; E, suboficial de la Policía Autónoma Vasca, número profesional 1283 y F, suboficial de la Policía Autónoma Vasca, con número profesional 05351, remitidos a esta Sección de la Ilma. Audiencia Provincial en fecha 20 de Febrero de 2017.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de sala, y remitidas las actuaciones, a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se admitieron todas las pruebas propuestas por las partes, y se señaló la vista oral, iniciándose las sesiones el 15 de octubre de 2018.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal evacuando el traslado que le ha sido conferido en el trámite de conclusiones definitivas, solicita se acuerde la absolución de todos los encausados, puesto que pese a los esfuerzos realizados a lo largo de la extensa y pormenorizada instrucción realizada, no ha podido determinarse el autor directo de los hechos, es decir, el agente que materialmente efectuó el disparo que acabó con la vida de
de ni tampoco se han podido determinar otras formas de autoría que darían lugar a un reproche en el ámbito penal, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que tiene la Administración Pública por el funcionamiento normal y/o anormal de los servicios públicos, según lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Española.

CUARTO.- En igual trámite la Acusación Particular representada por la Procuradora D^a Rosa Alday Mendizabal, califica los hechos como un delito de homicidio, cometido con imprudencia grave profesional, previsto y penado en el Artículo 142.1 y 3 del Código Penal, vigente en el momento de producirse los hechos. Del expresado delito son responsables los acusados en concepto de autores, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando la imposición a cada uno de los encausados la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo por un período de seis años; y en aplicación de lo indicado en el artículo 44 del Código Penal, la pena de inhabilitación especial para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En aplicación de lo indicado en el Art. 48.2 del mismo texto legal, la prohibición de acercarse a

en cualquier lugar donde se encuentren; a su domicilio; lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ellos, durante el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Los
 hacen reserva expresa de ejercicio de acciones civiles y/o administrativas, no solicitando en este procedimiento responsabilidad civil de ninguna clase.

QUINTO.- La defensa de los acusados en igual trámite muestran su disconformidad con lo solicitado por la acusación particular, señalando que los hechos no son constitutivos de delito alguno, por lo que no procede la imposición de ninguna pena a los acusados, solicitando su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Los encausados en este procedimiento son:

, mayor de edad, sin antecedentes penales, oficial de la
Policía Autónoma Vasca (nº profesional 3389); mayor de edad, sin
antecedentes penales, suboficial de la Policía Autónoma Vasca (nº profesional 5351),

l, sin antecedentes penales, suboficial de la Policía Autónoma Vasca (nº profesional 1283);
mayor de edad, sin antecedentes penales, agente de la Policía Autónoma Vasca con nº profesional 15248;
mayor de edad, sin antecedentes penales, agente de la Policía Autónoma Vasca con nº profesional 11066; y
mayor de edad, sin antecedentes penales, agente de la Policía Autónoma Vasca con nº profesional 10216.

El día 5 de abril de 2012 se celebraba en Bilbao un partido de fútbol dentro de la competición "Liga Europea de la UEFA" que enfrentaba en el campo de San Mames a los equipos de fútbol Athletic Club de Bilbao y Schalke 04.

En anteriores ocasiones en las que se habían disputado partidos de similares características con otros equipos europeos, se habían producido incidentes en Bilbao. Por ello y porque así lo exigía la UEFA, se puso en marcha un dispositivo de seguridad en prevención y previsión de posibles altercados.

Este dispositivo específico distribuía la ciudad en seis sectores, a los cuales se les asignaba un número determinado de recursos policiales en cada turno (mañana, tarde y noche). El plan de seguridad establecía que "cada sector tendrá definido un ámbito geográfico de actuación concreto y determinado. Los recursos asignados a cada sector deberán de adecuarse y permanecer en el mismo, excepto que se les imparta una orden concreta por parte de los responsables del dispositivo".

El responsable de los seis sectores era el 010, agente 3325.

En la comisaría estaba el 020, agente 3316, que era responsable de asignar todos los recursos necesarios en cada turno en la ciudad, tanto del turno ordinario como los efectivos desplegados con motivo del dispositivo. Recibía las comunicaciones de los diversos efectivos, las llamadas de SOS Deiak, las llamadas de comprobación de Ardatz, y estaba en continua comunicación con los recursos, bien a través de los dos canales (turno ordinario y dispositivo) de radio, o bien a través de los teléfonos móviles de los agentes.

La calle María Díaz de Haro se encontraba situada en el Sector 1. Por razón del dispositivo especial del partido el sector 1 tenía asignadas en el turno de tarde, entre otros efectivos, la furgoneta F12, F13, F14 y F15.

En el turno de noche estaban asignadas la F6 junto a otras dos furgonetas de seguridad ciudadana, y una del turno ordinario (la F1).

El sector 1 estaba bajo la responsabilidad del oficial de la Policía Autónoma Vasca (nº profesional 3389), el encausado Ju Jo 4 Pa

Este oficial era el de mayor rango asignado al sector y además dirigía y tenía a su

cargo la furgoneta F12.

El encausado _____, suboficial de la Policía Autónoma Vasca (nº profesional 1283) estaba al mando de la furgoneta F 13.

El encausado _____, suboficial de la Policía Autónoma Vasca (nº profesional 5351) estaba al mando de la furgoneta F 14.

El Athletic Club de Bilbao venció al Schalke 04, clasificándose para jugar la final del torneo de la UEFA. Con tal motivo muchos aficionados acudieron a celebrar la victoria de su equipo. La zona de la calle María Díaz de Haro es una zona de paso de los aficionados del campo hacia otras calles y además es una zona con numerosos bares.

Muchos aficionados acudieron a una especie de plazoleta o callejón que tiene la calle María Díaz de Haro entre las calles Rodríguez Arias y Licenciado Poza, que tiene salida a esta última calle, a través de un túnel estrecho situado al fondo. El callejón tiene una anchura en su parte frontal de 17 metros de ancho y una longitud aproximada de 40 metros. Desde los 27 metros en adelante el callejón se estrecha en su parte final, teniendo una anchura aproximada de 13 metros.

En el callejón hay dos bares que tenían colocadas barras en el exterior y televisores para ver el partido, razón por la que el lugar estaba lleno de personas.

Entre los muchos aficionados que esa noche acudieron al callejón de María Díaz de Haro estaba

En un momento determinado se produjo una pelea entre algunas de las personas que se encontraban en el callejón, que duró poco tiempo, abandonando el lugar tanto los agresores como los heridos. Hubo otra comunicación sobre una pelea en la zona sin que consten suficientemente las características y gravedad de la misma. En todo caso ambos incidentes provocaron una serie de llamadas a SOS Deiak, dando cuenta de los mismos y solicitando una ambulancia con motivo de la primera de las peleas.

Todas estas comunicaciones llegaron a la comisaría de Bilbao (Ugarteko) y el 020 decidió enviar un coche patrulla, en el que viajaba 032, para comprobar la situación. Dada la afluencia de gente en el lugar, y por el dispositivo del partido, envió como apoyo del 032 a las furgonetas F1 y F6. Y seguidamente llamó a las furgonetas del sector del turno de tarde, acudiendo la F12, F13 y F14.

Todas estas furgonetas llegaron a la zona prácticamente a la vez y estacionaron en línea frente al callejón en el siguiente orden: F1, F6, F13 (esta se colocó en el carril central), F14 y F12.

Cuando 032 llega a la altura del callejón no ve ninguna pelea y continúa hasta la intersección con Licenciado Poza, seguido de las dos furgonetas. En esta esquina

algunas personas les lanzaron objetos por lo que los agentes salieron de las furgonetas, procedieron a disparar dos salvas y detuvieron a una persona.

Al mismo tiempo llegaron frente al callejón la furgoneta F13, F14 y F12. No podemos descartar que al llegar les lanzaran algún objeto.

Los agentes de la F13 y F14 bajaron de sus furgonetas, habiéndose puesto todos ellos el chaquetón rojo por indicación de sus suboficiales.

No consta que el agente 1283, suboficial de la furgoneta 13, ordenara cargar a sus agentes. Consta que les indicó que no cargaran si no era "a su orden", y consta que organizó el tráfico cortando el paso con una de las furgonetas que llegaron después. Consta también que intentó parar la carga policial diciendo "ni un tiro más". No consta que ninguno de los agentes de su furgoneta disparara con pelota de goma.

El encausado , suboficial 5351, responsable de la furgoneta 14, ordenó cargar a sus agentes. Les recordó en el trayecto que debían disparar primero una salva de aviso y distribuyó los tres binomios (escopetero y escudo), entregándoles las armas que se les habían asignado.

En cuanto los agentes de esta furgoneta bajaron de la misma comenzaron a cargar hacia el callejón disparando los agentes 15.248 y 10.216 varios tiros cada uno con pelota de goma y el 11.066 varios disparos de aviso. No puede descartarse que las ~~personas del callejón les lanzaran algún objeto, pero no fue ni de manera masiva ni~~ generalizada. Una vez iniciada la carga policial se produjo también algún lanzamiento de objetos esporádico. Estos lanzamientos no tuvieron una entidad que justificara esta actuación policial.

Esta actuación de los agentes duró varios minutos, aproximadamente desde las 23,36 horas hasta las 23,40 horas en que ya se había producido el impacto de una pelota de goma en la persona de

Los tres agentes encausados que dispararon se encontraban próximos al triángulo que el informe de la Policía Nacional señala como probable área de disparo para impactar a este ciudadano.

No puede descartarse que, en ese mismo triángulo, agentes pertenecientes a las furgonetas F1 y F6 dispararan hacia el callejón.

El encausado, , oficial 3389 y responsable del sector 1, con mando además sobre la furgoneta 12, no bajó de la misma hasta aproximadamente el minuto 23,40, es decir, una vez que había sido herido. No dio orden alguna a sus agentes, salvo la de quedarse en el interior de la furgoneta, y a pesar de la carga policial

injustificada que estaba observando, no comunicó la situación a Ugarteko, ni dio orden de parar la carga policial a los agentes de las diversas furgonetas que estaban cargando en el lugar y que se encontraban a escasos metros de su posición.

Los agentes de su furgoneta iban de oscuro, pero no consta que dispararan en el triángulo indicado arriba. Consta que uno de los agentes, nº 8101, acudió a cubrir a un agente de oscuro que llevaba escopeta y que se encontraba en posición de tiro, que muy probablemente pertenecía a alguna de las furgonetas 1 ó 6.

Este oficial 3389, como responsable del sector 1, tenía como misión fundamental según el plan de seguridad mantener la seguridad ciudadana y gestionar los problemas de orden público. Tenía bajo su mando, en la calle, a todas furgonetas del sector 1, que eran entre otras las que estaban frente al callejón (F1, F6, F12, F13, F14, F22, F23 y F25), y a pesar de su responsabilidad y aun no existiendo razones de orden público que lo justificara, ni las condiciones necesarias para hacer uso del material antidisturbios, permitió, y no ordenó que parasen, los disparos con munición de pelotas de goma dirigidas al callejón. De haber actuado impidiendo o deteniendo la carga policial, el fallecimiento de _____ ; no se habría producido.

La actuación policial no estaba justificada, de acuerdo con la normativa y protocolos de actuación en situaciones de orden público, porque el escaso lanzamiento de objetos podía haberse cortado sin necesidad de utilizar pelotas de goma, como se hizo en la esquina de Licenciado Poza.

Y fue inadecuada, de acuerdo con esa misma normativa, por las características del callejón, con reducidas dimensiones y con una sola vía de salida al fondo del callejón, lo que unido a la presencia en el lugar de una aglomeración de personas, dio lugar a una situación de atrapamiento y provocó situaciones de pánico, poniendo en riesgo la integridad física de los allí congregados, produciéndose finalmente el lamentable desenlace del impacto y fallecimiento de _____

_____ se encontraba en el callejón pegado a la pared izquierda de la plazoleta, según se entra desde la calle María Díaz de Haro, junto a la barra que había instalado el bar Oktoberfest, cuando en un momento dado recibió un impacto de una pelota de goma en la región cefálica derecha, causándole un traumatismo craneoencefálico que provocó su muerte cuatro días después en el Hospital de Basurto, falleciendo el día 9 de abril de 2012.

La causa de la muerte fue un traumatismo craneoencefálico de etiología médico legal homicida, sin patologías intercurrentes con la causa de la muerte.

El mecanismo fue el impacto de un proyectil esférico de 55 cm. de diámetro, compatible con el material usado como material antidisturbios por la Policía Autónoma Vasca, de forma prácticamente perpendicular sobre la región cefálica derecha.

_____ nacido el día 2 de mayo de 1983, era hijo único de

Al momento de su fallecimiento tenía 28 años.

Los Sres. _____ se han reservado el ejercicio de las acciones civiles que pudieran derivarse de la infracción penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El anterior relato de hechos es el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción propios del enjuiciamiento.

Debemos hacer dos consideraciones previas para centrar la resolución de este caso. La primera tiene que ver con el modo en que se gestionó el incidente por parte de los mandos policiales, tanto los que estaban en la Comisaría de Bilbao, como los que estaban en la calle María Díaz de Haro. Y la segunda tiene que ver con el modo en que se ha investigado lo ocurrido por parte de tales responsables policiales.

Pues bien, como analizaremos a continuación, lo que han revelado las pruebas es que ante la existencia de varias llamadas por parte de ciudadanos sobre la existencia de un incidente en la calle (una pelea) y ante la necesidad de confirmar esta circunstancia y proceder a dar cobertura en la zona para que una ambulancia se llevara a los heridos en su caso, y ante la afluencia de un número muy importante de personas en el lugar, se desencadenan toda una serie de actuaciones que tienen como elemento común el incremento desmesurado de los efectivos policiales (más de diez furgonetas en el mismo tramo de calle), el incremento injustificado de la tensión en la zona, provocado por la propia actuación policial, y una situación considerable de descontrol en los agentes que actuaban y de descoordinación entre los mandos que estaban en comisaría y los mandos que estaban en la calle.

No podemos dejar de destacarlo porque gran parte de la prueba del juicio puso de manifiesto esta descoordinación y no podemos descartar que la misma tuviera su incidencia en el lamentable suceso que se produjo y que estamos valorando. Ahora bien, esta circunstancia no afecta a la convicción que alcanzaremos sobre la responsabilidad de alguno de los mandos aquí encausados.

Nuestra resolución debe ceñirse a la eventual responsabilidad de los seis encausados en este proceso y no podemos realizar juicios de valor y menos consideraciones jurídicas sobre personas que no tienen esta condición, por mucho que tuvieran intervención en las actuaciones policiales que se llevaron a cabo esa noche y por mucho que con su actuación pudieran haber contribuido a la descoordinación a la

que nos estamos refiriendo.

En cuanto a la segunda consideración que queremos realizar antes de analizar la prueba practicada en el juicio, se refiere al modo en que han sido investigados estos hechos. Lamentablemente, esta consideración sí tiene relevancia para el proceso que nos ocupa. La deficiente investigación que se llevó a cabo por la Ertzaintza desde que se tuvo noticia de que un ciudadano había sido alcanzado por una pelota de goma la noche del 5 de abril de 2012 ha determinado, a juicio de este tribunal, que nuestra convicción no pueda ser completa y que no se hayan conocido elementos esenciales para integrar adecuadamente el relato fáctico.

Se echa en falta por este tribunal que en el momento en que se conoció que había un herido por pelota de goma en el callejón se hubieran realizado, esa misma noche, una serie de actuaciones de comprobación mínimas, como es la recogida de todas las armas que fueron utilizadas en el lugar, lo cual no era difícil pues cada furgoneta tenía asignadas una serie de armas y había designados una serie de escopeteros, a menos que el mando de la furgoneta los cambiara por la razón que fuera (en lugar de esto se recogieron las armas, sin establecer a quién se habían asignado o quién las había usado, se limpiaron de inmediato, y se impidió cualquier prueba que pudiera realizarse sobre ellas, como indicó en el juicio el responsable del búnker). Con ello se habría podido traer a juicio a todos los eventuales autores de disparos con pelota con un mínimo grado de certeza o se hubiera podido conocer quién fue el autor del disparo que causó el resultado fatal. Se echa en falta, también, que se hubiera procedido a la protección de la zona de inmediato y a la adopción de las medidas necesarias para preservar el lugar concreto en que ocurrió el impacto (recogida de vestigios, observación de daños en el mobiliario de la plaza...), lo que habría permitido realizar comprobaciones periciales más exactas de las que constan en los autos, que se basan en una reconstrucción de hechos realizada muchos meses después del fallecimiento de

No obstante, esta consideración tampoco puede tener efectos en nuestra convicción, pues este tribunal debe decidir con los elementos de prueba que se ponen a su disposición por las partes y que se han practicado en la vista bajo los principios y garantías propias del enjuiciamiento, pero no podemos dejar de manifestar que esta deficiente investigación policial permite entender la dificultad que ha tenido la causa en la fase instructora y las carencias que ha presentado en la fase de enjuiciamiento.

Dicho esto, comenzaremos con el análisis de la prueba practicada en la vista. Para abordar la decisión sobre este asunto esta Sala se ha planteado la necesidad de establecer una **secuencia horaria fiable** que pudiera explicarnos lo ocurrido en los aproximadamente diez minutos que transcurren entre la primera llamada a la patrulla 032, aproximadamente sobre las 23,28 horas y las llamadas en las que se indica que hay un herido en el callejón de María Díaz de Haro (y que ya se están refiriendo a

u) que se producen sobre las 23, 40 minutos.

Se trata de una franja horaria sobre la que en el juicio (y en las declaraciones que obran en la causa) hemos podido escuchar versiones absolutamente contradictorias de lo ocurrido en la calle María Díaz de Haro y en el callejón donde se produjo el suceso que juzgamos, y sobre la que las partes han sostenido planteamientos opuestos.

Es el caso del momento en que llegan a la calle María Díaz de Haro las furgonetas 12, 13 y 14 y si su llegada se produjo a la vez que las furgonetas 1 y 6 o si por el contrario hubo un lapso de tiempo entre la llegada de unas y otras. Es el caso, también, de la situación del denominado primer incidente, el ocurrido en la intersección entre la calle Licenciado Poza y María Díaz de Haro y su relación, temporal y de situación, con el que ocurrió en el callejón. O es el caso de la duda que se plantea sobre el lanzamiento de objetos a los agentes y su entidad.

Para obtener una idea clara sobre la secuencia horaria a la que nos estamos refiriendo la Sala ha contado con los audios que obran en la causa en el CD nº 3 (aportados por el equipo instructor de las diligencias según consta al folio 246 y 252 de la causa) que refleja las conversaciones entre la comisaría de Bilbao de la Ertzaintza y los diversos efectivos desplegados aquella noche; hemos contado asimismo con las imágenes grabadas por las cámaras fijas colocadas en la zona, que obran en el CD 5 y que contiene lo grabado por la cámara 1 (que estaba dirigida hacia la esquina entre Licenciado Poza y María Díaz de Haro), y lo grabado por la Cámara 2 (que estaba dirigida a la esquina entre Rodríguez Arias y María Díaz de Haro, incluyendo una parte de esta última). Finalmente, hemos contado con el video del CD 12, que incluye una grabación realizada por un particular y que ofrece una visión del tramo de la calle María Díaz de Haro en la que se encuentra el callejón donde ocurrieron los hechos. Respecto a la validez de este video, debemos indicar que a pesar de alguna consideración realizada en el informe de las defensas sobre la posibilidad de que hubiera sido editado, su aportación y su visionado ha sido aceptada por todas las partes del proceso, sin que ninguna de ellas haya cuestionado su validez como medio de prueba, afirmando por el contrario que contenía elementos que permitían aclarar la situación desde la tesis tanto de la acusación como de la defensa. Por otra parte y como se podrá comprobar, la coincidencia en la secuencia horaria entre este video y las cámaras fijas en hitos determinados (como el paso del autobús, o de la patrulla 032, o la llegada de las furgonetas 23 y 25) nos permite considerar, como hipótesis de valoración probatoria, que lo grabado responde a una secuencia sin cortes.

Lo que este tribunal ha hecho es integrar estos tres elementos para establecer la secuencia de lo ocurrido a través de los videos y de los audios. Ha de tenerse en cuenta, como ya alertaron las partes en el acto de la vista, que si bien las grabaciones de audio están sincronizadas, conforme se indica en el folio 588 de la causa, y lo están tanto en las grabaciones por los canales Tetra utilizados por la Ertzaintza, como en las grabaciones de SOS Deiak, como en la red de telefonía móvil que usan los agentes, de

manera que la hora que aparece en los archivos de audio es la correcta, no ocurre así con las grabaciones de las cámaras ni con el video grabado por el particular. La Juez de instrucción ha realizado un esfuerzo para conocer el desfase horario que se produce en estas imágenes y las partes coinciden en indicar, como la Instructora, que este desfase horario al menos es de un minuto y medio, lo que en efecto esta Sala ha comprobado, si bien en algunos hitos podría suponer algún segundo más (pero sin que ello tenga relevancia a efectos de esta resolución).

Los hitos que queremos destacar son los siguientes:

1. Llegada del recurso 032 y de las furgonetas.

Audios :

2. Entre los minutos 23, 28,40 y 23,29 se producen las primeras comunicaciones desde la comisaría que contacta con F1yF6 porque se ha producido una pelea en el callejón de María Díaz de Haro (audios 1 a 4)
- Entre los minutos 23,29,38 y 23,31,37 interviene 032, pide que el herido salga, habla con las F1 y F6, estas responden señalando que van para allí, y pregunta si no había otras cuatro "Francias" de seguridad ciudadana (audios 8 a 14)
- Entre las 23,31,47 y las 23,32,48 se produce el contacto con la F12, 13 y 14, que indican que se dirigen a la zona (audios 16 a 25)
- A las 23,32,48 el suboficial de 032 dice que está en María con Rodriguez Arias y que no puede seguir, que hay dos Francias en la esquina (lo que en efecto se comprueba en la imagen de la cámara 2). (audio 26)

Cámara 2 (aplicado el desfase de minuto y medio al que nos referíamos):

- A las 23,32,10 se ve aparecer en el comienzo de la calle María Díaz de Haro aproximándose a la esquina Rodriguez Arias a la patrulla 032.
- A las 23,33,07 van apareciendo en la imagen las cinco furgonetas (F1,F6, F12, F13 y F14). Se les ve que proceden dos de ellas de la calle Rodriguez Arias y tres desde Gran Vía)

Cámara 1 (aplicado el desfase horario):

- A las 23,32,52 se ve aparecer la patrulla 032 en la esquina de María Díaz de Haro con Licenciado Poza
- A partir de ese momento no se ve aparecer a ninguna de las cinco furgonetas que hemos indicado.

Podemos fijar la llegada de todas las furgonetas mencionadas al tramo de calle María Díaz de Haro donde se sitúa el callejón sobre las 23,33,30.

– Situación al llegar a la zona

Audios:

3. A las 23,33,24 el suboficial de la 032 comunica a Ugarteko que está a la altura de la Herriko y no ve pelea y que acceder a Pozas es complicado (es este audio el que nos hace pensar que la cámara 1 puede tener un desfase superior al minuto y medio, porque la imagen indica que 032 llega a la esquina de Pozas 30 segundos antes de esta comunicación, pero entendemos que cabe la posibilidad de que 032 comunicara con Ugarteko cuando había sobrepasado también Pozas, lo que le permite informar sobre el estado de esa calle y en tal caso la hora de la imagen coincidiría con el audio) (audio 28)

– A las 23,35,07 el oficial de la F12 comunica a Ugarteko que en la zona hay varios recursos y que la situación está controlada. (audio 38)

– Incidentes en la Calle María Díaz de Haro a la altura de la calle Licenciado Poza

Cámara 1

4. En el minuto 23,32,52 se ve aparecer en la imagen al coche patrulla 032.

- En el minuto 23,34,10 se observa que las personas que están en esa esquina corren y se ve correr también a agentes con buzo oscuro
- Entre los minutos 23,33,20 (cuando la imagen gira y deja de observarse la esquina) y el minuto 23,34,17 (cuando se ve a la ambulancia en la esquina de Licenciado Poza, parada), llega la ambulancia al lugar. Se ve que reanuda la marcha y pasa de largo, aparcando por delante del 032. Según la cámara 2 comienza a pasar por María Díaz de Haro pasada la esquina con Rodríguez Arias sobre las 23,33,40.

Audios:

- A las 23,35,45 horas el 032 comunica a Ugarteko que tiene un detenido y que está con la F1 y F6 cargando (audio 44)
- A las 23,35,51 horas Desde la comisaría Ugarteko contesta a 032 que lo lleven a “María”, refiriéndose a la subcomisaría cercana.

Cámara 1:

En el minuto 23,36,31 el coche patrulla del 032 da la vuelta para llevar al detenido a la subcomisaría que le han indicado

Cámara 2:

- En el minuto 23,37 se ve pasar al 032 en dirección contraria a la altura de la intersección entre María Díaz de Haro y Rodríguez Arias.

Audios:

- Cuando está de camino, el 032 llama a Ugarteko, a las 23,35,59, y dice que solo ve a la F1 y F6 y que hacen falta más Francias (audio 46)
- Ugarteko solicita entonces más furgonetas del Sector 1 y 2, a las 23,36,08 (audio 47)
- Incidentes en María Díaz de Haro en la zona del callejón.

Cámara 2

5. A las 23,36,52 se observa que el autobús y el coche patrulla se cruzan en la calle María Díaz de Haro casi llegando a la esquina.

Video 12

- El video del CD12 empieza según la juez de Instrucción a las 23,36,55, lo que concuerda con los hitos señalados hasta ahora.

Audios

- A las 23,36,27 el oficial de la F12, agente 3389, dice a Ugarteko que están arrojando objetos y añade “nosotros aguantando sin intervenir. Hace falta un recurso que limpie la zona” (audio 49)
- A las 23,37,07 Ugarteko comunica al oficial 3389 “Hágalo usted, despliéguense en la Herriko” (audio 50)

Video 12

- En el segundo 0,20 (es decir a las 23,37,15 se ve llegar a las furgonetas 23 y 25 a la esquina de Licenciado Poza (se comprueba la coincidencia de esta llegada en la Cámara 1)

- Es entonces cuando se produce la carga policial que se ve en esta grabación
- En el segundo 0,40 y siguientes (es decir a las 23,37,35) dos agentes disparan mientras está pasando el autobús
- En el segundo 0,43 (es decir, a las 23,37, 40) el autobús alcanza la esquina de Licenciado Poza

Cámara 1

- A las 23,37,40 se ve pasar el autobús por la esquina de Licenciado Poza
- A las 23,39,56 se aprecia con claridad un gesto de sobresalto en algún viandante, coincidente con los disparos que se están produciendo.

Nos situamos a las 23,38, momento aproximado de finalización del video grabado por el particular.

Audios

- A las 23,38,13 el recurso 032 comunica que dejan al detenido en María. (audio 58)
- A las 23,39,54 el oficial 3389 llama a Ugarteko (audio 59)
- A las 23,40,07 el oficial 3389 consigue contactar con Ugarteko y comunica que la situación está controlada y dice "es gente que está dentro de la zona, en principio no estamos, ahora mismo no hay ningún altercado.. ahora enseguida le comento" (audio 61)
- A las 23,40,23 Ugarteko le comunica al oficial 3389 "a ver, le repito las órdenes para que queden bien claras, se lo acabo de comunicar al suboficial de grupo que está trabajando... entran al callejón con todo lo que tenemos, entran en la Herriko, controlan la situación, y los que haya... posibles agresores se les controla o se les echa y se toma toda la posición. Y entonces estará la situación controlada" (audio 62)
- A las 23,40,56 se oye un disparo y se oye al 3389 decir "suave, suave" y comunicar a Ugarteko que están entrando.(audio 63)
- A las 23,41,46 el oficial 3389 avisa a Ugarteko de que hay un herido en el callejón y solicita una ambulancia. (audio 64)

Audios del CD2

- A las 23,40,13 una comunicante manifiesta a SOS Deiak que están en el Kurruli y no paran de disparar los "beltzas" (audio 10)
- A las 23,40,31, un comunicante solicita una ambulancia porque hay un herido y explica que le han dado un pelotazo, en la cabeza (audio 11)

Pues bien, este es el punto de partida desde el que queremos analizar el asunto que nos ocupa. Se trata de tener unos datos que para este tribunal son fiables y nos permiten volver a ellos para solventar las cuestiones que analizaremos a continuación y que son la base de esta sentencia.

Dicho esto, pasaremos a analizar la prueba practicada en el acto del juicio intentando dar respuesta a dos preguntas básicas que a juicio de este tribunal se encuentran en el núcleo de nuestra decisión: ¿Al llegar las furgonetas, y mientras duró el incidente, hubo un lanzamiento de objetos masivo en alguna de las zonas? Y relacionada con ésta: ¿estaba justificada la actuación policial tal como se produjo?

Nos plantearemos también, entre otras cuestiones, cuál fue la actuación de cada uno de los encausados, cuál era la estructura de mando en esa situación, o si podemos identificar el disparo que causó la muerte de . La respuesta a todos estos interrogantes nos permitirá avanzar en la calificación jurídica de lo ocurrido y fundamentar adecuadamente la conclusión que hemos alcanzado.

1.- Razón por la que acuden efectivos policiales a la zona

Pues bien, conocemos las razones por las que desde la Comisaría de Bilbao se envía un recurso a la zona del callejón de María Díaz de Haro. Así ha quedado constatado en las diversas llamadas a SOS Deiak que obran en las actuaciones (folio 77 y grabaciones de audio CD 2) y que fueron escuchadas en la vista, además de reconocidas tanto por el agente que hacía la labor de jefe de operaciones esa noche en la comisaría de Bilbao (agente 3316), como por los operadores de radio de la comisaría, agentes 9163 y 10278. Estas llamadas se referían a una pelea en ese callejón, llegando a comunicar uno de los ciudadanos que había una "batalla campal en el callejón" (el testigo ratificó en el juicio que fue el autor de esta llamada, y consta que la hizo a las 23,27,42). Es relevante destacar que este testigo reconoció también su voz

en el audio que obra en el CD 4 de las llamadas de comprobación que realiza cuando se reciben comunicaciones de SOS Deiak, y en tal llamada, a las 23,31,45, el testigo manifiesta que ya se han marchado los agresores, que todo ha sido muy rápido y que los heridos igualmente ya se habían marchado del lugar.

Y es relevante porque en ese momento, en el que la patrulla del 032 llegaba a la zona del callejón, según hemos expuesto en la secuencia horaria descrita, el Jefe de Operaciones debería haber sabido que la razón por la que había enviado a los recursos al lugar ya no tenía contenido. Por esto decíamos arriba que algunos aspectos del incidente se explican solo desde la desorganización.

2.- Situación al llegar las furgonetas a la calle María Díaz de Haro. Incidentes en Licenciado Poza

En todo caso, lo que ocurre al llegar la patrulla 032, y seguido de ella las cinco furgonetas, ha sido descrito por los agentes 12.003 (agente identificado como 032, Jefe de patrulla del turno ordinario) y por su acompañante dentro del coche patrulla el agente 12.293.

El primero de ellos, tras reconocer su voz en las llamadas que hemos reflejado arriba (con la comisaría), manifiesta que acudieron a la zona porque el Jefe de Operaciones (020) desde la comisaría les avisó de que había una pelea en el callejón de María Díaz de Haro y que había un herido. Señala también en la vista que pasaron por el callejón "de la Herriko", que manifestó por la emisora que no veía ninguna pelea, y que aparcaron más adelante, pasada la confluencia con la calle Licenciado Poza. Estas manifestaciones coinciden con lo que hemos relatado arriba, tanto en los audios que hemos señalado, como en cuanto a lo que se refleja en la cámara 1, donde se aprecia que llega la patrulla y que aparca en la calle María Díaz de Haro pasado Licenciado Poza.

Según relata este agente, en ese momento y cuando ya llegan al lugar la F1 y la F6, grupos de personas (especificó que eran unos 15 ó 20) les tiraban objetos a estas dos furgonetas. Relata también que por esa razón se explica la actuación que se aprecia en al Cámara1, en la esquina de ambas calles, y que consiste en que un agente lanza una salva con la escopeta y en que practican una detención de una persona que lanzaba una botella a los agentes. Especifica que los objetos se lanzaban desde la esquina del establecimiento "Huevo Berria".

Su compañero, el agente 12293, afirmó en el acto de la vista que cuando pasan por el callejón y también en la calle Licenciado Poza reciben una "lluvia de objetos". En lo demás sus manifestaciones coinciden, en líneas generales, con las de su jefe de patrulla (incluido que ambos dicen que cuando llegan las tres furgonetas 12,13 y 14, les tiran objetos de forma masiva).

~~Lo que la Sala entiende es que no es cierta esta lluvia de objetos a la que se refiere el agente 12.293. Decimos esto porque este mismo agente reconoció en su declaración judicial, al folio 1471 vuelto, que cuando pasaron con el coche patrulla por delante del callejón, había muchísima gente y no podían ver que hubiera ningún herido, pero nada dice de lanzamiento de objetos, lo que concuerda con las manifestaciones del 12.003 (032), que en esa comunicación al pasar por el callejón no dice que hubiera ningún lanzamiento de objetos y concuerda con lo que dijo en el juicio y en su declaración al folio 1468 vuelto (“que la primera vez que pasan por el callejón no les tiran nada de nada”). Y en esa declaración indica que es cuando llegan las furgonetas 1 y 6 cuando esos grupos de personas lanzan objetos, y en la esquina de Licenciado Poza.~~

Pero, además, sabemos (según la secuencia horaria expuesta) que las furgonetas llegan aproximadamente diez segundos más tarde que la patrulla 032 y lo que ocurre en la esquina de María Díaz de Haro con Licenciado Poza lo puede comprobar esta Sala en la cámara 1. Y desde luego no se aprecia en ella un lanzamiento masivo de objetos, como el que relata el agente 12.293 y en cierto modo ratifica su compañero cuando se refiere a la esquina de las dos calles. Lo que se aprecia es una situación de lanzamiento de algún objeto, que se ve en la imagen con claridad y cómo los agentes lanzan una salva y acuden en apoyo del 032 para que se lleve al detenido. **La esquina ofrece una imagen de multitud de personas que venían del partido y van cruzando por la zona tranquilamente, pero no podemos afirmar en absoluto que hubiera lanzamiento masivo de objetos.**

Y en cuanto a que tal lanzamiento a la F1 y F6 se produjera al llegar las otras tres furgonetas, es cierto que de esta llegada no tenemos imágenes, las tenemos de unos dos minutos más tarde (a las 23,36,55, cuando empieza el video 12), pero la Sala considera que en estos dos minutos no está acreditado que se lanzaran objetos desde el callejón de María Díaz de Haro a estas furgonetas F1 y F6. Decimos esto porque la actuación de estos agentes se sitúa con claridad en la esquina con la calle Licenciado Poza, lo que no tiene ningún sentido si les lanzaban objetos desde el callejón previo. Todos los agentes de las furgonetas que han declarado y los dos del coche patrulla han delimitado su actuación a la confluencia de estas dos calles. Si hubiera ocurrido lo que relata este agente (lanzamiento de objetos desde el callejón) su actuación habría sido en pura lógica diferente y orientada hacia esa otra zona.

Pero es que, es más, sabemos por el inicio del video que hemos reflejado arriba y por la cámara 2, que la patrulla 032 gira en la calle María Díaz de Haro y pasa delante del callejón en dirección contraria justo antes de iniciarse esa grabación casera y se cruza con el autobús que se observa en el video 12 (ese cruce lo hemos fijado a las 23,36,52). Podemos considerar, pues, que la patrulla del 032 con el detenido pasa por delante del callejón sobre las 23,36,40, y nada dice de que en ese momento y en ese

lugar se esté produciendo un lanzamiento masivo de objetos.

Y finalmente, tanto en la Cámara 1 como en la Cámara 2, que nos permiten observar las dos esquinas del tramo de calle de María Díaz de Haro donde se sitúan los hechos, lo que vemos en ese espacio horario de aproximadamente dos minutos, es la afluencia de mucha gente en la zona, desplazándose con normalidad, (salvo en el momento de la salva de la esquina de Licenciado Poza y el apoyo a la detención). No se ve ni actitudes ni gestos de lanzamiento de objetos (aisladamente se observa algún lanzamiento más tarde en la cámara 2), ni desde luego actitudes de protección o temor por parte de los viandantes ante esa supuesta lluvia de objetos.

Es decir, de haber ocurrido así, como relataron otros muchos agentes en el acto de la vista, según veremos, las imágenes fijas habrían permitido observar ese movimiento de grupos numerosos de personas lanzando objetos; habrían permitido observar una situación de alarma por parte de los numerosísimos viandantes de la zona; habrían podido enfocar quizás la vía de escape que señalan algunos agentes que se produjo por la parte izquierda del callejón. Nada de esto se aprecia en las imágenes, y ello a pesar de que la distancia entre las furgonetas y de éstas con las esquinas respectivas es mínima (de hecho, la cámara 2 permite observar un tramo de varios metros de la calle María Díaz de Haro, muy próximo al callejón).

En definitiva, la Sala considera que no está acreditado ese lanzamiento masivo de objetos que relata el agente 12.293 contra las furgonetas F1 y F6 y tampoco que se produjera un lanzamiento masivo de objetos contra la F14, F13, y F12 en estos primeros momentos.

Y por concluir nuestra reflexión sobre este incidente, ocurrido en la esquina con Licenciado Poza, diremos que se aprecia en ese punto una actuación policial proporcionada. Los agentes reciben algún lanzamiento de objetos, salen de las furgonetas, lanzan una o dos salvas (han declarado los agentes que las hicieron) y detienen a quien observan que ha lanzado un objeto. No hay disparos con munición real, porque la situación en esa esquina queda perfectamente controlada sin que hubiera ninguna necesidad de actuar con mayor intensidad (la cámara de la esquina lo muestra claramente durante toda la grabación).

3.- ¿Qué pasó en la calle María Díaz de Haro frente al callejón? ¿Cómo se produjo la carga policial hacia el callejón?

En algún momento en los dos minutos a que nos estamos refiriendo, entre la llegada de las cinco furgonetas (aproximadamente a las 23,34) y el paso por el callejón de la patrulla 032 en dirección contraria (aproximadamente a las 23,36,30), agentes de las furgonetas que estaban en ese tramo de calle, los de la F14, F13 y F12, (y veremos que no podemos descartar que también alguno de la F1 o F6) bajaron de sus furgonetas,

se pertrecharon con el material antidisturbios y comenzaron a cargar en dirección al callejón de María Díaz de Haro. La cuestión es analizar si había una situación de orden público que lo justificara.

Debe tenerse en cuenta que en este periodo de tiempo el oficial de la F12, agente 3389, realiza dos comunicaciones a Ugarteko (020): la primera a las 23,35,07 (audio 38) en la que comunica que acaban de llegar, que hay varios recursos en el lugar y que la situación está controlada; y una segunda, a las 23,36, 27 en la que ese mismo oficial 3389 manifiesta que están arrojando objetos y que están aguantando sin intervenir.

En las comunicaciones de este oficial no se aprecia en absoluto alarma por la situación y permite considerar, junto con lo que acabamos de analizar sobre el lanzamiento de objetos en los momentos iniciales, que aunque no podamos descartar que se les lanzara algún objeto, su entidad es cuestionable: nótese que el recurso 032 pasó en ese momento y nada dijo de lanzamiento de objetos.

Además, en ese momento aproximadamente empieza el video 12 y la Sala considera que puede verse en el mismo lo que los agentes pudieron entender como "lanzamiento de objetos". Y ciertamente los hay, porque así se observa en un par de ocasiones en los segundos que dura la grabación, pero se trata de un lanzamiento esporádico. En absoluto estamos ante una lluvia de objetos o un lanzamiento masivo.

Y en este punto debemos analizar dos declaraciones testificales que han sido puestas de relieve por las defensas de varios de los encausados porque se refirieron al lanzamiento de objetos al llegar las furgonetas: la de los componentes de la ambulancia y la del conductor del autobús que se observa en el video.

Comenzando con la declaración de conductor de la ambulancia, como hemos visto en la secuencia horaria, la llegada de la ambulancia se produce sobre las 23,33,40, es decir, coincidiendo con la llegada de las furgonetas o inmediatamente después, apenas unos segundos. Este testigo manifestó que cuando llegaron a la altura del callejón había varias furgonetas de la Ertzaintza paradas en el carril más alejado del callejón y que de allí "vieron que del callejón salían cosas volando, que no se fijó dónde impactaban esas cosas y entendió que lo más seguro era salir de esa zona". Se ratificó en tal declaración en el acto de la vista. Lo primero que llama la atención de estas manifestaciones es que la hora de llegada de la ambulancia coincide prácticamente con la de las cinco furgonetas y por eso no nos encaja que este testigo sostenga que cuando pasaron por el callejón había varias furgonetas de la Ertzaintza paradas y que los agentes estaban justo delante de las furgonetas, pegados a ellas, porque ello supondría que se habían preparado y habían bajado de las respectivas furgonetas, en escasos 10 segundos, lo que no resulta razonable. Y llama la atención también porque, según se ve en la cámara 1 y hemos razonado arriba, el incidente de lanzamiento de objetos se produce en la esquina de Licenciado Poza y por eso en la cámara se ve que el conductor de la ambulancia para antes de esa esquina (lo que sin

embargo no relata en su declaración).

La Sala entiende que este testimonio no es muy fiable, o el recuerdo del testigo ha quedado alterado con el tiempo, y sin embargo entendemos más creíble la versión ofrecida por su compañera cuyas manifestaciones encajan perfectamente con lo que vemos en las imágenes. Esta testigo, que en la vista manifestó que no recuerda lanzamiento de objetos al pasar con la ambulancia, fue más precisa en su declaración judicial al folio 1178 vuelto y dijo “que llegaron a la zona de María Díaz de Haro que está frente al acceso del callejón y allí no había policía ni vehículos policiales, sino que estaban un poco antes; que la declarante lo que vio es unos coches de la Ertzaintza y estaban llegando furgones” (esto coincide con que llegaron prácticamente a la vez que los furgones). Que ellos pasaron por María Díaz de Haro frente al callejón y “como nadie les reclamaba pasaron hacia adelante y pararon un poco antes del cruce con Licenciado Poza a esperar si les reclamaban” (esto lo vemos en la cámara 1). Que cuando estaban esperando vio gente caldearse, muy alterada... “vio a la gente como a bajar por la calle y a los policías como a subir y entonces fueron más adelante” (puede referirse a la actuación policial de la esquina con Licenciado Poza). Y explicó con claridad que cuando pasaron por delante del callejón “no vio que volase ningún objeto, que todo estaba tranquilo”.

En cuanto a la declaración del conductor del autobús,

en el acto del juicio señaló que al pasar por la zona del callejón se vio envuelto “en una especie de guerra”, que se puso nervioso, que “sintió una especie de zambombazos en la chapa del autobús” y que pensó que su integridad física estaba en peligro; que temió que rompieran algún cristal y le pasara algo; que estuvo poco tiempo porque la Ertzaintza le facilitó la salida; que había bastante gente y que algunos salían de vez en cuando del callejón a lanzar objetos. En su declaración judicial al folio 1646 precisó que el autobús pudo recibir unos seis impactos de cosas, que piensa que no eran de cristal (más adelante precisó que podrían ser botellas de plástico llenas de algún líquido) pero que no le consta que el autobús tuviera daños.

Debemos decir, respecto a esta declaración, que si bien se ha tenido en cuenta por alguno de los letrados como confirmación de que hubo un lanzamiento masivo de objetos desde el callejón, la Sala entiende que no es así. Lo decimos porque, más allá del miedo comprensible que sintió este testigo dado que, como veremos, pasó por el lugar en el momento más claro de carga policial y cuando se estaba produciendo ciertamente un lanzamiento de objetos desde el callejón, sus manifestaciones tampoco indican un lanzamiento masivo (seis objetos). Y esto viene confirmado por las imágenes del Video 12. En él se puede apreciar toda la secuencia del paso del autobús por ese tramo de calle y lo que no se observa, en absoluto, es un lanzamiento masivo de objetos. Se ve con claridad un objeto que probablemente impacta al autobús y no descartamos que por la calidad de la imagen hubiera algún otro, pero la situación en esa secuencia no es de lanzamiento masivo de objetos, ni los agentes que se ven se están protegiendo con

los escudos por esa circunstancia.

Procede a continuación analizar las demás declaraciones testificales que se practicaron en el acto de la vista, si bien debe indicarse que (salvo excepciones que trataremos de exponer) nos encontramos con dos grupos de declarantes completamente contradictorios sobre esta cuestión que estamos analizando (el lanzamiento de objetos desde el callejón y la proporcionalidad de la respuesta policial).

Este tribunal, después de escuchar atentamente los testimonios de todos ellos, no puede evitar considerar que las declaraciones de los agentes de las tres furgonetas a las que se considera involucradas en el incidente (y las de algunos de los demás agentes comparecientes) están cargadas de subjetividad, de un ánimo de eludir responsabilidades, y de cierto espíritu corporativo que les resta credibilidad de manera evidente (como veremos, muchos de ellos niegan hechos o circunstancias que se producían junto a ellos o que se pueden ver con claridad en las imágenes).

Por su parte, los testigos que no son agentes nos parece que en algunos casos están afectados por la gravedad de lo ocurrido, por el fatal desenlace que se produjo y por la situación de temor que vivieron en el callejón de María Díaz de Haro, lo que explica ciertos excesos en la expresión, pero aun con estos matices, debemos decir que no hemos encontrado elementos comunes que nos lleven a dudar de su credibilidad (su perfil es diverso, algunos eran amigos de , otros estaban en el lugar en alguno de los dos bares, algunos se enfrentaron a los agentes, otros se limitaron a esconderse y otros estaban en la casa de enfrente). Y sin embargo sus manifestaciones son esencialmente coincidentes.

Comenzando por los agentes, destacaremos las declaraciones de los agentes de la F1 (agente 7047 y 10538) y de la F6 (9546 y 9017). Todos ellos relatan que cuando llegan a la calle María Díaz de Haro (y recordemos, con arreglo a lo dicho arriba, que llegan las cinco furgonetas prácticamente juntas) no les lanzaron objetos desde el callejón, vieron mucha gente en el callejón pero se limitaron a pasar. Explican que sí les lanzan objetos desde Licenciado Poza, desde el establecimiento "Huevo Berria". Ciertamente, estas manifestaciones nos parece que encajan con lo que podemos observar en las imágenes y que ya hemos expuesto: no hubo lanzamiento masivo de objetos cuando llegaron las furgonetas, y los lanzamientos que sí se produjeron fueron esporádicos y se aprecian en las imágenes en las diferentes zonas de la calle.

Hay, sin embargo, un aspecto en el que estos agentes pierden la credibilidad y que analizaremos también más adelante: todos ellos insisten en señalar que se quedaron todo el tiempo en la esquina de María Díaz de Haro con Licenciado Poza y que de allí no se movieron ("como una chincheta" dijo uno de ellos, otro dijo que hicieron un cordón mirando a Autonomía...) pero lo cierto es que las imágenes de la cámara 1 permiten observar que los agentes que actuaron en apoyo del 032 y lanzaron las salvas en la esquina de ambas calles se dirigen, 4 ó 5 agentes, hacia la parte de María Díaz de

Haro donde se encuentra el callejón. No se observa qué hacen o si llegan al callejón finalmente, pero sí que van hacia allí, desmintiendo lo relatado por ellos. Y además en la imagen del Vídeo 12 se aprecia con claridad que junto a las dos furgonetas 1 y 6 están sendos grupos de agentes, vestidos de oscuro, por lo que no es cierto que todos se quedaran en la esquina de las calles en Licenciado Poza, sino que varios de ellos volvieron al menos a sus furgonetas. Por eso, como veremos después, no podemos descartar que alguno de ellos participara en la carga policial hacia el callejón.

En cuanto a los agentes de las furgonetas F12, F13 y F14, la característica común de este grupo de agentes es que manifiestan casi todos ellos que se produjeron lanzamientos de objetos en gran cantidad. Así, de la F14 el agente 7601 (“caía de todo”) o el agente 9181 (que habla de una lluvia de objetos) o el agente 7422 (que señala que les tiraban ceniceros); de la F 13 los agentes 12114 dice que “nos recibieron con vasos, botellas, piedras..” o el agente 12442 que dice que se produjo un lanzamiento de numerosos objetos, o el agente 11302 que señala que “nos tiraban objetos, petardos y alguna piedra”; y finalmente los de la furgoneta 12 en la que varios agentes (9418, 98C2, 8101 y 8267) declaran que les tiraban muchos objetos.

A juicio de este tribunal la credibilidad de estos agentes de las tres furgonetas está muy condicionada por la gravedad de lo ocurrido y por la eventual responsabilidad que se les pueda atribuir, bien personalmente, bien como grupo profesional. Estas manifestaciones sobre los lanzamientos de objetos son claramente coincidentes, como también es una manifestación común de casi todos los citados que no vieron disparar pelotas a sus compañeros de ninguna de las furgonetas. Como mucho, reconocen que oían detonaciones, pero no en ese lugar. Y sabemos que esto no es cierto, porque el vídeo 12 nos sitúa las furgonetas perfectamente en el lugar y es imposible que no vieran disparar ninguno de los no menos de 8 disparos con pelota que se produjeron (según manifestaciones de los encausados) o que no oyeran cómo se estaban produciendo las detonaciones en el mismo lugar donde todos ellos estaban.

Por terminar de analizar las declaraciones de los agentes que intervinieron en el acto del juicio, los agentes de la furgoneta F22 (que recordemos por la secuencia horaria que llega al final del vídeo 12, es decir en el minuto 23,38 aproximadamente), tienen también coincidencias entre ellos, y aunque niegan una carga policial que se está produciendo ante sus ojos, se distinguen del grupo de las tres furgonetas centrales en que ya no ven lanzamiento de objetos (el 552 dice que ya no había incidentes cuando llegaron; el 12563 que ya no hay lanzamiento de objetos cuando llegan, que algunos les increpan y hay tensión; en el mismo sentido el 10248, y el F92H3, que relata otros incidentes pero ya en Licenciado Poza tras haber atravesado el callejón y una vez había sido herido). Estas manifestaciones concuerdan a nuestro juicio con lo que se aprecia en las imágenes de la cámara 2, donde no se observa lanzamiento de objetos, salvo alguno aislado más adelante y cuando ya han llegado al lugar varias patrullas más. Y nos confirman en la idea que venimos sosteniendo de que no hubo en la

zona lanzamiento masivo de objetos, como se nos dice.

En este sentido, aclararemos finalmente una cuestión que surgió en la fase de informes sobre la actitud que comenzaron a adoptar algunos agentes una vez conocida la existencia de un herido por pelota de goma. Puso de manifestó la letrada de la acusación particular que el suboficial de la F14 (5351) protagoniza el audio nº 80, a las 23,43,52, en el que le dice a Ugarteko "para que conste que nos han recibido a botellazos esta gente. Hazlo constar en la actuación y manda ambulancia" (en aquel momento ya se conocía que había un herido probablemente de un impacto de pelota de goma). Aunque la defensa de este suboficial manifestó que este dato no era cierto, porque el audio se identifica en la diligencia de exposición como 2kF01 y ello indica que se trataba de un agente de la F1, lo cierto es que comprobados los audios directamente en el CD y contrastados los audios 80, 82 y 102, en todos ellos se identifica el comunicante como 2U531, siendo así que en el último de estos audios la persona que habla dice que es 14 C..... es decir F14, es decir, el suboficial 5351). Por otra parte, al folio 551 constan los indicativos utilizados en las comunicaciones y se aprecia que se usan 2DF01 y 2SF01, para asignárselos a la F12 y F13, es decir que nada tiene que ver ese F01 con la furgoneta F1. En conclusión, en efecto, está acreditado que este suboficial 5351 manifestó que debía hacerse constar que les recibieron con botellazos, lo que vuelve a reiterar a las 23,53,47, en el audio 116, "nos han recibido con botellas todas". Con ello vemos que, desde el momento en que se van dando cuenta de que se ha producido un herido, van acomodando o preparando su versión para evitar responsabilidades.

En cuanto a las declaraciones de los ciudadanos que declararon los primeros días de la vista y que se encontraban en la zona, nos parece innecesario reproducir lo que manifestaron detalladamente, pues en lo sustancial y salvo lo que diremos, sus manifestaciones son coincidentes.

Así, tenemos en primer lugar a los amigos de que manifestaron que estaban en el callejón, que habían quedado allí los amigos y que no pasaba nada especialmente reseñable (algún empujón, algún lío porque había mucha gente, pero nada más) y que en ese momento llegaron las furgonetas, que no se produjo un lanzamiento masivo de objetos y que los agentes de las furgonetas empezaron a cargar, que una vez que cargaron sí hubo algún lanzamiento de botellines de cerveza. Y en concreto dicen que a los que lanzaban esos objetos la gente les decía que parasen. Que ellos se refugiaron como pudieron.

En un sentido muy similar declararon y su entonces pareja Roberto Sánchez, que manifestaron que los agentes empezaron a disparar según llegaron y que no había lanzamiento de objetos, solo después algunos botellines. Explicó cómo se levantó con las manos en alto pidiendo a los agentes que parasen de disparar y describió el lugar desde el que vio que disparaban varios agentes. Explicó que la gente huía de la Policía, que no hubo lanzamiento de objetos masivo ni

encapuchados, aunque si hubo una docena de personas más o menos que tiraban alguna botella.

En el mismo sentido, describiendo una situación muy similar, declararon sta
fue la persona que atendió al Sr. s hasta que llegaron los sanitarios, dada su
condición de enfermera),

Todos ellos coincidieron en la secuencia según la cual los
agentes empezaron a disparar sin que hubiera incidentes y fue después cuando algunas
personas les lanzaron algunos objetos, y ellos les recriminaron por esos lanzamientos.
Todos ellos describieron una situación de miedo y de intentar evitar ser alcanzados por
los numerosos disparos de los agentes.

La vecina de la vivienda frente al callejón, o, ofreció una versión
similar, negando que hubiera lanzamiento de objetos ni de adoquines, ni nada similar
una vez que llegaron las furgonetas, si bien ella reconoce que salió en ese momento a la
terracea, que vio cargar a la Ertzaintza y que le dio la sensación de que los agentes
"pensaban que les iban a agredir y se agobiaron".

En el mismo sentido , también vecina de una vivienda frente al
lugar, oyó lo que pensó que eran cohetes y salió, vio el callejón lleno de gente y vio
cargando a los agentes. Relató que en el callejón se produjo una estampida hacia atrás y
hacia las paredes, que no vio tirar objetos, solo delante había 4 chicos que tiraron unos
vidrios, que no vio piedras ni adoquines, y que vio muchos disparos con pelota.

Igualmente declara , que cuidaba a la madre de la anterior
testigo y ofreció una declaración muy similar, indicando que sí vio lanzar algún vidrio
pero que eran muy pocos. Que la gente corrió y vio disparar a la Policía hacia el
callejón.

Hay un grupo de testigos que no ven en absoluto tirar ningún objeto a los agentes
y que en el resto del relato son coincidentes con los anteriores, salvo en este extremo. Se
trata de ,
(empleada del Kirruli) y (del bar Oktober). Las razones por las
que no vieron estos lanzamientos pueden ser variadas, pero su declaración no nos parece
relevante puesto que las imágenes nos permiten afirmar, como venimos sosteniendo,
que sí hubo algunos objetos que se lanzaron.

Por último, hay unos cuantos testigos que han declarado señalando que se
lanzaron objetos antes de que la Policía cargara: se trata de ,
pero estas manifestaciones tampoco reflejan
un lanzamiento masivo de objetos. Más bien se refieren a objetos contados, de vidrio o
de plástico, refiriéndose en algún caso a 4 ó 5 (z), refiriéndose los otros
tres a alguna botella o a algún objeto. Por lo tanto, estas manifestaciones no desvirtúan
nuestra convicción de que el lanzamiento de objetos a la Ertzaintza ni fue masivo, ni fue

generalizado.

~~En cuanto al momento de tal lanzamiento, vemos que la cuestión es contradictoria entre los diversos testigos. No teniendo motivos concretos para dudar de la credibilidad de unos u otros, creemos que la distinta percepción que tienen de lo ocurrido puede haberse visto afectada por el paso del tiempo, o por la relación que tenían con la víctima, por la gravedad del suceso, o incluso por la dimensión mediática del mismo. Y por ello la Sala entiende que no puede descartarse que se lanzara algún objeto al llegar las furgonetas, aunque tampoco podemos afirmarlo con seguridad. Lo que sí podemos afirmar con seguridad, con arreglo a lo analizado hasta ahora, es que no hubo un lanzamiento generalizado que justificara la respuesta policial.~~

Como se ve, tras analizar toda la prueba, **la conclusión del tribunal es que sí hubo lanzamiento de objetos hacia las furgonetas, y que lo hubo tanto en la esquina de Licenciado Poza, como desde el callejón, como en la esquina de Rodríguez Arias, pero que se trató de un lanzamiento de objetos de poca entidad, ni masivo, ni generalizado, por lo que en absoluto justificó la actuación policial que se produjo frente al callejón.**

4.- ¿Qué hizo cada uno de los agentes encausados?

Pasaremos a analizar ahora lo que hicieron cada uno de los agentes encausados al llegar las furgonetas al tramo de la calle María Díaz de Haro frente al callejón, una vez constatada la situación real que se encontraron al llegar: mucha gente en la calle y en el callejón y algún lanzamiento de objetos, que se inició en la esquina de Licenciado Poza.

Pues bien, comenzaremos por el **agente 1283**, suboficial de la furgoneta 13. Sabemos que esta furgoneta llegó junto con las otras cuatro y que su posición final resultó ser en el carril central de la vía, solapada prácticamente con la F6, detrás de la F1 y delante de la F14 y F12. Así lo vemos en las imágenes del video 12 y así lo indicaron los encausados y los agentes que pudieron observar estas imágenes en el acto de la vista.

Pues bien, según manifiestan los agentes de su furgoneta, su suboficial no les dio orden de disparar. Por el contrario, les dijo que no se iba a cargar hasta que él lo dijera, y finalmente no dio esa orden. De hecho, no hay ninguna constancia probatoria de que ninguno de sus agentes llegara a disparar. En el video 12 se ve con claridad que este suboficial se dirige al extremo de la calle en la zona de Rodríguez Arias y que intenta regular el acceso de vehículos y sabemos por alguno de los agentes de la

furgoneta 22 que es quien manda a su conductor que cruce la furgoneta en la calle. Tenemos, además, la convicción de que ordenó cesar los disparos, pues así lo indicó uno de los coimputados (), que ningún beneficio obtenía con esta manifestación, y la testigo 7422, que formaba parte de la F14, y señaló que oyó con claridad que el 1283 les dijo "No quiero un tiro más".

No consideramos acreditado, por el contrario, que diera la orden de disparar a los dos escopeteros de la F14 . Ambos señalaron que fue este suboficial de la F13 el que les dio la orden expresa de cargar. Pero no creemos esta versión por varias razones: 1) ambos encausados, como el resto de los componentes de la F14, tenían la orden expresa de su propio suboficial de cargar cuando llegaran y diversas indicaciones sobre cómo llevar a cabo esta orden -así lo ha reconocido incluso el suboficial 5351-; 2) creemos que hay un intento de estos dos encausados de exculpar a su suboficial, porque si ya tenían una orden expresa de su mando, no tiene ningún sentido que destaquen que actuaron por la orden de otro mando (que solo podría darles órdenes si su suboficial no estaba en el lugar, lo que desde luego no ocurría); y 3) no entendemos qué sentido tendría que este suboficial hubiera dicho a sus agentes que esperaran a su orden para disparar y en cambio diera la orden de cargar a los de otra furgoneta, todo ello en un mismo lugar y situación.

Compartimos, además, con la defensa de este agente que aunque entendiéramos acreditado que este suboficial 1283 dio la orden de cargar, que no lo hacemos, tal orden sería inoperante, puesto que como consta acreditado el propio suboficial de la furgoneta 14, el agente 5351, dio la orden de cargar a sus agentes y era quien tenía el mando de esa furgoneta.

Por lo tanto, concluimos que no está acreditado que este agente 1283 diera la orden de cargar ni a sus agentes ni a los de otras furgonetas.

En cuanto a la actuación del suboficial 5351 que iba en la furgoneta 14, no tenemos duda alguna de que dio la orden de cargar. En primer lugar, en su declaración en el acto del juicio reconoció que sus agentes actuaron con esa indicación por su parte, dijo que les recordó que el primer disparo lo tenían que hacer de aviso y no les dijo que esperaran a su orden para disparar porque, según explicó, ellos tienen discrecionalidad para el disparo. Posteriormente, a preguntas de las defensas, señaló que ordenó a sus agentes que dispararan sin esperar la orden del oficial y que autorizó a sus agentes que dispararan con pelota, señalando que él solo dio órdenes a sus escopeteros.

Estas manifestaciones vienen corroboradas por las declaraciones de los tres escopeteros, pues aunque manifestaron que les mandó cargar el suboficial de la furgoneta 13, ambos reconocieron que su mando les mandó cargar, que les dio las instrucciones en la propia furgoneta y les repartió las

escopetas. Finalmente, Dany Jhony Fernandez no atribuyó al de la F13 la orden de cargar y relató cómo les organizó su propio suboficial, el agente 5351.

En cuanto a la actuación de estos tres escopeteros, **agentes 15.248, 11.066 y 10.216**, no cabe duda por sus propias manifestaciones de que los tres dispararon al bajar de la furgoneta F14, reconociendo dos de ellos haber disparado entre tres y cuatro disparos con pelota (salvo el nº 11066, que reconoce haber disparado, pero dice que eran unas tres o cuatro salvas sin pelota). El video 12 confirma estas manifestaciones y la declaración del suboficial 5351 también. Más adelante analizaremos otros aspectos en relación a estos agentes.

Finalmente, en cuanto **al oficial 03389**, consideramos acreditado que este oficial no salió de la furgoneta, ni tomó ninguna decisión en relación a los incidentes que se estaban produciendo, ni en ningún momento asumió el mando del lugar, que le correspondía por su graduación y por ser el responsable del sector 1 del dispositivo organizado con motivo del partido.

Hacemos esta afirmación por los siguientes elementos:

- Como hemos visto en la secuencia horaria descrita arriba, a las 23,35,07 horas (audio 38) este oficial comunica a Ugarteko al llegar al tramo de la calle María Díaz de Haro frente al callejón, que hay varios recursos y que la situación está controlada. Momentos más tarde, en el audio 49, a las 23,36,27 comunica al Ugarteko que están arrojando objetos y “nosotros aguantando, sin intervenir”, solicita entonces un recurso, a lo que Ugarteko le indica “Hágalo usted, despliéguense en la Herriko”.
- No consta, sin embargo, que saliera de la furgoneta. En su declaración en el acto de la vista (coincidente con lo declarado en Instrucción al folio 2568) manifiesta que dio la orden de que no saliera nadie de la furgoneta, y que no dio ninguna otra orden, y así lo ratificaron los agentes de la furgoneta 12 (así el agente 8410, el agente 9418, o el agente 98C2). Este último agente refleja exactamente la situación: dice que “el oficial no les dijo que hicieran nada. No les mandó cargar, no les dio ninguna orden, de parar tampoco”.
- En el vídeo nº 12, que empieza como hemos dicho a las 23,36,55 y que dura hasta las 23,38, no se ve en ningún momento a este oficial fuera de la furgoneta. Se ve a varios agentes de su grupo junto a la puerta y a uno de ellos, el 8101, cubriendo a otro agente de otra furgoneta. En su declaración judicial ante el visionado del vídeo 12 indica el propio oficial que no se reconoce en ese grupo de agentes ni en la imagen en general, y asume que en ese momento estaba aún dentro de la furgoneta.
- Durante este tiempo en que el oficial 3389 estuvo dentro de la furgoneta pudo ver, sin

ninguna duda, todas las furgonetas que estaban en el lugar y pudo ver los diferentes disparos que se estaban realizando, pues los tenía delante, y además lo reconoció en el acto de la vista y en su declaración judicial, donde explicó que desde la altura del asiento tenía visión suficiente para observar todo lo que estaba ocurriendo.

- En algún momento entre las 23,38 y las 23,40,03 es cuando este oficial sale de la furgoneta y da una orden. A las 23,39,54 se pone en contacto con Ugarteko para decirle que la situación estaba controlada y entonces Ugarteko le dice que “estará controlada cuando entren, paren los incidentes y detengan a los responsables” y le dice que “entren con todo lo que tenemos”. Es entonces cuando se produce el audio 63 en el que se oye un disparo y al oficial 3389 diciendo “suave, suave”, y comunica “estamos entrando”. A juicio de este tribunal, ello permite considerar que acaba de dar la orden de formar una línea e ir hacia el callejón, conforme le ha señalado Ugarteko en la última comunicación. Y que es en ese momento cuando sale de la furgoneta. Varios agentes de esa furgoneta ratificaron esta orden dada por su oficial. De hecho, el agente 8101 manifiesta que esta orden de formar una línea y entrar en el callejón se la da su oficial desde la ventanilla de la furgoneta.

En conclusión: desde que llegó su furgoneta al lugar sobre las 23,34 hasta las 23,40 aproximadamente, **este oficial no dio ninguna orden, ni a sus agentes, ni a los agentes de las otras furgonetas, no salió de la misma a pesar de observar la carga que se estaba produciendo, tampoco comunicó a Ugarteko la situación real, es decir, no comunicó que se estaba produciendo una carga policial hacia el callejón, limitándose en todas sus comunicaciones a señalar que la situación estaba controlada, ni se puso en contacto con los responsables de las otras furgonetas (así lo han confirmado diferentes agentes que formaban parte de las mismas y desde luego los dos suboficiales de la F13 y F14, así como el 032).**

5.- Normativa de orden público y no proporcionalidad de la actuación.

Tal como destaca la Acusación Particular, el artículo 5,2º de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, vigente y aplicable al momento de los hechos como norma general de actuación policial, establece con claridad que “En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.”

Y añade con rotundidad que “Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física

o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.”

En nuestro caso y tal como analizaremos en los razonamientos jurídicos y a la vista de las pruebas que hemos presenciado en este juicio y que hemos relacionado arriba, se incumplió este principio general de actuación, puesto que se utilizaron las armas y se disparó con munición real a pesar de que, ni estaba en riesgo la vida o integridad física de los agentes, ni había ninguna situación de grave riesgo para la seguridad ciudadana que lo justificara.

Pero es que, además, tal como explicó en el acto de la vista la Directora de la Academia de Policía al tiempo de los hechos, se instruyó a los agentes de Seguridad Ciudadana con una formación específica sobre la utilización de medios antidisturbios impartida en la Academia Vasca de Policía, tanto en el curso de ingreso a la categoría de agente, como en los cursos de actualización y perfeccionamiento.

Aportó con su informe, que obra al folio 1215, una serie de anexos en los que puede observarse el material empleado en la formación (y que en el juicio confirmó que se utilizaban al momento de los hechos), donde se encuentran reseñados los protocolos de actuación en situaciones de orden público.

Cabe destacar algunos aspectos, como son: el respeto a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, idoneidad, agotándose todos los recursos para garantizar la resolución de los conflictos por vías pacíficas y no violentas (folio 1222); la distinción entre concentraciones pacíficas, en las que procede solo la observación policial, y concentraciones violentas en las que (folio 1224) se describe la forma de actuación, dependiendo de la gravedad de la violencia y siempre atendiendo a lo que decida el mando; también se destaca que los disparos deben ir precedidos de una salva de aviso, la distancia de disparo con pelota debe ser a más de 25 metros y a tal distancia la posición de la bocacha debe ser la S, aconsejando un disparo al suelo con rebote y no un tiro tenso; finalmente, al folio 1244 vuelto, se indica que en caso de gran afluencia de personas, habrá que tratar de evitar todas aquellas maniobras realizadas por la Policía que tiendan al cerco o resulten, de cualquier forma envolventes, pues se podría generar grave riesgo para los manifestantes al poderse producir situaciones de pánico. Y se deberán prever las suficientes vías de salida.

Estos datos aparecen también reflejados en cuanto al uso del material antidisturbios en la Instrucción sobre normativa de utilización de los cartuchos impulsores antidisturbios (de 1997) que obra al folio 1265 y que incluyó esta misma testigo como anexo 6.

De acuerdo con la normativa expuesta y con los protocolos referidos, consideramos que la actuación policial no fue proporcionada ni estaba justificada, pues ni estaba en riesgo la vida o integridad física de los agentes, ni había ninguna situación

de grave riesgo para la seguridad ciudadana. Como hemos visto, hubo un lanzamiento de objetos desde el callejón y no podemos descartar (ni afirmar) que se produjera antes de la carga policial, pero sabemos que fue un lanzamiento de menor entidad, que no fue masivo, ni generalizado.

Por otra parte, la situación del callejón de la calle María Díaz de Haro, sus reducidas dimensiones, la ausencia de vías de escape en ese lugar, unido a la gran afluencia de personas, hacía de todo punto desaconsejable cargar hacia esa zona con munición real, puesto que además de poder causar un riesgo directo sobre las personas (que desgraciadamente se materializó en la muerte de _____), podía provocar situaciones de pánico.

En cuanto al modo concreto en que se disparó y si con ello se incumplieron las instrucciones sobre tiro, las consideraciones sobre esta cuestión no son relevantes desde el momento en que no sabemos quién disparó la pelota de goma que impactó en la víctima, ni cómo lo hizo. Y aunque podamos establecer una hipótesis sobre la distancia y características del disparo fatal, sobre la base del informe forense y del informe de balística, tampoco podemos relacionarlo de manera precisa y concreta con la acción de ninguno de los encausados.

Podemos concluir, por lo tanto, que la decisión de cargar en la situación expuesta no estaba justificada y que con ello se vulneraban la normativa y protocolos de actuación en situaciones de orden público.

6. ¿Cuál era la distribución del mando en el operativo y en relación a estos incidentes?

El agente 3389 ha manifestado en todo momento y así lo reiteró en el acto de la vista, que él no era el mando del operativo. Reconoce que era el oficial de mayor rango, pero considera que no tenía más que una capacidad de distribución de las furgonetas en el lugar, pero que solo tenía mando sobre los agentes de la F12, teniendo el mando correspondiente los respectivos suboficiales de la F13 y F14, y el suboficial 032 de la F1 y F6.

Esta Sala sostiene, sin embargo, a la vista de los datos obrantes en las actuaciones y de las declaraciones testimoniales que destacaremos, que ello no es cierto y lo correcto es afirmar que el agente 3389 era el responsable del operativo en la calle y

en esa localización concreta. Los elementos que valoramos para hacer esta afirmación son:

- a) El plan de seguridad para el partido se puede comprobar al folio 509 de las actuaciones, y del mismo cabe destacar que la ciudad está distribuida en varios sectores puramente geográficos, por calles. En el plan se hacen unas previsiones iniciales de asignación de recursos según los diversos turnos, pero son los responsables del operativo los que después asignan los recursos concretos a cada zona. Se puede comprobar en el plan que en el turno de tarde están, entre otros varios recursos, ocho furgonetas de refuerzo de la comisaría de Bilbao. En este plan de seguridad se establece expresamente una cláusula de flexibilidad y se dice que, a pesar de la distribución inicial por sectores o zonas, se puede enviar más recursos por orden de algún responsable del dispositivo. Y esto es lo que ocurre en este caso, puesto que si bien en el turno de noche los recursos del sector 1 eran la F6 y otras dos furgonetas, además de una del turno ordinario (que bien podía ser la F1 como veremos a continuación), desde comisaría avisan a los del turno de tarde para que acudan, y así lo hacen, puesto que el dispositivo preveía tal circunstancia expresamente.
- b) Consta, además, que esta información se le facilita al oficial, pues así lo ha reconocido en sus declaraciones, aportando en la de Instrucción (al folio 2573) un documento de distribución de material, agentes y comunicaciones (ya con asignación de furgonetas concretas, entre las que están las de este asunto), en donde queda claro que él era el oficial de mayor rango en ese grupo de efectivos. Así lo reconoce el propio agente 3389 en sus declaraciones, cuando dice que en el briefing al que asistió se le indicó que era el agente de mayor rango del sector uno. La comprobación de los documentos que aporta el propio interesado con su declaración judicial no deja lugar a duda de esta circunstancia, y ello aunque sostenga que nadie le informó expresamente en ese briefing, de palabra, de que en efecto era el responsable de ese sector en el terreno.
- c) En su declaración judicial el agente 3389 se refiere al agente 010 como responsable máximo del operativo en el lugar, pues tenía a su cargo los seis sectores del dispositivo, pero reconoce que él sabía que era el oficial de mayor rango del sector 1 y reconoce que este agente 010 llegó una vez ocurrido el suceso. En efecto, sabemos que este agente estaba al mando del operativo de los seis sectores y sabemos que no llegó hasta que se había producido ya el herido por el impacto de la pelota de goma. Y no cabe duda de que asumió el mando que le correspondía, dirigiéndose andando a todos los mandos de las furgonetas, hablando con los agentes, comprobando la situación y mandando acabar con la carga que se estaba produciendo (basta escuchar los audios a su llegada, sus comunicaciones con Ugarteko, y las declaraciones de los diversos agentes de la zona, incluidos los de la F1 y F6 para comprobar que es así).
- d) Al folio 1926 consta un oficio remitido por el agente nº 1026, el Sr. / , Jefe de Unidad de la comisaría de Bilbao y máximo responsable del operativo del partido. En él señala que el Sector 1 estaba asignado al agente 3389. Explicó en la vista que esto

supone que tenía funciones genéricas de mando y que “era quien tenía que tomar decisiones sobre el terreno. Tenía el mando sobre todas las furgonetas y debía decidir hacer o no hacer”. Manifestó que había otro mando superior en la calle (el agente 3325, o 010) que era quien coordinaba a todos los sectores. Explicó con claridad que con independencia de que el 020 al que llamaban Ugarteko pudiera mandar efectivos al lugar, puesto que era quien recibía todas las comunicaciones de todos los incidentes que se producían en la ciudad, al llegar los efectivos al lugar debían hacer una evaluación del riesgo y la tenía que hacer el mando en ese lugar. Fue, además, rotundo al indicar que el 3389 como oficial de mayor rango en ese lugar tenía mando sobre la F1, F6, F12, F13 y F14. Así como sobre las 22, 23 y 24.

e) Declaró también el agente 3316 (020), que explicó que su trabajo era asignar recursos desde la comisaría, una vez que iba recibiendo las comunicaciones sobre incidentes en la ciudad y que hacían las comprobaciones correspondientes. Pero en la línea de lo dicho por el 1026, señaló que “la potestad de decisión en el lugar es del mando que está en el lugar”. Y en este caso también explicó que el oficial 3389 tenía el mando del sector 1 y que al ser el oficial de mayor rango tenía el mando sobre el lugar. Explicó, también, que él solo se comunicaba con el 3389, que en ningún momento comunicó con los otros responsables de las furgonetas que estaban allí.

f) Por la defensa de este oficial se ha indicado que al lugar llegó otro oficial (lo que concuerda con la llegada del agente F87G9, comparecencia al folio 198) que llegó con tres furgonetas de refuerzo, pero comprobados los datos, estos recursos llegan al lugar cuando ya se ha producido la caída de I sobre las 23,45 horas, y por lo tanto no tienen ninguna intervención en los hechos que nos ocupan. Además, según sus manifestaciones, se colocan en otra zona y asisten posteriormente a los agentes que contienen los incidentes de Licenciado Poza y que se pueden observar en la Cámara 1 varios minutos después de los hechos que nos ocupan (incidentes donde hay algún agente herido y un detenido).

g) Es un hecho constatado y reconocido por el propio encausado que el agente que hacía de Ugarteko solo se comunicó con él durante todo el incidente, como explicó con claridad el agente 3316, y esta circunstancia debió alertar al oficial 3389 sobre la responsabilidad que tenía en la actuación. No podemos entender que el oficial de mayor rango no viera la necesidad ni tan siquiera de salir de la furgoneta, visto lo que estaba ocurriendo (y más si pensaba, como ha manifestado reiteradamente en sus declaraciones, que pensaba “que había que parar la carga y que no había que intervenir cargando, sino entrando con porras en el callejón”), pero dado que así fue, lo que resulta muy llamativo es que no reaccionara a las indicaciones de su superior 020 que le estaba indicando que actuara y tomara decisiones. Los datos sobre su responsabilidad en

el lugar eran muy evidentes, a nuestro juicio.

7.- ¿Afectaba el mando en el lugar a los agentes de las furgonetas F1 y F6?

En la declaración del 3316 (Ugarteko 020) manifiesta que mandó al jefe de patrulla 032 por el herido de la pelea y mandó a la F1 y F6 para apoyarle. Explicó que el 032 era el mando de estas dos furgonetas en esta actuación, pero que como era suboficial estaban por debajo del 3389. Y añadió que lo normal era que se pusieran en contacto todos con el mando. Que el oficial 3389 debía haberse comunicado por la emisora con la F1, F6 y 032. Y si no se oía por la emisora, debía haber bajado de la furgoneta y haber ido a hablar con ellos.

El agente 12.003 (032, jefe de patrulla), manifiesta en su declaración en el juicio que buscó al oficial 3389 antes y después de dejar al detenido, pero no le vio, “para pedir instrucciones” puesto que es suboficial y esperaba instrucciones.

Nos consta, además, que según lo que se aprecia al folio 2577, la F6 estaba en el dispositivo de orden público por el partido y ello concuerda con la indicación que se recoge en el atestado de que el dispositivo en el lugar eran la F1, F6 y F13, F12, y F14.

En todo caso, en todas las comparencias de los agentes de la F1 y de la F6 del atestado policial (Folios 180, folio 203, folio 205 entre otros), todos ellos dicen que estaban en el dispositivo de seguridad en previsión de incidentes por la celebración del partido.

En el plan de seguridad al folio 509 se hace constar que en el turno de noche hay tres furgonetas de la comisaría (entre las que está la F6, según los documentos aportados por el encausado) y una furgoneta del turno ordinario, que como decimos y concuerda con lo manifestado por los agentes, era la F1).

Al folio 563 comparece el agente 8144 que declaró también en el juicio y es el encargado del búnker, y presenta la lista del material para el dispositivo y allí puede observarse a las tres furgonetas de los encausados y a la F6.

El agente 12.293 que es el agente que acompaña al 032 en el coche patrulla explicó que ellos eran del turno ordinario y acuden por la pelea a la zona, pero que el Jefe de Operaciones (020) les asigna dos furgonetas de apoyo, la F1 y la F6, por razón del partido y por la numerosas personas que hay en el lugar.

En las declaraciones judiciales de los agentes de la F6 (folio 1566, agente 9017 o

Balística Forense, que obra a los folios 1823 y ss. En este informe se analizaron doce escopetas marca Benelli y sesenta pelotas de caucho y sesenta cartuchos. Tras analizar este material y realizar diferentes pruebas sobre ellas, llegaron a varias conclusiones, entre las que destacan:

Cuarta- La precisión de este tipo de material es muy deficiente en distancias superiores a unos 17 metros respecto a una silueta tomada como blanco, no afectando en distancias inferiores a esa la posición de la bocacha. Por encima de los 20 metros el vuelo de la pelota de caucho es errático.

Quinta- La energía desarrollada por las pelotas antidisturbios tanto en tiro tenso como en tiro con rebote aproximadamente a 25 metros (distancia de disparo más probable según el croquis y las testificales, según dicen los peritos) es superior a la necesaria para vencer el módulo de elasticidad craneal y en consecuencia producir la lesión que causó la muerte del Sr.

Sexta. Dentro del rango de la distancia mínima (1,35 metros) y máxima (39 metros) establecida, la distancia de disparo estimada se fija en torno a los 25 metros.

Séptima- Si bien no puede determinarse la posición exacta de quien realizó el disparo mortal, sí se puede deducir un área probable triangular que en caso de tiro tenso, estaría localizada a lo largo de una línea de 9 metros de longitud y a unos 28 metros de distancia de la víctima (detrás de los vehículos estacionados en la entrada del callejón), que configuraría la base de un triángulo cuyo vértice opuesto lo constituye la posición de la víctima, salvando la distancia mínima posible de 1,35 metros (por el alcance de los componentes del disparo en dispersión).

En el caso de disparo con rebote, el área estimada disminuye con respecto a la posibilidad anterior, situándose en este caso a lo largo de una zona de 4,80 metros de longitud a 25 metros de distancia de la víctima (entre los vehículos estacionados en la entrada del callejón).

Finalmente, se ratificaron los agentes de la PN 16.965 y 56.479 (de la Sección de Tecnología de la imagen) en el informe que obra a los folios 1844 y ss, que es una reconstrucción infográfica realizada sobre la base de los resultados de los dos informes anteriores y de los datos de la inspección ocular del día 19 de junio de 2013, en la que se lleva a cabo un cálculo pericial de las distancias a las que se pudo producir el disparo y la recreación del mismo de una forma directa y con rebotes. (Se trata de una materialización gráfica de la conclusión séptima del informe anterior, que acabamos de reproducir).

El resultado de estos informes nos lleva a concluir que **no es posible determinar con seguridad el lugar o la distancia de disparo**, si bien **sí se ha podido establecer unas zonas probables de disparo**, distinguiéndose entre tiro tenso y tiro con rebote, que coinciden con la zona de los coches aparcados y en una anchura aproximada de

entre 9 a 4 metros. Estas dos zonas probables de disparo concuerdan de manera aproximada con la posición de los agentes encausados que nos consta que dispararon, y como diremos no podemos descartar que también concuerden con la presencia en esa zona de otros agentes de las furgonetas F1 y F6.

Los informes periciales, pues, no pueden determinar la posición exacta del tirador (así se indica con rotundidad al folio 1840) y en consecuencia tampoco podemos saber el agente que realizó el disparo que provocó el fallecimiento de la víctima. Y como ya apuntábamos al inicio de esta resolución, ello ha venido motivado entre otras varias razones por la no realización de una inspección ocular al momento de los hechos, por no haber preservado la zona tras el incidente y por no haber recogido y analizado todas las armas empleadas aquella noche en el lugar.

9.- ¿Podemos descartar que disparasen agentes que no fueran de las furgonetas 12, 13 y 14?

Mucho se ha analizado en el acto de la vista sobre si los agentes que dispararon vestían de rojo o vestían de azul. Ha sido una pregunta recurrente que se ha realizado prácticamente a todos los testigos que comparecieron al acto de la vista.

~~Esta circunstancia tiene su importancia, porque los agentes que han reconocido haber disparado iban de rojo, llevaban puesto el chaquetón de este color encima del buzo oscuro.~~

Así lo declararon los encausados y los agentes de las furgonetas 13 y 14, puesto que dijeron que sus mandos les indicaron que se pusieran la chaqueta roja para ser más visibles.

De hecho, así se aprecia con claridad en el video 12, donde puede verse que los agentes de la furgoneta 13 y de la furgoneta 14 van con el chaquetón rojo puesto, mientras que también se observa que los agentes de las furgonetas 1 y 6 llevan el buzo oscuro, al igual que los agentes de la furgoneta 12.

Sin embargo, muchos de los testigos que han declarado en estas actuaciones se han referido a que **había agentes de buzo oscuro disparando**. No consideramos necesario destacar qué testigos lo afirmaron, pero a modo de ejemplo puede citarse la declaración de [redacted], que identificó agentes de rojo y de oscuro, [redacted] entre otros muchos.

Además, en el video 12 se aprecia claramente cómo el agente 8101 de la furgoneta 12, acude corriendo en diagonal por delante del autobús que está pasando y se le ve salir cubriendo a otro que lleva escopeta y parece haber disparado. Este otro agente va de oscuro, con el buzo, sin chaquetón, y el agente 8101 siempre ha manifestado que no era de su furgoneta (la 12), sino que debía ser “de las furgonetas de más adelante”, en referencia a la F1 y F6.

Finalmente, la proximidad de estas dos furgonetas (la F1 y F6) al callejón; el hecho de que los agentes de estas dos furgonetas o algunos de ellos se dirigieran hacia esa zona de la calle según se aprecia en la cámara 1; y el hecho de que hubieran disparado ya (alguna salva) en la zona de Licenciado Poza, junto con las declaraciones testimoniales que hemos reseñado, nos lleva a concluir que no podemos descartar, y nos parece bastante probable, que también disparara alguno de estos agentes de las furgonetas F1 y F6. Y en todo caso lo que podemos afirmar es que los disparos no se produjeron exclusivamente por los escopetas aquí encausados.

Se planteó en el acto de la vista si pudieron disparar también en esa zona agentes de las furgonetas 22, 23 y 25. Debemos señalar que, a diferencia de lo que ocurre con los agentes de la F1 y F6, no tenemos ningún dato probatorio o ningún indicio (más allá de la llegada al lugar del suceso en algún momento posterior a las otras furgonetas) de que así ocurriera, pero queremos dejar claro que, si así hubiera sido, ello no afectaría a la convicción que tiene este tribunal sobre que el mando en el terreno lo tenía el oficial 3389, por ser responsable del sector 1. Mando que tenía sobre todos los efectivos llegados a la zona, incluidas estas tres furgonetas.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de homicidio, cometido con imprudencia grave profesional, previsto y penado en el art. 142,1º y 3º del CP vigente en el momento de producirse los hechos.

Para centrar jurídicamente la cuestión que nos ocupa citaremos la STS del 06 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5439/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5439) que nos recuerda que el delito imprudente está *configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.*

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal. "

Pues bien, desde esta perspectiva teórica debemos analizar la conducta de los diferentes encausados en este proceso y debemos hacerlo respetando además el principio acusatorio, esto es, la acusación que se realiza a cada uno de ellos y los hechos que se les imputan que, como veremos, son distintos.

Así, a los tres escopeteros (agentes 15.248, 11.066 y 10.216) se les atribuye un delito de homicidio imprudente por haber disparado todos ellos varios disparos con pelota de goma "sin que las personas que se encontraban en el callejón llevaran armas u otros objetos o instrumentos peligrosos que pudieran suponer un peligro contra la seguridad física de los agentes o los transeúntes o la propiedad ajena". Y sostiene que los disparos fueron, además, irregulares. Da por hecho el escrito de acusación que desde el lugar donde se contratan estos tres agentes efectuaron los disparos con pelotas de goma que acabaron impactando y acabando con la vida de I

Pues bien, los tres escopeteros actuaron bajo la cadena de mando y por orden expresa de su suboficial el agente 5351, por lo que la actuación imprudente en su caso estaría determinada, no tanto por la decisión de disparar, sino por el modo en que dispararon, esto es, que no lo hicieran de acuerdo con los protocolos a que nos hemos referido arriba, que no guardaran la debida distancia de seguridad, o que la dirección del disparo fuera irregular y hubiera generado un riesgo indebido... Datos que como hemos visto por el resultado de los informes periciales no es posible establecerlos con seguridad, pues sólo se ha podido conocer una zona probable de disparo, sin mayor concreción. Por lo tanto, no podemos completar las exigencias del tipo de homicidio imprudente. Como hemos visto, es preciso que se produzca un nexo causal entre la acción imprudente y el resultado, en este caso el impacto con la pelota de goma y posterior fallecimiento de I. Si como hemos visto arriba, **no sabemos quién disparó el proyectil que impactó en I** y si admitimos con una alta probabilidad que otros agentes, además de los tres encausados, dispararon munición real, hemos de concluir que el nexo causal no podemos establecerlo.

No cumpliéndose las exigencias del tipo penal respecto a estos tres encausados, la sentencia ha de ser absolutoria para ellos.

Debemos hacer una valoración similar respecto al mando de su Furgoneta, F14,

agente 5351, a quien se le atribuye el delito de homicidio imprudente por haber ordenado cargar a los agentes anteriores, que estaban bajo su mando, ~~habiéndolo hecho en esas circunstancias de ausencia de justificación que acabamos de exponer y que según dice la acusación, y nosotros compartimos, infringían los más elementales principios básicos de actuación.~~

Si bien debemos señalar, tal como hemos analizado en el fundamento anterior, que no hay duda para este tribunal de que estos presupuestos se daban en su caso, es decir, ha quedado acreditado que este suboficial dio orden de cargar a sus agentes incluso antes de llegar al lugar; que no esperó a recibir ninguna orden del mando en el terreno; que no evaluó la situación adecuadamente, puesto que no había ninguna situación de riesgo para la vida o integridad física de los agentes provocada por un lanzamiento generalizado o siquiera intenso de objetos (que no consideramos acreditado); y que por el contrario, con la actuación policial realizada en esas circunstancias de gran afluencia de personas y en un callejón de las reducidas dimensiones que hemos descrito arriba, estaba generando un riesgo considerable para la integridad física o la vida de las personas congregadas en la zona.

Se da, por lo tanto, la infracción del deber de cuidado (en su doble faceta subjetiva, o deber de previsión, y objetiva, o deber de cuidado), pero nos encontramos con el mismo escollo que acabamos de exponer: no podemos conocer si los disparos de los escopeteros a los que ordenó cargar este suboficial fueron los que causaron el resultado del impacto en el Sr. su fallecimiento posterior. No podemos descartar, y más bien podemos afirmarlo con una muy alta probabilidad, que hubo otros agentes implicados y que pudo ser el disparo de cualquiera de ellos el que impactara en la víctima. **Falta, por lo tanto, el nexo causal entre la orden del suboficial y el resultado producido.**

La acusación particular citó en su informe la sentencia de la AP de Gipuzkoa de 28 de mayo de 1999 en la que se condenó a varios mandos policiales en una situación similar a la que nos ocupa, en que la carga policial no estaba justificada y se produjeron lesiones a varias personas. En esa resolución el tribunal considera que no se puede razonar que no se conoce quién efectuó el disparo que causó la lesión, "pues ningún disparo que se sepa se hizo por libre...y tan responsable resultaba quien daba la orden como quien la obedecía".

Creemos sin embargo que en aquel supuesto, además de referirse a una actuación dolosa (la comisión de una falta de lesiones por imprudencia cometida con dolo eventual), lo que permite establecer distintos presupuestos en relación a la participación, se daba un elemento que aquí no tenemos: se juzgaba a todos los mandos de aquella actuación policial y por lo tanto era posible afirmar que el tiro o tiros que causaron la lesión se debió a la orden de los mandos acusados. Pero aquí no ocurre así, contamos con la presencia de uno de los agentes que sí dio la orden de disparar, pero tal acción concurre con la de algún otro mando que pudo dar también esa orden, por ejemplo los

agentes primeros de las furgonetas 1 y 6, o con la actuación de disparar (no consultada con un mando) de alguno o algunos de los agentes de esas dos furgonetas. En esas circunstancias nuestra dificultad es que no podemos completar la autoría, como hace la sentencia de la AP de Gipuzkoa, aquí nos faltan varios protagonistas de la acción que produjo el resultado, y sólo podemos analizar la conducta de uno de los mandos, cuya orden pudo provocar, o no, el resultado fatal.

Creemos, por lo tanto, que su conducta tampoco cumple las exigencias del tipo penal y por ello dictaremos respecto a él una sentencia absolutoria.

Al agente 1283 se le atribuye la misma conducta: haber dado la orden de disparar. Sin embargo, ya hemos establecido en el fundamento anterior, y a él nos remitimos, que no consideramos acreditado que este suboficial ordenara disparar. Por eso, hay que concluir que respecto a él **no concurre ninguno de los presupuestos que hemos expuesto** y la sentencia será también absolutoria.

Nos detendremos en el **análisis de la actuación del oficial 3389**, a quien la acusación particular atribuye la comisión del delito de homicidio imprudente por omisión, según dice en su escrito, “por su total inactividad, que permaneció en el interior de la furgoneta y que en ningún caso dio orden alguna de paralizar los disparos”.

~~Aunque podríamos hacer el análisis de la conducta de este oficial desde el mismo punto de partida de la jurisprudencia que hemos expuesto para el delito de homicidio imprudente, procede citar algunas resoluciones específicas que abordan la cuestión de los delitos imprudentes cometidos por omisión.~~

Entre otras, nos parece relevante la STS de 28 de junio de 2017 (ROJ: STS 2576/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2576) que hace referencia al art. 11 CP que dispone que «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Con cita de otras muchas resoluciones de la Sala Segunda, esta sentencia sintetiza los requisitos para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, (la sentencia también analizaba un supuesto de homicidio imprudente cometido por omisión): Destaca “los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.

b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación.

c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.

d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.

e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.

En el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. Sin embargo, cuando de imprudencia se trata, se apreciará culpa respecto a la omisión....cuando el obligado a realizar la acción no consiguió impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que intentó el deber de garantía.”

Así apuntó la STS 716/2009 de 2 de julio puede sancionarse penalmente a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante en la vertiente de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente.

En el caso que nos ocupa no tiene duda este tribunal de que la conducta del agente 3389 encaja en estos presupuestos del delito de homicidio imprudente realizado

en comisión por omisión:

- En primer lugar no cabe duda de que se ha producido un resultado: el fallecimiento de un agente por el impacto de una pelota de goma por la actuación de alguno de los agentes que se encontraban en la calle María Díaz de Haro.
- Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad con la evitación del resultado. En el caso que nos ocupa, resulta claro a nuestro entender que la acción omitida que hemos descrito arriba, consistió en no salir de la furgoneta aun siendo el mando de mayor rango del lugar, en no comunicar la situación real al Jefe de Operaciones, en no asumir la responsabilidad de la situación y en definitiva, en no evitar la carga policial a pesar de que no estaba justificada, era desproporcionada y podía causar daños a personas. Si la carga policial no se hubiera producido no se habría causado el resultado del fallecimiento del Sr. C
- Ninguna dificultad tienen ni el tercero ni el cuarto requisito, puesto que no estamos ante un delito especial (de los que exigen determinada condición para poder ser autor del mismo) y desde luego el encausado estaba en condiciones por su condición de responsable del sector 1 y mando de mayor graduación en el lugar para salir de la furgoneta y dar la orden de detener la carga.
- Finalmente, el agente 3389 infringió un deber jurídico de actuar, puesto que en ese momento y en ese lugar el agente encausado tenía una evidente posición de garante por el rango que tenía, por ser el responsable de la zona hasta que llegó el 010, y tenía por lo tanto el deber específico de valorar adecuadamente la situación sobre el terreno (con arreglo a los principios de proporcionalidad, congruencia y oportunidad) y de impedir los resultados dañosos que se pudieran producir con la acción inadecuada de los agentes.

De todos estos requisitos el Ministerio Fiscal entendió que no concurría el segundo de los mencionados y así señaló que no es suficiente con que se acredite la total inacción del oficial 3389, sino que para que podamos imputarle el delito de homicidio por imprudencia en comisión por omisión se debe probar que el comportamiento debido habría evitado el resultado, con una probabilidad rayana en la certeza, extremo que entiende la Fiscal que aquí no se ha acreditado (porque entiende que no se puede determinar cómo podía parar unas cargas que se estaban produciendo tanto a la altura del callejón como en la intersección con la calle Licenciado Poza; y porque no todos los disparos se produjeron al margen de los protocolos establecidos).

La Sala, sin embargo, no está de acuerdo con esta apreciación. Nótese de lo que llevamos dicho hasta ahora, que en nuestra opinión la acción imprudente (por omisión) que atribuimos a este Oficial no tiene que ver con que permitiera que se disparara de un modo u otro. Las mediciones realizadas y los estudios periciales, como hemos visto, no ofrecen datos de relevancia para la resolución de este caso. No sabemos quién disparó y por lo tanto no sabemos cómo lo hizo. Se ha elucubrado en el acto del juicio sobre si se disparó en tiro tenso o si se disparó con rebote, bien hacia el suelo, o bien hacia arriba y

la pelota golpeó contra algún elemento del callejón.

Los datos periciales no nos ofrecen certeza sobre este punto (por más que la autopsia y la declaración de los forenses nos lleven a considerar como más probable la producción de un tiro tenso). Tampoco sabemos con exactitud la distancia a la que se disparó la pelota que impactó en la víctima.

Tampoco sabemos, en consecuencia, si el disparo mortal se realizó por alguno de los agentes encausados, de la furgoneta 14, o si pudo realizarse por algún agente de otras furgonetas de la zona.

El tribunal no ha podido llegar a una conclusión, más allá de toda duda razonable, sobre todas estas cuestiones.

Lo que sí sabemos y en ello nos hemos centrado en el anterior fundamento, es que el agente 3389 era el oficial de mayor rango en el lugar, que así constaba en los documentos que se le facilitaron como consecuencia del dispositivo que se organizó con motivo del partido y como tal fue tratado por el Jefe de Operaciones, que se comunicó con él durante todo el incidente y no con los suboficiales; sabemos que en tal condición tenía mando no solo sobre las tres furgonetas del dispositivo del turno de tarde, sino también sobre las que acudieron en apoyo del 032 y que formaban parte del dispositivo del turno de noche (nos remitimos a los dicho en el fundamento anterior sobre este extremo).

Tenemos la convicción de que fue uno de los disparos de alguna de esas furgonetas (F1, F6, F12, F13 y F14) la que causó la muerte de I . . . 3.

Sabemos que el lanzamiento de objetos que se produjo a la llegada de las furgonetas fue esporádico, mínimo y que no justificaba una acción policial como la que se produjo. Por lo tanto, la imprudencia, la infracción del deber de cuidado, la situamos en permitir que en esa situación (y con las características del callejón) se produjera esa carga policial y en no ordenar a los agentes que dejaran de disparar.

¿Podemos entonces decir que de no haberse producido la omisión, la inacción absoluta del oficial 3389, se habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza? Sin duda. El propio agente ha reconocido en todo momento, especialmente en el acto del juicio, que la situación no justificaba la carga que se produjo, que había que detener esa acción policial. El oficial encausado nunca ha negado que fuera consciente de lo que estaba ocurriendo, más bien al contrario, reconoció en su declaración que veía perfectamente la carga desde su furgoneta y reconoció que su valoración fue que no se debía realizar una carga en ese lugar y circunstancias. Creemos que cualquier observador imparcial puede valorar que disparar munición real a ese callejón lleno de gente podía causar daño a las personas, por lo que esta percepción debía ser mucho más clara para un agente con la trayectoria profesional

y la experiencia del encausado. Por lo tanto, debía haber salido de la furgoneta (cosa que no hizo durante todo el incidente) y debía haber evitado la carga asumiendo el mando que le correspondía en el terreno nada más llegar, y en todo caso, si se había comenzado a lanzar algún disparo con pelota, debía haberse puesto en contacto con los mandos o agentes de las demás furgonetas para detener la carga policial. La Sala tiene la convicción de que, de haber actuado así, el fallecimiento de . . . ; no se habría producido.

Se plantea la Fiscal cómo podía hacerlo respecto a las furgonetas F1 y F6, que estaban más alejadas, pero no vemos dificultad alguna en ello. Primero, porque la situación de estas dos furgonetas era muy próxima a la del encausado, apenas unos metros. Segundo, porque todos los agentes disponían de diversos canales de comunicación que les permitían estar en contacto con los mandos. Y tercero, porque basta comprobar que cuando llega al lugar el 010, andando y de paisano, en aproximadamente medio minuto habla con Ugarteko, con los responsables de las furgonetas, con los agentes, y en ese brevísimo espacio de tiempo, detiene la carga policial. Hay varios testigos de las diversas furgonetas que así lo han declarado con absoluta claridad, también los de las furgonetas F1 y F6.

Dado que se ha calificado la imprudencia por omisión del encausado como grave, debemos analizar tal intensidad, tal gravedad en la conducta (omisión) imprudente:

Para valorar la entidad de una conducta u omisión imprudente nos recuerda entre otras la STS del 11 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4867/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4867) “que la gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna:

1º. Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con:

- a) el grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales.
- b) el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo).
- c) la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

2º. Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a

mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración.

En este caso y en cuanto a la perspectiva objetiva o externa, consideramos el grado de riesgo no permitido generado con la conducta (en este caso omisión) del encausado tiene una entidad muy considerable. Como hemos visto, el agente 3389 aun siendo el responsable de evaluar la situación en el lugar, aun siendo consciente de la gran afluencia de gente y de las características del callejón, aun siendo el responsable de tomar decisiones policiales sobre la carga o no en ese lugar concreto, y aun considerando que la carga era injustificada, no hizo nada, no tomó decisión alguna, no decidió parar la actuación policial desproporcionada, no comunicó al 020 la situación real que se estaba produciendo (contribuyendo, además, a la falta de coordinación a la que hacíamos referencia al inicio de esta sentencia), y presenció la carga policial desde el interior de su furgoneta.

En cuanto al grado de utilidad social de la conducta, dado que estamos ante una inactividad, ante una omisión de actuar, este requisito no nos sirve para valorar la gravedad.

En cuanto a la importancia del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente, no cabe duda de que en esa situación de carga policial con multitud de personas en el interior del callejón y en la zona de la calle María Díaz de Haro y dadas las características del callejón (estrecho, rodeado de paredes, de dimensiones reducidas), el riesgo de una acción policial como la expuesta, con un número elevado de disparos bien en tiro tenso o con rebote, era evidente y muy elevado, tanto para la integridad física o incluso la vida de los allí congregados (como desgraciadamente ocurrió).

Finalmente, en cuanto a la perspectiva subjetiva, o el grado de previsibilidad o cognoscibilidad del riesgo, el agente permaneció en el interior de la furgoneta durante los seis o siete minutos en que duró el incidente, ha reconocido que veía perfectamente la calle y el callejón y que vio a sus compañeros cargar; ha reconocido que en la situación que estaba observando no había que haber cargado y que había que acabar con tal situación. Por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo el riesgo era claramente previsible o cognoscible para él.

En definitiva, la Sala concluye que la consideración del homicidio imprudente (por omisión) como grave es correcta y se ajusta a la prueba practicada.

Y finalmente, en cuanto a la consideración de la actuación del oficial 3389

como **imprudencia profesional**, no hay duda sobre ello, dado que la omisión se produjo en el ejercicio de sus funciones y hemos valorado la entidad y características del deber objetivo de cuidado infringido precisamente en relación a su perfil profesional y a la situación de mando que ejercía en ese momento y lugar.

Citaremos a este respecto la STS de 29 de mayo de 2006 (ROJ: STS 3291/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3291) que en un caso de homicidio imprudente atribuido a un agente de Policía señalaba: “En fin, no cabe duda de que aquél realizó una acción voluntaria, aunque no intencional, infringiendo un deber objetivo de precaución, y produjo una muerte, causalmente encadenada a ese modo de proceder, resultado que se habría evitado de haber mediado el cuidado exigible en virtud de una norma de norma de conducta. Norma, en este caso, asociada al rol profesional propio del agente de un cuerpo armado, conocedor del riesgo implícito en todo uso de las armas y reglamentariamente obligado, por tanto, a hacer todo lo posible en la situación dada para neutralizarlo”.

Concluimos, pues, que respecto a este encausado, el oficial 3389, se cumplen los requisitos del tipo penal por el que ha sido acusado, por lo que dictaremos una sentencia de condena.

TERCERO.- De los hechos relatados es responsable en concepto de autor el acusado J. J. de P. conforme a lo dispuesto en el artículo 28 CP, dando por reproducidos, como demostrativos de dicha autoría, los elementos probatorios mencionados arriba.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- En lo concerniente a la individualización de la pena, de conformidad con lo establecido en el art. 66 CP, en los delitos imprudentes no rigen necesariamente las reglas que el mismo precepto establece para los delitos dolosos.

En primer lugar, debe destacarse que la acusación particular no ha justificado, ni siquiera mínimamente, la razón por la que solicita la pena en su extensión máxima. Por nuestra parte podemos suponer que la gravedad del hecho está en el origen de su petición y ciertamente el tribunal comparte la gravedad de la acción imprudente que hemos analizado. La hemos descrito y valorado en detalle en los fundamentos anteriores. Pero debemos tener en cuenta que esta gravedad forma parte del tipo penal, esto es, ya la hemos valorado al considerar que la imprudencia es calificada como grave. Por ello, este dato por sí solo no justificaría la pena pedida. Consideramos, sin embargo, que la gravedad es ciertamente considerable, intensa y con ella se provocó un riesgo

muy alto que se materializó en el resultado que conocemos. Tal gravedad justifica su valoración más allá de la tipificación penal y justifica imponer la pena por encima de la mínima prevista, pero creemos que igualmente deben valorarse las circunstancias del encausado, y en particular que no tiene antecedentes penales. Ello nos lleva a fijar una pena en la duración de dos años de prisión.

Aplicando estos mismos parámetros, fijaremos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo en un periodo de 4 años.

Se impondrá igualmente la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo prevista en el art. 44 del CP.

No se justifica tampoco por la Acusación la petición de que imponamos al encausado Sr. de l... una pena accesoria de prohibición de acercarse a los padres de ... La razón de esta pena accesoria se basa fundamentalmente en la gravedad del hecho y "en el peligro que el delincuente represente" para quien lo solicita, según señala el art 57 CP. En este caso, sin cuestionar en absoluto la gravedad del hecho, debe tenerse en cuenta que estamos ante un delito imprudente, no doloso, y debe tenerse en cuenta que el encausado no presenta peligro alguno respecto a los padres de la víctima. El tribunal comprende perfectamente el sufrimiento de estos padres y su deseo de no comunicarse o encontrarse con esta persona, pero siendo estos sentimientos lógicos y comprensibles en la dramática e irreparable situación por la que están atravesando, consideramos que no justifican desde un planteamiento penal este alejamiento.

SEXTO.- Todo declarado criminalmente responsable de un delito o falta lo será también civilmente y viene obligado al pago de las costas, conforme previenen los arts. 109 y siguientes y 123 C.P. y 240.2 L.E.Cr.

No procede que hagamos pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil dado que D. l... ez y Dña. ... han formulado expresa reserva de las acciones civiles que pudieran derivarse de la infracción penal.

En cuanto a las costas procesales, procede imponerlas al acusado con arreglo al precepto citado, con inclusión de las de la acusación particular, por ser éste el criterio pacífico en la práctica judicial penal, y por la relevante postura procesal sostenida en el caso que nos ocupa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al encausado J. Jo le P
) como autor responsable del delito de homicidio cometido por imprudencia
grave profesional ya definido, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la
accessoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo
de la condena, así como a la pena de CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN
ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN, OFICIO O CARGO.

Se condena al encausado al pago de 1/6 parte de las costas procesales
causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Que debemos absolver y absolvemos a K o, - s f
z C y P
Gt le los delitos por los que venían siendo acusados. Con declaración de oficio
del resto de las costas causadas.

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 su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y
firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres.
Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de
su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.