



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN TERCERA**



SUMARIO ORDINARIO Nº 5/2015
SUMARIO ORDINARIO Nº 1/2014 DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 11 DE
BARCELONA
ACUSADO: Llorenç Benjumea Blanco y Eduardo Casas Pascual

Magistrado ponente:
JOSÉ GRAU GASSÓ

SENTENCIA NÚM. 262/2016

ILMOS. SRS.
D. JOSE GRAU GASSÓ
D. JOSEP NIUBÒ I CLAVERIA
DÑA. MYRIAM LINAGE GÓMEZ

Barcelona, a veintisiete de mayo del dos mil dieciséis.

VISTA en juicio oral y público, ante la SECCIÓN TERCERA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el presente Sumario 5/2015, correspondiente al Sumario nº 1/2014 del Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona, seguido por un delito de lesiones, contra los acusados **Llorenç Benjumea Blanco**, con D.N.I. nº ~~30574340~~, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Ildefonso Lago Pérez y defendido por





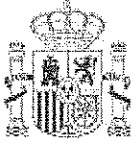
la Letrada Dña. Lydia Lajara Fernández; y contra **Eduardo Casas Pascual**, con D.N.I. nº ~~46322473~~, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Ildfonso Lago Pérez y defendido por la Letrada Dña. Olga Tubau Martínez y en la que han sido partes acusadoras el Ministerio Fiscal y Ester Quintana Porras en calidad de acusación particular, representada por la Procuradora Dña. Montserrat Pallas García y defendida por la Letrada Dña. Laia Serra Perelló. Como Magistrado Ponente, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de una parte de asistencia sanitaria del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau de Barcelona, dictándose el día 12 de agosto del año 2014 Auto de incoación de Sumario en el que, tras la instrucción pertinente, se dictó Auto de Procesamiento el día 14 de agosto del mismo año siendo finalmente declarado concluso por el Magistrado Instructor, con emplazamiento de las partes. Elevada la causa a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial se unió al presente Rollo, formado en su día tras conocer la incoación del mismo, se designó ponente y, mediante auto, se confirmó la conclusión del mismo acordándose la apertura del juicio oral, cumpliéndose los trámites de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y, posteriormente, por la acusación particular y por las defensas de los procesados, proveyéndose sobre las pruebas propuestas por las partes. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral ésta dio inició el día 11 de abril del año en curso y finalizó el día 27 del mismo mes, habiendo asistido todas las partes, y en la que se practicaron el visionado o reproducción de imágenes, la prueba testifical, la pericial, la documental y el interrogatorio de los acusados, con el resultado que se refleja en el acta correspondiente.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave previsto y penado en el art. 152.º 2º y 3º del Código Penal, siendo responsable del mismo en concepto de autores los procesados Llorenç Benjumea Blanco y Eduardo Casas Pascual sin la ~~concur~~ concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando para cada uno de ellos una pena de dos años de prisión, con la ~~la~~ accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo





que dure la condena y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por tiempo de cuatro años y al pago de las costas procesales por mitad.

La Acusación Particular calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de lesiones con pérdida de un miembro principal previsto y penado en el art. 149 del Código Penal, en relación con el art. 147 del mismo cuerpo legal, siendo responsable del mismo en concepto de autores los procesados Llorenç Benjumea Blanco y Eduardo Casas Pascual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando para cada uno de ellos una pena de nueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la función policial durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales por mitad.

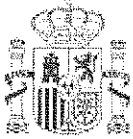
TERCERO.- Las defensas de los procesados, en el mismo acto, mostraron su disconformidad con la calificación de las partes acusadoras, solicitando la libre absolución de sus patrocinados con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que estando convocada una jornada de huelga general, la tarde del día 14 de noviembre del año 2012 la unidad de la Brigada Móvil de los Mossos d'Esquadra compuesta por las tres furgonetas DRAGO 40, DRAGO 403 y DRAGO 414, se desplazó por diversos lugares del centro de la ciudad de Barcelona realizando labores de dispersión de algunos manifestantes.

Aproximadamente a las 20,45 horas dicha unidad se desplazó desde la Plaza Urquinaona hasta la Plaza Catalunya por la Ronda de Sant Pere y, siguiendo la misma dirección, llegó a la altura de Rambla Catalunya, lugar en la que las furgonetas efectuaron una maniobra de giro hacia la derecha y se introdujeron en dicha vía hasta llegar a la confluencia con la Gran Vía, momento en el que volvieron a efectuar una maniobra de giro hacia la derecha y se introdujeron en la Gran Vía, en dirección Besós. Al llegar a la confluencia con el Pº de Gracia los vehículos policiales rodearon la fuente sita en dicho lugar y seguidamente la furgoneta DRAGO 40, que encabezaba el convoy, detuvo su marcha en el chaflán del edificio Generali (lado mar - Llobregat de dicha confluencia de avenidas), mientras que la segunda se situó a su derecha (según el sentido de la marcha de los mencionados





vehículos) y la tercera se quedó separada de las otras dos y mucho mas cercana a la fuente.

En dicho momento y a esa hora, la situación era de tranquilidad quedando escasos manifestantes, sin que llevaran armas u otros objetos o instrumentos peligrosos que pudieran suponer un peligro contra la integridad física de los agentes de la autoridad, del resto de manifestantes, transeúntes o de la propiedad ajena.

A pesar de todo ello, un agente de los Mossos d'Esquadra que no ha podido ser identificado, incumpliendo los protocolos por los que se rige la actuación de los agentes de la Brigada Móvil, disparó lo que probablemente pudo ser una pelota de goma, aunque no pueda descartarse totalmente que se tratara de un proyectil de 40 mm foam, en dirección a un grupo de personas que estaban huyendo del lugar y que iba corriendo hacia la calle Caspe, impactando dicho proyectil en el ojo izquierdo de Ester Quintana, que se encontraba situada en el centro de la calzada del Pº de Gracia, aproximadamente a unos treinta metros de distancia del agente que efectuó dicho disparo.

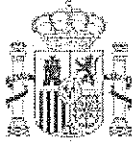
Como consecuencia de estos hechos Ester Quintana sufrió el estallido del globo ocular izquierdo, con la consiguiente pérdida total de la visión del ojo izquierdo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Valoración de las pruebas. *Del lugar en el que quedaron estacionadas la furgonetas policiales en el momento en el que se efectuaron la detonaciones y Ester Quintana recibió el impacto en el ojo.-* Durante el acto del juicio se tomó declaración testifical a la víctima y a otras personas que la acompañaban, así como a otras personas que se encontraban en las inmediaciones de lugar en el momento de ocurrir los hechos, como los vigilantes de seguridad del Edificio Generali, el vigilante de seguridad de la tienda Zara situada en la confluencia del Pº. de Gracia con la Gran Vía (lado mar y Besós), algunos reporteros y personas que prestaban sus servicios para 8TV, etc. Asimismo, se tomó declaración a los dos acusados y a todos los Mossos d'Esquadra que formaban parte de las furgonetas DRAGO 40, DRAGO 403 y DRAGO 414.

Basta oír cada una de las declaraciones antes mencionadas para constatar la existencia de divergencias, ciertamente relevantes, entre unas y otras. Nosotros,





teniendo en cuenta la totalidad de la prueba practicada, consideramos que la declaración prestada por Ester Quintana merece toda la credibilidad y resulta plenamente verosímil, sin que exista ninguna razón para dudar de la veracidad de lo relatado por ella. Después de haberla oído durante el acto del juicio (y de haberla escuchado de nuevo en varias ocasiones a través de la grabación de dicho acto que consta unida a las actuaciones), constatamos que no apreciamos en el contenido de su relato ningún ánimo espurio, hasta el punto que cuando afirma haber observado como un Mosso d'Esquadra llevaba consigo una escopeta, niega (sin ninguna dificultad) haber visto como la accionaba o la disparaba. Por otra parte, su versión de los hechos resulta plenamente verosímil, toda vez que viene corroborada por otras pruebas también practicadas en el acto del juicio y, finalmente, existe una clara persistencia en la incriminación, con independencia de lo que exponremos posteriormente en relación a la posible contradicción --que hizo constar por las defensas de los acusados-- entre lo manifestado en el acto del juicio y lo que dijo durante la instrucción de la causa sobre si, en el momento de ocurrir los hechos, vio uno o mas agentes de los Mossos d'Esquadra armados.

La víctima manifestó que junto con varios amigos bajaba por el lado derecho del Pº de Gracia (según su sentido de la marcha) en dirección a Plaza Catalunya y cuando ya se encontraba situada entre Gran Vía y Plaza Catalunya, a la altura de la calle Caspe se encontró a una amiga y se quedó hablando con ella varios minutos. De repente, observó como un grupo de gente venía corriendo desde Plaza Catalunya, por lo que dio media vuelta y también se puso a correr en dirección a la Gran Vía, momento en el que pudo observar como aparecían delante suyo varias furgonetas de los Mossos d'Esquadra y después de dar varias vueltas a la fuente se pararon en el chaflán del Pº de Gracia con la Gran Vía.

Se fijó especialmente en la primera, porque vio como un Mosso d'Esquadra bajaba de la misma en marcha, llevando consigo una arma larga o una escopeta.

Posteriormente, a preguntas de su defensa, fue mucho mas concreta y afirmó que se trataba de tres furgonetas y que procedían de la Gran Vía (lado Llobregat). Que la primera de ellas iba mas adelantada y dio dos vueltas a la fuente y que la segunda vuelta la realizó con las otras dos furgonetas detrás suyo.

La primera furgoneta quedó detenida en el chaflán del edificio Generali (lado mar - Llobregat), mientras que la segunda se situó a su derecha (según el sentido de la marcha de los mencionados vehículos). La tercera se quedó separada de las otras dos y mucho mas cercana a la fuente que existe en dicha confluencia de calles.

Que una de las furgonetas de los Mossos d'Esquadra se quedó detenida delante de la fuente es un dato que viene corroborado por la declaración testifical prestada por LLuis Cabot. Dicho testigo manifestó que iba en compañía de Ester Quintana y que,





como su compañera, vio cómo la primera furgoneta policial paró cerca de la esquina y como, antes de que el vehículo detuviera su marcha, ya estaban bajando del mismo varios agentes de la autoridad.

Afirma que llegaron más furgonetas policiales pero que no recuerda dónde quedaron detenidas y que, al ver a los Mossos d'Esquadra, salió corriendo con Ester Quintana en dirección a la calle Caspe, cruzando el Pº de Gracia en diagonal y, de repente, oyó dos detonaciones muy fuertes y muy cercanas, que cree que procedían del mismo lugar y que de forma inmediata notó un fuerte impacto y es precisamente en este momento, justo después de que Ester Quintana recibe el impacto de una pelota de goma, cuando dirigió la vista hacia donde estaban los Mossos d'Esquadra y vio perfectamente a unos veinte metros a un agente de la autoridad con una escopeta o un arma larga que tenía dirigida hacia ellos. Finaliza su relato diciendo que detrás de dicho agente de la autoridad se encontraba la fuente y que entre medio de la fuente y del agente de la autoridad estaba situada una de las furgonetas de los Mossos d'Esquadra.

Dado que en el momento de producirse las detonaciones, así como el impacto, el declarante estaba cruzando el Pº de Gracia en diagonal, resulta patente que debía encontrarse situado en la calzada central de dicha avenida, posiblemente cerca del lateral por el que pretendía acceder a la calle Caspe y, desde dicha situación, si vio una furgoneta policial justo delante de la fuente situada en la confluencia del Pº de Gracia con Gran Vía, es porque necesariamente tenía que ser la misma furgoneta que según Ester Quintana quedó separada de las otras dos y detenida en un lugar muy próximo a la fuente antes mencionada. O lo que es lo mismo, tenemos que concluir que Lluís Cabot también observó cómo, en el momento de ocurrir los hechos objeto de enjuiciamiento, la furgoneta DRAGO 414 se encontraba detenida delante de la fuente tantas veces mencionada.

En tercer lugar, de los informes realizados por la propia policía judicial, se infiere claramente que la furgoneta DRAGO 414 quedó detenida delante de la referida fuente, siendo necesario poner de relieve que no existe en la causa ningún dato objetivo que permita cuestionar dichas conclusiones.

En este sentido, vale la pena recordar que dicha información fue puesta en conocimiento del Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona incluso antes de que el subinspector acusado en la presente causa, en fecha 8 de abril del año 2013, prestara declaración en calidad de imputado. De hecho, si se visiona la grabación de dicha declaración, se constata cómo el Magistrado le dice al imputado que existe un informe policial que coloca a la furgoneta DRAGO 414 delante de las otras furgonetas, y, pese a ello, el Sr. Casas se ratificó en el informe que había redactado y consta unido al folio 194 de la causa, informe en el que expresamente se hace constar que la furgoneta DRAGO 414 quedó detenida detrás de las otras dos y que





sus agentes no llegaron a bajar del vehículo policial.

En realidad, quienes de verdad otorgan una cierta verosimilitud a los informes policiales son los propios agentes de la autoridad que iban en la furgoneta DRAGO 414, los cuales, en el acto del juicio reconocieron haber adelantado a la furgoneta DRAGO 403 y haberse colocado en paralelo a la furgoneta DRAGO 40.

El lugar donde la víctima sitúa a las furgonetas de los Mossos d'Esquadra adquiere, por varias razones, una especial relevancia. En primer lugar, nos permite constatar que ninguno de los Mossos d'Esquadra, que formaban parte de las furgonetas DRAGO 40, DRAGO 403 y DRAGO 414, se situó (según sus declaraciones) en un lugar que fuera compatible con lo declarado por la víctima.

Efectivamente, los dos acusados y prácticamente la totalidad de los agentes de la autoridad que iban en el interior de las furgonetas DRAGO 40 y DRAGO 403 dijeron que detuvieron su marcha en la Gran Vía, a unos veinte o treinta metros de su confluencia con el Pº de Gracia, lo que se compadece mal con la declaración de la víctima, que manifiesta subir corriendo por el lado izquierdo del Pº de Gracia y que, una vez sobrepasado el kiosco situado en la inmediaciones pudo ver claramente como las furgonetas daban la vuelta a la fuente y se detenían justo delante suyo, en el chaflán del Pº de Gracia con la Gran Vía.

Si efectivamente las dos furgonetas mencionadas hubieran detenido su marcha en la Gran Vía, la víctima no podría haberlas visualizado y, desde luego, no podría haber visto como un Mosso d'Esquadra bajaba del vehículo portando una escopeta.

Tampoco los Mossos d'Esquadra que iban en el interior de la furgoneta DRAGO 414 se sitúan en el lugar descrito por la víctima. Efectivamente, basta con examinar los planos que dibujaron durante la instrucción de la causa (expresamente ratificados en el acto del juicio) para constatar que todos ellos se sitúan al lado de la furgoneta DRAGO 40 y niegan haber quedado separados de la misma (ver folio 719, 721, 723, 726, 735 y 737 de la causa). Por lo tanto, también niegan que se quedaran situados delante de la fuente.

Tres reflexiones adicionales en relación a esta cuestión. La primera hace referencia a la escasa credibilidad que nos merece el testimonio prestado por dichos agentes de la autoridad, entre otras razones, porque todos ellos debían ser conscientes que, según evolucionara la investigación dirigida por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona, podrían resultar imputados en la causa penal que dicho Juzgado había incoado como consecuencia de los hechos objeto del presente enjuiciamiento.

La segunda, para indicar que la versión de los hechos dada por la víctima deja sin sentido la polémica, a la que las partes han dado tanto importancia, sobre si la





furgoneta DRAGO 414 había adelantado o no a la furgoneta DRAGO 40. Efectivamente, si las tres furgonetas dieron la vuelta a la fuente y seguidamente dos de ellas se detuvieron en el chaffán del Pº de Gracia con la Gran Vía y la tercera lo hizo delante de la fuente, resulta patente que las tres se situaron prácticamente en paralelo y ninguna de ellas adelantó o sobrepasó a la otra, quedando situadas todas ellas a la misma altura del Pº de Gracia.

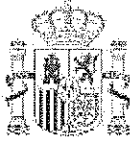
La tercera, para poner de relieve que resulta incomprensible que el Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya dotara de un GPS a cada una de las furgonetas de los Mossos d'Esquadra y que, sin embargo, el mismo resulte inhábil para determinar, con una cierta fiabilidad, el recorrido efectuado por cada uno de dichos vehículos cuando circulan por un entorno urbano (ver informe obrante a los folios 663 y siguientes de la causa), especialmente si tenemos en cuenta que, al parecer, en la misma fecha el Ayuntamiento de Barcelona sí que podía especificar la localización de los vehículos de la Guardia Urbana que circulaban por la ciudad de Barcelona (ver folio 335 de la causa). Nadie parece haberse preocupado por las consecuencias probatorias (tanto para la acusación, como para la defensa) que se han derivado de la decisión que tomó quien fuera el responsable del Departament d'Interior cuando decidió adquirir unos GPS que, finalmente, no podrían cumplir su función primordial, que no era otra que la de determinar la localización, en cada momento concreto, de los vehículos policiales. Y lo que ello ha comportado a los efectos del presente enjuiciamiento, en el que no ha podido determinarse de una forma concluyente e inequívoca el lugar donde se detuvieron cada una de las tres furgonetas que componían la dotación DRAGO 40 cuando llegaron a la confluencia del Pº de Gracia con la Gran Vía de Barcelona.

SEGUNDO.- Análisis de las detonaciones que se produjeron en el momento de ocurrir los hechos.- El tribunal ha examinado varias veces la grabación efectuada por Silvia Balcells, reportera de entidad Graciamon.cat, así como la declaración testifical que prestó hacía las 12,30 horas del pasado día 12 de abril.

Dicha testigo manifestó que se encontraba en las proximidades de la Plaza Catalunya (aunque a preguntas de la Letrada de la Acusación Particular se situó en el mismo Pº de Gracia, en las proximidades de confluencia con la calle Caspe) y que, al oír unas detonaciones, inició una grabación dirigiendo la cámara hacia el lugar de donde procedía el sonido de las detonaciones, es decir, en una zona situada en el Pº de Gracia por debajo de la Gran Vía. Una vez finalizada la grabación, al cabo de unos segundos, oye unos gritos y vuelve a encender la cámara, momento en el que graba la imagen de la Sra. Ester Quintana.

Dicha testigo reitera en varias ocasiones que la zona estaba tranquila, que las personas que se encontraban en el Pº de Gracia no estaban lanzando ningún objeto





contra los Mossos d'Esquadra y que inició la grabación porque previamente había oído unas detonaciones que procedían de la zona del Pº de Gracia con Gran Vía. Asimismo, manifestó que las dos detonaciones que se oyen en la grabación aportada al Juzgado de Instrucción recogían el sonido ambiente y no habían sido manipuladas por nadie, y que pasó muy poco tiempo (segundos) entre esta grabación y la grabación en la que aparece en imagen la Sra. Ester Quintana.

A través del visionado de la grabación tantas veces mencionada hemos podido constatar cómo efectivamente se oyen dos detonaciones consecutivas, en un espacio temporal que en ningún caso supera los dos segundos, y por el momento temporal en el que dicha reportera dice que efectuó la grabación, no nos cabe ninguna duda que las dos detonaciones que se oyen son exactamente las mismas que refiere la víctima cuando afirma que oyó dos detonaciones y que inmediatamente recibió el impacto en el ojo y a las que también se refiere el Sr. Lluís Cabot en unos términos muy similares.

Aparte de que existe una concordancia temporal que permite llegar a la conclusión antes mencionada, es necesario poner de relieve que el espacio temporal que existe entre ambas detonaciones se corresponde totalmente con lo declarado por la Sra. Ester Quintana, que manifestó haber oído dos detonaciones muy seguidas (ver la grabación del acto del juicio correspondiente a las 10,35 horas del día 12 de abril del 2016), hasta el punto que no puede precisar si el impacto fue debido a la primera o a la segunda detonación. También se corresponde con lo que dijo el testigo Sr. Lluís Cabot, el cual manifestó que cuando rememora los hechos siempre recuerda dos sonidos, que las detonaciones eran muy fuertes y el sonido era muy cercano, que le pareció que procedían del mismo lugar y que entre una y otra detonación pudo pasar un segundo o un segundo y medio.

Por todas estas razones, no tenemos ninguna duda de que, en el mismo momento en que la víctima recibió el impacto en el ojo que es objeto del presente procedimiento se produjeron, en un corto espacio de tiempo, que en ningún caso superaría los dos segundos, dos detonaciones consecutivas, detonaciones que cuando se oyen con auriculares se puede apreciar de forma inequívoca que producen un sonido diferente. En realidad, no solo se aprecia un sonido diferente, sino que también se constata una intensidad diferente en el disparo efectuado en una y otra ocasión. Ciertamente, la segunda detonación es mucho más potente e intensa que la primera.

Dicha conclusión nos obliga a no descartar que las dos detonaciones fueran realizadas por dos armas diferentes, lo que desvirtuaría la tesis de las acusaciones que han venido defendiendo que el acusado Sr. Benjumea fue quien disparó dos





pelotas de goma consecutivas y que una de ellas fue la que impactó en la Sra. Ester Quintana.

Pero con independencia de todo ello, la existencia de dos detonaciones también plantea algunas dudas de una especial relevancia, especialmente cuando se constata que el arma utilizada por el acusado Sr. Benjumea, al parecer, se cargaba manualmente y ello habría comportado que no pudiera realizar dos disparos consecutivos en un espacio temporal inferior a los dos segundos.

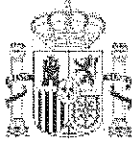
TERCERO.- Examen pericial de la escopeta que llevaba consigo el acusado Llorenç Benjumea.- La escopeta utilizada por el acusado Llorenç Benjumea fue objeto de una pericial realizada por los especialistas del Departamento de Balística y Trazas Instrumentales del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, agentes con tarjeta de identidad E-75703 y B-77578-N, cuyo informe obra a los folios 945 y siguientes de la causa, informe que fue ratificado en el acto del juicio y no ha sido cuestionado o impugnado por ninguna de las partes personadas.

Los peritos, según consta al folio 962 de la causa, hicieron comprobaciones sobre el sistema de alimentación de la escopeta. En primer lugar, procedieron a montar la bocacha lanzamedios en la escopeta reseñada cargando seguidamente siete cartuchos de proyección (las salvas utilizadas por los Mossos d'Esquadra) en su depósito tabular y alimentando un octavo cartucho directamente en la recámara. Efectuaron el primer disparo y accionaron el sistema de corredera lo más rápidamente posible expulsando la vaina vacía, alimentado un nuevo cartucho y disparándolo, pero al tratar de repetir el ciclo, aunque se expulsó la segunda vaina disparada y la recámara del arma quedó abierta, el tercer cartucho no salió del depósito de alimentación por lo que no pudo seguir disparando.

Esta prueba se repitió dos veces más, no logrando en ninguna de ellas que saliera el segundo cartucho del depósito y no pudiendo por tanto efectuar el segundo disparo.

Los mismos peritos, comprobaron cómo la alimentación automática de dicha arma de fuego funcionaba correctamente, toda vez que cuando realizaron la misma prueba con cartuchos semimetálicos del calibre 12/70, cargados con perdigón del 7ª, se comprobó su correcto funcionamiento, razón por la que concluyen de forma categórica que para disparar munición de proyección/salvas (como la utilizada por los Mossos d'Esquadra) el arma debe ser alimentada manualmente a fin de evitar interrupciones.





Ahora bien, si el arma debía cargarse manualmente, resulta que según el mismo informe pericial el tiempo que necesariamente debe transcurrir entre que se efectúa el primer disparo de un salva y el siguiente es de unos cinco segundos, tiempo que supera con mucho el espacio temporal que transcurrió entre las dos detonaciones que fueron grabadas por la reportera de Graciamon.cat.

Además, dicho tiempo espacio temporal supera los quince segundos cuando los disparos no son de salvas sino de pelotas de goma.

A pesar de todo ello, aunque es verdad que las partes acusadoras no han impugnado el resultado de la prueba pericial realizada por los especialistas del Departamento de Balística y Trazas Instrumentales del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, sí que han puesto en cuestión que el arma sobre la que se efectuó la prueba pericial no hubiera sido manipulada con posterioridad a su utilización el día 12 de noviembre del año 2012 y con carácter previo a la realización de la pericia.

En este sentido, la acusación particular ya se opuso durante la instrucción de la causa a la práctica de dicha diligencia de instrucción (ver folios 800 y siguientes de la causa) argumentando que no existía ninguna garantía de que el arma empleada por el acusado Llorenç Benjumea fuera la que iba a ser objeto de la pericia, destacando que al no haber sido intervenida en el momento de ocurrir los hechos y haber estado en poder de los Mossos d'Esquadra durante aproximadamente un año, bien habría podido ser sustituida o alterada. En fin, dicha acusación concluía afirmando que la cadena de custodia era completamente incierta y que, por tanto, la prueba resultaba viciada de origen e ineficaz desde cualquier punto de vista.

Esta última cuestión, como bien dijo la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de fecha 28 de enero del año 2014, corresponde dilucidarla a este Tribunal y para ello debemos valorar las declaraciones testimoniales prestadas en el acto del juicio por el Jefe de la Brigada Móvil Marc Antoni Caparrós i Molino y el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP 3602, así como los documentos obrantes a los folios 806 y siguientes de la causa.

El Sr. Marc Caparrós a preguntas del Ministerio Fiscal manifestó que la escopeta del acusado Llorenç Benjumea no fue utilizada con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos y que la misma fue entregada a la Guardia Civil para la elaboración del informe pericial antes mencionado.

A preguntas de la Letrada de la Acusación Particular manifestó que fue él mismo quien dio la orden en el mes de febrero del año 2013 de proceder a la intervención del arma de fuego utilizada por el Sr. Benjumea y que lo hizo a petición del Grupo de Investigación Interna que estaba investigando los hechos por orden del Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona, el cual consideraba de interés para la





investigación realizar una pericia sobre la misma. Y que el arma quedó intervenida hasta que el Juzgado de Instrucción acordó la práctica de la prueba pericial a realizar por la Guardia Civil.

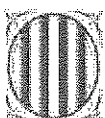
La misma información aportó el testigo Mossos d'Esquadra con TIP 3602, subjefe de la Brigada Móvil, que volvió a reiterar que el arma, una vez asignada a una furgoneta o vehículo policial, seguía atribuida al mismo vehículo en las sucesivas intervenciones y que el arma que llevaba consigo el Sr. Benjumea fue intervenida en el mes de febrero del año 2013 sin que hubiera sido utilizada en la realización de ningún otro dispositivo, ni para otros menesteres.

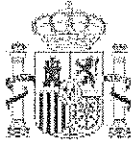
A la vista del contenido de dichas declaraciones y teniendo en cuenta que no se ha practicado prueba alguna de la que pueda inferirse, aunque sea de una forma indiciaria, que en el presente caso no se respetó la cadena de custodia del arma objeto de controversia, tenemos que concluir que no existe motivo alguno para dudar de la veracidad de lo manifestado por dichos testigos.

En este sentido, resulta pertinente recordar la jurisprudencia elaborada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación a la cadena de custodia, en especial la STS nº 773/2013 en la que se afirma lo siguiente: *El problema que plantea la cadena de custodia -hemos dicho en SSTs. 6/2010 de 27.1, 776/2011 de 26.7, 1043/2011 de 14.10, 347/2012 de 25.4, 83/2013 de 13.2, "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la "mismidad" de la prueba, pues al tener que pasar la sustancia intervenida por distintos lugares para que se verifiquen los distintos exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se intervienen hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye.*

Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la corrección jurídica de la cadena de custodia.

Lo hallado debe ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito y con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. El art. 318 LECrim. previene que "los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito". Para el caso de decomiso de drogas y estupefacientes, el art. 3 Ley 17/67, de 8/4, ordena que "las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes" y en sentido la consulta 2/86 de la Fiscalía General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y

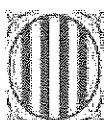


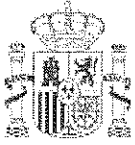


Consumo -vigencia de la norma recordada por STS. 6.7.90-. en cuanto a la relevancia de los protocolos científicos (art. 788 LECrim.) en el momento de la recogida y custodia de la pieza de convicción que haya de analizarse, en la Orden de 8.11.96, norma cuya vigencia se ha extinguido el 20.5.2010, sustituida por la entrada en vigor de la Orden JUS/1291/2010 de 13.5, por la que se aprueban las normas para la preparación y emisión de muestras objeto de análisis se señalan las normas de preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses.

Ahora bien existe la presunción de que lo recabado por el juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación. Por ello en STS. 109/2011 de 22.3, hemos dejado sentadas, desde este momento inicial, dos precisiones de importancia indudable, a saber que la irregularidad de la "cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo nº 770/2014, cuando al analizar la posible nulidad o ilicitud de la prueba en relación con el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo, afirmó que: *No caben nulidades presuntas, ha proclamado en ocasiones la jurisprudencia. Es así: no cabe presumir sin una base mínimamente sólida la ilegalidad de las actuaciones de terceros, o de los agentes intervinientes. El principio in dubio no juega en materia de ilicitudes probatorias. En este campo hay que estar a reglas de valoración probatoria más generales: solo si se considera probable que ha existido una violación de un derecho fundamental procederá marginar la prueba. Pero cuando lo más probable, atendidas todas las pruebas, es que no haya existido esa vulneración, siendo poco factible -aunque no sea descartable con una seguridad absoluta- la hipótesis contraria, se está en condiciones de utilizar ese material probatorio sobre el que se arrojó una infundada sospecha de ilicitud.*





El principio in dubio nació, creció y se consolidó como axioma indiscutible e indiscutido del proceso penal para convertirse en fórmula idónea e irrenunciable para evitar que un inocente sea condenado, en regla última de juicio que cierra el sistema.

La finalidad del in dubio no estriba en impedir que un culpable sea condenado en virtud de pruebas que muy probablemente sean ajustadas a la legalidad, pero de las que no puede afirmarse con una certeza total su licitud. El principio in dubio no obliga en caso de que pueda subsistir alguna lejana duda sobre su licitud a prescindir de una prueba. Si razonadamente se llega a la estimación de que es altamente probable la licitud de la prueba, puede valorarse. Esa es la pauta probatoria que opera con normalidad en ordenamientos en los que la doctrina de la prueba ilícita goza de honda raigambre y tradición. No es exigible en este campo la certeza más allá de cualquier duda razonable que sí rige para poder afirmar la culpabilidad.

El derecho a la presunción de inocencia no supone que han de considerarse ilícitos los medios de prueba sobre los que recaigan sospechas en tanto no se acredite lo contrario. La presunción de inocencia obliga a presumir que una persona es inocente mientras no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad, pero no invita a presumir la ilegitimidad de las pruebas hasta que no se acredite su licitud; o a presumir que los agentes o terceros (en este caso los médicos) han actuado con desprecio de sus normas profesionales, deontológicas e incluso penales (una intervención quirúrgica de ese tipo efectuada contra la voluntad de quien no está privado de libertad invadiría probablemente el territorio del Código Penal).

*Al igual que en relación a eximentes o atenuantes, no cabe invocar la presunción de inocencia en materia de legitimidad de una prueba para declarar tal medio inutilizable (¡!). Con todos los matices -que no son pocos- con que se puede hablar en esos términos en el proceso penal, la carga de la prueba sobre la ilegitimidad de un medio probatorio corresponde a quien la alega. **Las dudas, si no son serias o razonables o probables, habrán de ser resueltas a favor de la utilizabilidad del medio de prueba. Está en juego el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes que no puede ser limitado sin una base probatoria mínimamente seria.***

CUARTO.- *Salvas, pelotas de goma y proyectiles de foam.-* Tanto las partes acusadoras como las defensas aceptan que fue un proyectil policial el que impactó en el ojo de Ester Quintana, provocándole la pérdida del mismo.

Sin duda esta es la circunstancia por la que la víctima ha sido indemnizada con anterioridad al inicio del acto del juicio por los daños y perjuicios causados por dicha acción policial. De hecho, es público y notorio que los responsables máximos del





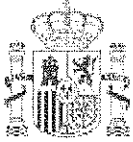
Departament d'Interior también han reconocido que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueron debidas a un proyectil policial, hasta el punto que el mismo día en que se dio inicio al acto del juicio, en un acto público de una especial solemnidad, como lo es El día de las Escuadras de los Mossos d'Esquadra, el Comisario Jefe de dicho cuerpo policial reconociera expresamente dicha circunstancia y se lamentara de no poder haber aportado a la investigación mayores datos sobre la identidad de la persona que disparó dicho proyectil.

Este reconocimiento público contrasta, por no decir que se contradice, con la tesis defendida inicialmente por los máximos responsables del Departament d'Interior, que afirmaron de forma contundente que en el momento y lugar donde se produjeron los hechos no se había lanzado ningún proyectil policial (ni pelota de goma ni proyectil de foam), siendo fácil inferir que dicha toma de postura --volvemos a reiterar que adoptada por los máximos responsables políticos y policiales del Departament d'Interior-- condicionó desde un primer momento, perjudicándola, la investigación de los hechos iniciada por los Mossos d'Esquadra.

Solo desde esta perspectiva se entiende el contenido del informe elaborado por la Comissaria General de Recursos Operatius, fechado de forma genérica en el mes de noviembre del año 2012 y unido a los folios 359 y siguientes de la causa, en el que, al realizar una hipótesis posible explicativa de las lesiones sufridas por Ester Quintana, se afirma literalmente lo siguiente: *"considerant que de les 20,37 a les 20,39 hores s'estaven efectuant càrregues policials sobre els esvalotadors que feien barricades i cremaven contenidors a la zona de Plaça Urquinaona i carrer Casp amb Pau Claris, i que la dispersió d'aquests es va fer pel carrer de Casp en sentit Passeig de Gràcia, és molt possible que els grups que arribaven a la posició de les dotacions policials de la Gran Via amb Passeig de Gràcia estaven integrats per aquests esvalotadors i que, en veure les dotacions de la Brigada Mòbil, va mantenir la seva actitud de desordres públics, amb els llançaments d'objectes contundents. D'aquestes dades es desprèn que possiblement la senyora Ester Quintana es va situar, entre les 20,50 i les 20,52 hores, en la línia de tir dels esvalotadors que, provinents de la zona de Plaça de Catalunya i del carrer Casp, van llançar objectes contundents sobre les dotacions policials situades a la Gran Via, i que un d'aquests objectes li va impactar a la seva cara. Es descarta totalment que l'origen de les lesions siguin atribuïbles a un projectil policial, ja sigui una pilota de cautxú o un projectil de llançadora de 40 m, atès que no se'n va disparar cap"*.

Posiblemente, si la investigación de los hechos se hubiera iniciado dando por buena (aunque fuera de una forma provisional) la versión que de los mismos daba la víctima, la misma hubiera podido dar unos resultados mas fructíferos y se habría





obtenido una mayor información sobre lo realmente acontecido.

En todo caso, al valorar el resultado de la pruebas periciales practicadas en el acto del juicio hemos llegado a la conclusión que no es posible descartar totalmente la posibilidad de que fuera un proyectil de 40 mm o foam lo que impactara en el rostro de Ester Quintana y le produjera las graves lesiones que sufrió en el ojo izquierdo.

Es verdad que la mayoría de los peritos que prestaron declaración durante el acto del juicio se inclinaron por afirmar que la tesis mas probable era que las lesiones sufridas por la víctima fueran debidas al impacto de una pelota de goma, pero lo cierto es que no llegaron a descartar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, un proyectil de foam pudiera causar el mismo tipo de lesiones.

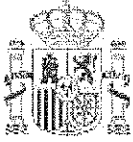
Efectivamente, los Médicos Forenses afirmaron que la gravedad y magnitud de las lesiones sufridas por Ester Quintana implica la existencia de un objeto altamente contundente, lanzado a una gran velocidad, que por sus características físicas se ha adaptado totalmente a la forma de la órbita, produciendo un impacto brutal que originó el estallido del globo ocular. Asimismo manifestaron (ratificando el contenido del informe pericial obrante a los folios 324 y siguiente de la causa) que las lesiones oculares producidas por balas de goma que se describen en la literatura científica se corresponden a las que presenta Ester Quintana y son compatibles con el relato que la víctima hizo de cómo se produjeron los hechos.

Ahora bien, ninguno de los peritos que prestaron declaración en el acto del juicio desvirtuó la afirmación que realizó el doctor González Candial cuando manifestó que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueron debidas a un traumatismo con un instrumento romo que se ajustó al volumen que cubre la zona del traumatismo, lo que significa que dicho objeto tenía que ser mayor a tres centímetros y medio y menor de seis centímetros de diámetro.

El mismo doctor, cuando fue preguntado por el Ministerio Fiscal sobre si la causa mas probable de la lesión sufrida por Ester Quintana es un impacto debido a una pelota de goma, contestó que no exactamente, que cualquier objeto que fuera romo, con las dimensiones antes mencionadas y con la fuerza adecuada podía provocar ese tipo de lesiones. Que una pelota de goma reúne dichas condiciones, pero también podría haberlo producido otro tipo de pelotas, un codazo, un puñetazo, etc. y finalizó afirmando que la causa mas probable dependía del contexto en el que se hubiera producido la lesión.

La doctora Estrella Fernández también afirmó que las lesiones sufridas por la víctima probablemente habían sido causadas por una pelota de goma, pero lo cierto es que finalizó su declaración (minuto 12,33 del día 25 de abril) remitiéndose a lo





dicho por el doctor González Candial, diciendo que el origen de la lesión tenía que ser un objeto romo y de alta energía. Seguidamente considera que sería necesario analizar si en las circunstancias en las que se produjo el traumatismo existía un objetivo de estas características, tipo pelota de goma u otro tipo de proyectil que pudiera impactar en el ojo y en reborde orbitario de la paciente y ocasionar las lesiones que produjo. Si el diámetro del proyectil es superior al diámetro óseo de la órbita es prácticamente imposible que se produzca el estallido del globo ocular, toda vez que el proyectil rebotará en el marco óseo.

El doctor Pérez Madero (minuto 12,34 del día 25 de abril) dijo que lo más probable era que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueran causadas por una pelota de goma de unos cincuenta milímetros de diámetro. Que la órbita ocular tiene normalmente unos cuarenta milímetros de ancho por treinta y cinco milímetros de alto y que el proyectil debía tener un tamaño superior al diámetro de la órbita. Asimismo, manifestó que la pelota de caucho tiene cincuenta y cuatro milímetros de diámetro y un peso de unos ochenta gramos, mientras que el proyectil de foam tiene unos cuarenta milímetros de diámetro y un peso menor, incluso una consistencia más blanda, razón por la que, a una misma velocidad, tiene muchísima más energía la pelota de caucho que el proyectil de foam y volvió a reiterar que creía que el diámetro del proyectil tenía que ser de unos cinco centímetros, y que uno más pequeño era difícil o improbable (aunque nada es absoluto) que causara una lesión por estallido del globo ocular (minuto 12,38 del mismo día).

Los doctores que realizaron la pericial biomecánica también se inclinaron por afirmar que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueron debidas al impacto de una pelota de goma, pero de nuevo, no pudieron excluir que pudieran haberse causado por un proyectil de foam.

Efectivamente, los peritos analizaron las diferencias existentes entre una pelota de goma y un proyectil de foam y dijeron que era un 40% más pesada la pelota de goma que el proyectil SIR, que en cuanto a la velocidad es hasta un 60% más alta la de la pelota de goma que la del proyectil de foam, y que todo ello implicaba que desde la misma distancia la pelota de goma tenía una lesividad tres como cinco veces mayor que un proyectil SIR, aunque lo cierto es que también manifestaron que no podían determinar a qué distancia se había lanzado el proyectil que había impactado a Ester Quintana, para concluir (minuto 13,32 del día 25 de abril) realizando una afirmación altamente sugestiva, al decir que "las posibilidades son dos, pero la probabilidad de que sea una pelota de goma es mucho mayor que la de un proyectil SIR".

En base a todo lo expuesto, podemos afirmar que lo más probable es que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueron consecuencia de un impacto recibido en





el ojo por una pelota de goma, pero lo cierto es que no podemos excluir que también pudiera ser debido al impacto de un proyectil de foam. Ahora bien, teniendo en cuenta que a los efectos de dictar una posible sentencia condenatoria a nosotros nos corresponde realizar un juicio de certeza y no de probabilidad, tenemos que concluir que no ha quedado acreditado que las lesiones fueran causadas, necesariamente, por una pelota de goma.

QUINTO.- Calificación jurídica de los hechos.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia y la acusación particular de un delito doloso de lesiones.

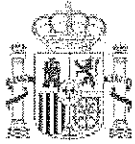
Nosotros consideramos que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito doloso de lesiones previsto y penado en el art. 149 del Código Penal, en el que se tipifica la conducta de quien causara a otro por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido.

Tanto si el proyectil que impactó en el ojo de la Sra. Ester Quintana fue una pelota de goma, como si fue un proyectil de foam de 40 mm, lo cierto es que el disparo del mismo se realizó en una condiciones en las que el agente de la autoridad que lo realizó necesariamente tenía que representarse que con su acción podía causar unas lesiones como las que definitivamente sufrió la víctima.

De la declaración prestada por todos los testigos presenciales de los hechos (salvo los agentes de la autoridad de las furgonetas DRAGO 40, DRAGO 403 y DRAGO 414), como la víctima y sus acompañantes o los reporteros que estaban dando cobertura a la información sobre el desarrollo de la huelga general convocada para el día 14 de noviembre del año 2012, así como de la grabación efectuada por las cámaras de seguridad del Banco de Santander, cabe inferir que en el momento en el que se produjeron las detonaciones policiales no existía, en el lugar de los hechos, ningún altercado especialmente relevante y la situación era lo suficientemente tranquila como para que no estuviera justificado el disparo de ningún proyectil de foam o pelota de goma.

De hecho, el mismo acusado Eduardo Casas Pascual, subinspector de los Mossos d'Esquadra que tenía a sus ordenes la unidad móvil DRAGO 40, dijo que los manifestantes situados en el Pº de Gracia se estaban dispersando y que no existía ninguna razón para ordenar el disparo de un proyectil de foam y, consecuentemente, tampoco de una pelota de goma, toda vez que su lanzamiento no había sido autorizado por los mandos superiores.





En el caso de que el impacto recibido por la Sra. Quintana hubiera procedido de un proyectil de foam, resulta patente que el disparo se habría efectuado dirigiendo el arma directamente a la altura del rostro de la víctima. Todos los peritos que prestaron declaración en el acto del juicio y que fueron preguntados sobre las características de los proyectiles de foam dijeron que estos, al contrario de lo que ocurre con las balas de goma, no rebotan, de lo que se colige que el disparo fue dirigido directamente contra la víctima o, cuando menos, a la altura del rostro de los manifestantes y a una distancia (entre veinte y treinta metros) que necesariamente podía producir el efecto lesivo que finalmente sufrió Ester Quintana. En este sentido, resulta de interés recordar que al folio 586 de la causa consta un informe emitido por el Inspector 1426, Jefe del Área de Investigación Interna de la División de Asuntos Internos de los Mossos d'Esquadra, en el que se afirma que el lanzamiento de dichos proyectiles en ningún caso pueden ir dirigidos a las partes superiores del cuerpo (cabeza o cuello).

En el caso de que el impacto recibido por la víctima tuviera su origen en una pelota de goma, resulta patente que tampoco se habrían cumplido las medidas de seguridad que los propios protocolos de los Mossos d'Esquadra establecían para poder disparar un proyectil de dichas características. Así, en el mismo informe antes mencionado, se afirma claramente que el lanzamiento de pelotas de caucho debe realizarse a una distancia mínima de **cincuenta metros**, desde la cual debe apuntarse en dirección al suelo, a unos metros delante del grupo a disolver.

En efecto es necesario subrayar que el elemento subjetivo del delito de lesiones o intención específica de lesionar a una persona tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de lesionar a una persona, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca las lesiones del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido.

Así pues, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica,





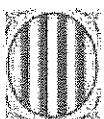
empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

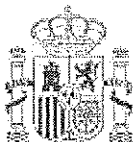
Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la integridad física, pues, en efecto, para poder imputar un tipo de lesiones a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado lesivo y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado.

Por tanto, en el dolo eventual la intención de lesionar no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar, por lo que, aunque no persiga directamente la causación del resultado, debe comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca.

En suma, los agentes de los Mossos d'Esquadra que portaban en el momento de los hechos las escopetas o las lanzadoras sabían que estaban incumpliendo los protocolos establecidos para la utilización de dichas armas y no podían desconocer que las instrucciones establecidas en dichos protocolos precisamente tienen por objeto evitar sucesos tal lamentables como el presente, que ha provocado en Ester Quintana unas lesiones y secuelas que sin duda le van a seguir afectando de forma permanente a lo largo de toda su vida, impidiéndole o dificultándole la realización de múltiples actividades a las que los demás tenemos un fácil acceso.





SEXTO. Personas criminalmente responsables.- Responsabilidad atribuida a Llorenç Benjumea.- El Ministerio Fiscal, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas, dirigió su acusación contra Llorenç Benjumea por entender que en el momento de los hechos disparó dos pelotas de goma consecutivas dirigidas hacia el lugar donde se encontraba la víctima Ester Quintana, siendo una de ellas la que impactó en el rostro de la víctima.

En el mismo sentido, se pronunció la Acusación Particular, aunque en sus conclusiones definitivas no se dice expresamente que el acusado disparara dos pelotas de goma consecutivas. En todo caso, también consideró que Llorenç Benjumea había disparado alguna pelota de goma que había impactado en el rostro de Ester Quintana.

La tesis sostenida por las partes acusadoras solo podría mantenerse si declaráramos probado que las dos detonaciones, cuyo sonido aparece grabado por la reportera Silvia Balcells, corresponden a la misma arma, más concretamente a la escopeta que llevaba consigo el acusado Llorenç Benjumea, pero lo cierto es que dicha conclusión resulta incompatible con la valoración de la prueba que hemos realizado (especialmente) en el tercer fundamento jurídico de la presente resolución.

Efectivamente, ya hemos explicado por qué no tenemos ninguna razón de peso para dudar de la cadena de custodia de la escopeta objeto de controversia y, por tanto, no podemos dejar de tener en cuenta el resultado de la pericial practicada por los especialistas del Departamento de Balística y Trazas Instrumentales del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, de la que se desprende claramente que, cuando menos una de las dos detonaciones tantas veces mencionadas no podía corresponder a la escopeta utilizada por el acusado, toda vez que esta no podía efectuar dos disparos en un espacio temporal inferior a los dos segundos.

De hecho, ya hemos expuesto en el segundo fundamento jurídico que existen buenas razones para pensar que la escopeta que visualizó el Sr. Lluís Cabot, justo después de que Ester Quintana resultara lesionada, podía corresponder a la furgoneta DRAGO 414, toda vez que dicho testigo sitúa al agente de la autoridad que lleva el arma justo delante de una furgoneta que se encuentra colocada delante de la fuente sita en la confluencia del Pº de Gracia con la Gran Vía.

En todo caso, atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, nos resulta imposible determinar si el proyectil que impactó en Ester Quintana era una pelota de goma o un proyectil de 40 mm foam y, sobre todo, aceptando que una de las detonaciones corresponde al arma del acusado Llorenç Benjumea, resulta imposible determinar quien efectuó el otro disparo que aparece reflejado en la grabación





efectuado por la reportera de Graciamon y tampoco podemos hacer ninguna afirmación concluyente sobre cual de los dos disparos o detonaciones fue la que ocasionó las lesiones a la víctima.

SEPTIMO. *Responsabilidad atribuida a Eduardo Casas Pascual.*- Las partes acusadoras también solicitan la condena del subinspector Eduardo Casas Pascual por entender que consta suficientemente acreditado a través de la prueba practicada durante el acto del juicio que dio orden expresa al acusado Llorenç Benjumea Blanco de disparar sendas pelotas de goma.

Sin embargo, lo cierto es que no se ha practicado ninguna prueba que acredite dicha circunstancia. Aparte de que, como ya hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior, no ha quedado acreditado que las lesiones sufridas por Ester Quintana fueran consecuencia del disparo de una pelota de goma realizado por Llorenç Benjumea Blanco, tampoco existe ninguna constancia en autos de la que poder inferir que el acusado dio la orden de disparar pelotas de goma.

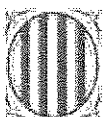
Es verdad que Eduardo Casas Pascual siempre ha dicho que al bajar de la furgoneta dio orden a Llorenç Benjumea de que disparara salvas, pero de este simple dato no puede deducirse, sin mas, que el acusado en realidad no dio orden de disparar salvas, sino de disparar pelotas de goma.

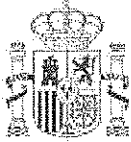
Por otra parte, la acusación particular también dirigió la acusación contra Eduardo Casas Pascual por entender que, aunque no hubiera dado orden de disparar pelotas de goma o proyectiles de foam, sigue siendo responsable de las lesiones sufridas por Ester Quintana debido a su cargo y a la función que ejercía, razón por la que tenía la obligación de evitar que cualquiera de los agentes a su mando cometiera una extralimitación tan grave como peligrosa. Es decir, que también le acusó de un delito de lesiones de comisión por omisión.

El artículo 11 del Código Penal establece que los delitos 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.

La jurisprudencia, de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto, ha admitido la





participación omisiva en los delitos de resultado respecto de aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

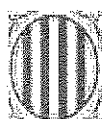
En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 379/2011 ya dijo que *al tipo del delito de comisión por omisión pertenece en primer lugar la llamada situación típica, que estará constituida por el peligro para el bien jurídico protegido. En segundo lugar se precisa la no realización de la acción de impedir el resultado. Es necesario, en tercer lugar, que el sujeto tuviera posibilidad de realizar la acción y por último, se precisa como en el tipo de acción, la producción del resultado del delito (STS nº 37/2006 de 25 de enero).*

Que resulta necesario que el sujeto activo tenga conocimiento del hecho delictivo y capacidad para realizar una acción que permita impedir la comisión del mismo, es un requisito indispensable para poder atribuir a una persona la comisión de un delito por comisión por omisión. Así se desprende del art. 11 del Código Penal y del art. 176 del mismo cuerpo legal (referido al delito de torturas y contra la integridad moral), que, equiparando ex lege la omisión a la acción, decide imponer las mismas penas establecidas para los delitos antes mencionados *“a la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, **permitiere** que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”*.

Al interpretar dicho precepto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (ver especialmente la STS nº 917/2015) ha considerado que serían menos las omisiones sancionables si se dejase jugar a los genéricos preceptos de la participación y la fórmula general de la comisión por omisión y concluye afirmando que el art. 176 del Código Penal recoge conductas omisivas que no quedarían abarcadas por los dos artículos que le preceden ni siquiera en combinación con los arts. 11 y 28 y siguientes del Código Penal.

Ahora bien, incluso en la aplicación de dicho precepto considera que para **permitir** el hecho al que se refiere el dicho precepto es necesario que el sujeto activo sea consciente de que se está desarrollando una conducta objetable en el art. 174 del CP y, teniendo en cuenta la cualidad pública a la que se refiere el art. 176 del CP, no hacer nada deliberadamente por impedirlo, aunque internamente pueda incluso reprobársela.

De todo ello, se colige que para aplicar la modalidad delictiva de la comisión por omisión no es suficiente con que el sujeto activo ostente una posición de garante, sino que es necesario e imprescindible que tenga noticia del hecho delictivo y que,





estando en condiciones de evitarlo o impedirlo, omita toda conducta tendente a la obstaculización del hecho delictivo.

En este caso, la acusación particular mantiene la petición de condena del subinspector a cuyo mando estaban las tres furgonetas que en el momento de ocurrir de los hechos se detuvieron en la confluencia del Pº de Gracia con la Gran Vía, exclusivamente en la situación jerárquica que ostentaba y a la que acabamos de hacer referencia, pero no analiza en ningún momento si concurrieron el resto de circunstancias necesarias para poder responsabilizarlo por comisión por omisión del delito de lesiones al que no hemos referido en el fundamento jurídico anterior.

Lo cierto es que a través de la prueba practicada en el acto del juicio no ha quedado acreditado que el acusado Eduardo Casas Pascual tuviera conocimiento o fuera consciente de que alguno de los agentes a su mando iba a disparar alguna pelota de goma o proyectil foam, y, por tanto, que estuviera en condiciones de evitar la realización de dicha conducta. Por el contrario, con todas las reservas que nos merecen las declaraciones prestadas por los agentes de los Mossos d'Esquadra que componían dicha dotación policial, parece claro que cuando el acusado bajó de la furgoneta se colocó delante de todos sus subordinados, por lo que difícilmente pudo apreciar si alguno de ellos se disponía a realizar un disparo de las características antes mencionadas.

En conclusión, no ha quedado acreditado que concurren las circunstancias exigidas por el art. 11 del Código Penal para poder atribuir a Eduardo Casas Pascual la comisión de un delito de lesiones dolosas por comisión por omisión.

OCTAVO. Costas Procesales.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes del Código Penal, es procedente declarar de oficio las costas procesales.

Vistos los artículos citados y los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos absolver y absolvemos a Llorenç Benjumea Blanco y Eduardo Casas Pascual, declarando las costas de oficio.





Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada, el mismo día de su fecha, por el magistrado ponente en audiencia pública. Doy fe.

