



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION
NUMERO TRES
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID**

DILIGENCIAS PREVIAS: 366/03

AUTO

En Madrid, a dos de febrero de dos mil doce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa D.P. 366/03 fue incoada como consecuencia de la querrela interpuesta por el PROCURADOR D. CARLOS RIOPEREZ LOSADA en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE FAMILIAS AFECTADAS POR LA CATÁSTROFE DEL ACCIDENTE AÉREO YAK-42, D^a Ángeles Cubas Cerdan y otros, por un delito de imprudencia con resultado de muerte imputable a los responsables del Ministerio de Defensa en la fecha en que produjo el accidente, con entrada en este Juzgado en fecha 31 de Octubre de 2003. Incoándose por Auto de fecha 04 de Noviembre de 2003, para la averiguación de los hechos ocurridos como consecuencia del accidente aéreo del avión de la Compañía aérea Ucraniana UNITED MEDITERRANEAN AIRLINES, YAKOLEV 42 D 42352 que tuvo lugar en Maçza, en las cercanías del aeropuerto turco de Trabzón, en la madrugada del día 26 de Mayo 2003, en el que fallecieron además de la tripulación integrada por 12 ciudadanos ucranianos, 62 militares españoles que regresaban a España tras realizar una misión humanitaria en Kabul, Afganistán, cuando sobrevolaban el espacio aéreo de Turquía.

SEGUNDO.- En la presente causa se han practicado el conjunto de diligencias de instrucción que se han entendido necesarias.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TERCERO.- Mediante proveído de fecha 08.11.2011 se confirió traslado al conjunto de partes procesales al objeto de que informaran si entendían concluida la fase de instrucción, independientemente de la cumplimentación de comisiones rogatorias internacionales pendientes, y en su caso procedimiento a seguir.

CUARTO.- La representación procesal de la Asociación de Familias Afectadas por la Catástrofe del Accidente Aéreo del Yak 42 y otros, mediante escrito con fecha de entrada 21 de noviembre de 2011, entendió como la instrucción debía entenderse concluida, entendiendo que los indicios racionales de criminalidad se verificaban en las personas de Antonio Moreno Barbera (JEMAD), Juan Luis Ibarreña Manella (JEMACON), Alfonso Elías Lorenzo tabeada, Joaquín Yañez González y José Antonio Martínez Sáez de Rozas, como miembros del Grupo de Control del Contrato, y Abraham Ruiz López, representante de España en Namsa.

La representación procesal de María Menéndez Cañedo y otros, mediante escrito con fecha de entrada 29 de noviembre de 2011, informó en los términos obrantes a la acusación previamente citada.

El M.F., mediante informe con fecha de entrada 16 de enero de 2012, ha considerado igualmente concluida la fase de instrucción, entendiendo que procedía continuar de conformidad al art. 780 y ss. LECrim., dado el comportamiento imprudente que se concluía de las diligencias de instrucción.

La representación procesal del conjunto de imputados ha interesado el sobreseimiento de la causa.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Tal y como exponíamos en nuestro auto de fecha 1 de junio de 2007, acordando el sobreseimiento libre de la presente causa, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los hechos objeto de imputación conviene desarrollar concretas reflexiones relativas al delito en que subyace la imprudencia y donde se desarrolla su materialización en términos de omisión impropia (comisión por omisión), sin perjuicio de su incardinación dentro de la institución de quien ocupa la posición de “garante”.

De acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

haber producido el resultado –la omisión nunca es causal por definición– no ha evitado su producción, son los siguientes:

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 art. 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría – con la autoría material y con la cooperación necesaria– como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.

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.

En lo relativo a la tipificación penal de las conductas imprudentes, es preciso recordar que, con el Código Penal de 1995, se ha pasado del sistema abierto que contenía el Código Penal de 1973 (crimen culpae) a un sistema de numerus clausus (crimina culposa), de modo que como recensa el Tribunal Supremo “...es cierto que el sistema del “crimen culpae”, que mantenía el Código Penal derogado, considera que el delito imprudente es único y que el resultado solo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal; así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el “resultado” que será tratado de forma unitaria, a los efectos de la penalidad. En este sistema los supuestos imprudentes son “numerus apertus”.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Por el contrario, el sistema de los “crimina culposa”, que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas imprudencias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de “*numerus clausus*”. El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

De manera que el Código acoge un sistema de “*numerus clausus*”, por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o “*numerus apertus*”. Entre las diferencias entre un sistema y otro presenta especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples. Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del “*crimen culpae*” se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización. Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código Penal, como tiene reconocido esta Sala -cfr. Sentencia 1550/2000, de 10 de octubre -....” (STS (Sala 2ª) de 11 de junio de 2001. Pont. Granados Pérez.

El legislador no ofrece una definición de lo que ha de entenderse por imprudencia, limitándose a enumerar sus distintas clases, pero sin determinar que se entiende por tal. Doctrinalmente ha venido siendo definida como aquella conducta humana (acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa) que, por falta de previsión o por inobservancia de un deber de cuidado, produce un resultado dañoso para un bien jurídico protegido por la norma.

La culpa integradora de la imprudencia punible, como tiene expresado con reiteración el Tribunal Supremo (SSTS (Sala 2ª) de 1 de julio de 1992, 31 de marzo de 1993, 10 de septiembre de 1997, 2 de octubre de 1998 y 25 de enero de 2000, entre otras), constituye el mínimo substrato psíquico o subjetivo en el que debe asentarse la punibilidad de una conducta típica, de acuerdo con los artículos 5 y 10 del Código Penal, y por ello ha de ser, como cualquiera de los restantes elementos integradores del delito, debidamente probada, no bastando las simples



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

sospechas, presunciones o conjeturas para fundamentar un pronunciamiento condenatorio, lo que a su vez supone la cumplida demostración de aquellos componentes tácticos que integran el actuar imprudente, ya se contemple éste bajo la perspectiva tradicional de la previsibilidad y evitabilidad del resultado, desde la más moderna de la infracción por el sujeto de un deber de cuidado -sea éste determinable con criterios de generalidad o individualidad-, o conforme a principios marcadamente objetivadores de imputación causal fundamentada en la creación ex ante de un riesgo relevante y adecuado al resultado efectivamente producido, de manera que cualquier que sea la posición dogmática del juzgador o del intérprete sobre la construcción de los elementos que configuran el injusto típico de la infracción culpable, los hechos que definen la conducta imprudente han de estar claramente probados por la acusación y con el mismo rigor exigible que en la imputación de un delito doloso.

Una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que “la imprudencia” exige: a) un acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta; y, d) la creación de un riesgo previsible y evitable (SSTS (Sala 2ª) 19 de abril de 1926, 7 de enero de 1935, 28 de junio de 1957, 19 de junio de 1972 y 15 de marzo de 1976 y de 4 de febrero de 1999, entre otras muchas). La imprudencia viene integrada por un “elemento psicológico” (que consiste en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso) y un “elemento normativo” (representado por la infracción del deber de cuidado) (SSTS (Sala 2ª) de 5 de marzo de 1974 y de 4 de febrero de 1976). La relación de causalidad a que se ha hecho mención ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias (SSTS (Sala 2ª) de 17 de febrero de 1969, 10 de febrero de 1972 y 19 de diciembre de 1975, entre otras muchas). Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante o acto inicial conculcador del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro o potencial entrevisto o que debió preverse, en una consecuencia real.

Se precisa relevancia jurídico penal de la relación causal o acción típicamente antijurídica, no bastando la mera relación causal, sino que se precisa, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad, que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa, o, al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se encontrará orientada a impedir el resultado (SSTS (Sala 2ª) de 28 de noviembre de 1989, 12 de marzo de 1990, 12 de julio de 1990, 29 de febrero de 1992, entre otras). El deber de cuidado, que está en la base de toda imprudencia, puede provenir de un precepto jurídico o de la norma de la común experiencia general, admitida en el desenvolvimiento ordinario de la vida (SSTS (Sala 2ª) de 21 de enero y 15 de marzo de 1976, y otras).



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En resumen, los elementos necesarios para verificar la presencia de un delito imprudente -o, en su caso, de una falta imprudente-, pueden resumirse del siguiente modo:

A) Infracción del deber de cuidado. El deber objetivo de cuidado (o lo que en cada caso concreto, atendidos los múltiples matices o variables, representa la norma objetiva de cuidado presuntamente infringida por la actuación del sujeto o sujetos activos del delito) constituye sin duda el rasgo definidor del concepto de imprudencia que mayor discusión ha suscitado en la doctrina científica y jurisprudencial. En general, puede observarse que en los distintos ámbitos o esferas de actividad humana, especialmente en aquellas en que existe un riesgo latente para bienes jurídicos esenciales como la vida o integridad corporal de las personas, surgen normas o reglas generales de carácter técnico o científico que expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad de que una acción de esa índole lesione un bien jurídico.

Esas normas o pautas de comportamiento habitualmente se plasman en leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos, costumbres o códigos deontológicos que marcan el correcto desempeño de una actividad profesional. Estas reglas alcanzan un carácter general meramente indicativo u orientador; ahora bien, el deber objetivo de cuidado ha de determinarse con referencia a cada situación concreta de acuerdo con los diferentes factores e intereses en juego. De este modo puede afirmarse que la inobservancia de la norma de cuidado considerada en abstracto no conlleva por se la realización de una conducta típica imprudente, sino que será precisa la concreción del deber objetivo de cuidado específico mediante una labor de individualización judicial.

De modo que, para estimar la presencia de la infracción del deber de cuidado, debe valorarse, fundamentalmente, si en el caso concreto, la ausencia de medidas de precaución ha determinado que el riesgo permitido entrara en una fase no permitida; o, como afirma el Tribunal Supremo, una infracción del deber de cuidado implica necesariamente un comportamiento que va más allá de los límites del riesgo permitido (vid STS (Sala 2ª) de 23 de abril de 1992); y, en todo caso, es preciso hacerlo formulando un juicio *ex ante* sobre cuál representaría en abstracto la conducta debida exigible a cada uno de los intervinientes en el concreto suceso de que se trate.

B) Existencia de un resultado lesivo. Partiendo de que las conductas imprudentes solo se castigan cuando se han ocasionado un resultado lesivo al bien jurídico protegido, de modo que al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado, y que tampoco alcanza para su sanción con que a la inobservancia del deber objetivo de cuidado que integra el tipo imprudente le siga la producción de un resultado dañoso, si entre ambos no media una relación de causalidad (SSTS (Sala 2ª) de 14 de febrero de 1991, 13 de febrero de 1997 y 25 de mayo de 1999, entre



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

otras), al margen de la prueba sobre el elemento subjetivo o culpabilístico de la imprudencia punible, siempre problemática, uno de sus presupuestos esenciales para su apreciación -en cualquiera de los grados o modalidades que pueda revestir dicha infracción penal-, y quizá el primero para establecer la imputación objetiva del resultado, es que se acredite la existencia de una relación o nexo causal preciso y directo entre la acción u omisión del sujeto y el evento dañoso producido, sin que sea suficiente constatar esta relación dinámica en el plano material, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para que dicho resultado pueda serle atribuido jurídico-penalmente al sujeto es necesario, además, que la conducta examinada sea adecuada y relevante para producir la consecuencia lesiva, la cual, a su vez, ha de aparecer como efecto racional y objetivamente previsible de tal conducta.

Pero también es preciso, con arreglo a otros criterios delimitadores de la causalidad jurídica, que se produzca la creación o el incremento por el sujeto de un riesgo no permitido que obtiene realización efectiva en ese resultado, de manera que éste es consecuencia directa de ese riesgo y no de otras conductas ajenas al actuar peligroso, perteneciendo estos elementos a la imputación objetiva, más que al campo de la categoría normativa anterior y distinta de la imputación subjetiva o culpabilidad (SSTS (Sala 2ª) de 20 de mayo de 1981, 5 de abril de 1983, 27 de abril de 1984, 9 de febrero de 1990, 21 de diciembre de 1993, 28 de octubre de 1996 y 17 de septiembre de 1999, entre otras). Por lo tanto, no basta con comprobar la realidad de un resultado dañoso, ni de una conducta negligente o descuidada en abstracto, tanto en la valoración subjetiva como normativa de la misma, a través de la simple vulneración de algún concreto deber objetivo de cuidado plasmado en los preceptos legales o reglamentarios que rigen la actividad desarrollada por el sujeto, si entre uno y otro elemento de la infracción imprudente no es posible establecer una relación de causalidad eficiente y adecuada, que ha de probarse de modo cierto o indubitado, y no en base a meras conjeturas.

C) Imputación objetiva del resultado a la infracción del deber de cuidado. Con arreglo a los criterios más relevantes de imputación objetiva doctrinalmente aceptados, la imputación jurídico penal del resultado típico a una conducta requiere, además de la constatación de una causalidad natural, en el plano normativo un especial nexo de antijuridicidad vinculado a una relación de riesgo entre acción y resultado, de manera que, por un lado, la conducta haya creado un riesgo no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado, y este riesgo implícito en la acción imprudente se haya realizado en el resultado, el cual debe constituir la concreción o materialización directa de dicho peligro contenido en la conducta, y, de otro, que el resultado se produzca dentro del ámbito o fin de protección de la norma infringida, la cual ha de orientarse precisamente a impedir esta consecuencia dañosa.

De acuerdo con el primer criterio señalado, el resultado producido solo puede ser imputado al sujeto en la medida en que no hayan concurrido,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

con el riesgo creado por él, otros riesgos que permitan explicar la causación de aquél, lo cual exige precisar cuál es el riesgo que se concreta exactamente en el resultado cuando el bien jurídico se encuentra sometido ya a una situación de riesgo preexistente (SSTS (Sala 2^a) de 29 de mayo y 17 de septiembre de 1999, entre las más recientes). También se estima la irrelevancia causal de la conducta imprudente en aquellos casos en que el resultado se habría producido igualmente aunque el autor hubiese actuado con la diligencia exigible (SSTS (Sala 2) de 12 de junio de 1989, 29 de octubre de 1992, 26 de junio de 1995, 20 de enero de 1997 y 11 de marzo de 1998, entre otras), considerando que el resultado solo puede imputarse objetivamente al sujeto si se demuestra de forma inequívoca que su comportamiento indebido supuso un agravamiento notable del riesgo ya existente, más allá de los límites de lo socialmente admitido, aumentando sensiblemente las posibilidades de producir el resultado lesivo.

Por lo tanto, se trata de valorar si la conducta del acusado supuso un claro y notable agravamiento del riesgo ya existente, debiendo realizarse tal valoración, en términos *ex ante*, es decir, situándonos en el momento en que los hechos sucedieron.

D) Previsibilidad o cognoscibilidad del resultado. A diferencia del dolo que supone un conocimiento actual del riesgo de producción de la lesión del bien jurídico, en el delito culposo la tipicidad se fundamenta en la posibilidad de conocer el riesgo no conocido al tiempo de la acción, lo que tendrá lugar si la decisión de actuar fue tomada a pesar de concurrir puntos de referencia sobre el riesgo de lesión. Y, en cualquier caso, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la producción de un resultado típico deben ser previsibles o cognoscibles para el sujeto.

Además, la doctrina tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de julio de 1987, 24 de enero de 1990 y 7 de julio de 1993, entre otras), distinguió entre la “culpa del profesional”, que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, y la “culpa propiamente profesional”, que consiste en la impericia. Esta distinción, no siempre fácilmente perceptible en la práctica - ni tampoco claramente justificable en su perspectiva político-criminal, puesto que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto-, ha perdido lo que parecía ser su apoyo legal al sustituirse la redacción del párrafo segundo del artículo 565 CP 1973 -en que los términos definitorios eran “impericia o negligencia profesional”-, por la que presenta el apartado 3 del artículo 142 del Código Penal de 1995 -o el correlativo apartado de los artículos 146, 152, 158, etcétera-, que aluden escuetamente a la “imprudencia profesional”.

Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia elaborada sobre el nuevo Código Penal -véanse, entre otras, las SSTS 81/1999, 1606/1999 y 308/2001 -, viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone “...un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la *lex*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

artis y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de esa actividad profesional...". Quiere esto decir que la imprudencia profesional -sobre la base naturalmente de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito-, no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes (confr. STS (Sala 2ª) de 23 de octubre de 2001).

Conforme a un criterio mayoritario, la diferencia entre imprudencia grave y leve depende de la entidad de la infracción del deber de cuidado. Esta fórmula sirve para indicar, en primer término, que la imprudencia grave es una imprudencia de cierta significación o importancia, o como ha afirmado la doctrina, sustancialmente elevada; en segundo lugar, la diferencia entre ambas clases de imprudencia se encuentra en el desvalor de la acción, sin que pueda medirse la gravedad de la imprudencia en función de la gravedad del resultado producido, muchas veces dependiente del azar; de modo que en la valoración de la gravedad de la imprudencia tienen una significación especial la importancia de los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados por la acción imprudente, no porque la gravedad del resultado sea relevante a tales efectos, sino porque determina la medida del riesgo permitido y con ello la medida del riesgo creado por el autor (STS de 23 de abril de 1992); razón por la que, a mayor importancia de los bienes puestos en peligro el nivel de riesgo permitido será menor y el cuidado a observar por el sujeto activo se establecerá con mayores niveles de exigencia; la gravedad de la imprudencia depende de la ponderación sobre la utilidad social y el riesgo creado.

Desde otra perspectiva y como complementario a lo anterior, al ser la imprudencia un supuesto de error de tipo evitable, el grado de la misma podrá depender del grado de evitabilidad del error; cuando el sujeto podía fácilmente, sin esfuerzo, de acuerdo con sus conocimientos y capacidades especiales, advertir la realización del tipo, podrá decirse que actuó con grave descuido, pues, podía salir de su error con cierta facilidad. Por el contrario, el sujeto con capacidad inferior a la media tendrá más dificultad para salir de su error y tal circunstancia puede excluir la temeridad.

En definitiva, la temeridad o gravedad de la imprudencia significa la fácil previsibilidad individual del resultado lesivo y evitabilidad de la consecuencia con el mínimo interés; y, ello dependiendo de la importancia del bien afectado y la medida del riesgo permitido.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- CAUSAS DEL SINIESTRO DEL YAK-42

Procede, en este extremo, atender igualmente al auto de sobreseimiento libre de fecha 1 de junio de 2007, consecuencia cierta de que las diligencias de instrucción practicadas con posterioridad, a instancia de las partes, en modo alguno han modificado las conclusiones allí consideradas, buena prueba de lo cual ninguna de las acusaciones, en los escritos previos y de los que es consecuencia la presente resolución, se remite a su alcance.

A la hora de poder concretar la comisión de un delito de imprudencia grave con resultado de distintas muertes, a título de comisión por omisión, consecuencia de la supuesta posición de garante, debemos estudiar en un primer momento, una vez analizada la doctrina y jurisprudencia, las causas determinantes del siniestro verificado en el aeropuerto de Trabzon (Turquía) con fecha de 26 de mayo de 2.003, y posteriormente si la misma podría imputarse a responsable militar español alguno y a título ya consignado.

En lo que se refiere a las causas del siniestro previamente reseñado donde fallecieron 62 militares españoles, y otros 13 miembros de la tripulación, debemos traer a colación el informe pericial elaborado por la Comisión Internacional de investigación de fecha 29 de julio de 2.005. De dicho informe, elaborado conforme a las disposiciones internacionales en materia de aviación civil, se concluye como causas del siniestro una concreta conjunción de circunstancias, imputables todas ellas a la gestión de la empresa UM AIR, quien explotaba la actividad del Yak-42 siniestrado, sin perjuicio igualmente de las condiciones ad hoc de la tripulación. En concreto se refiere como los pilotos no habían recibido entrenamientos adecuados en relación al curso de CRM (control de gestión de cabina), así como el curso de CFIT para YAK-42D. Lo anterior incidía en la falta de coordinación e intercambio de ideas entre la tripulación, seguimiento de los indicadores del avión y ser conscientes de la situación; buena prueba de lo cual, en la última de las aproximaciones abortadas, dirigieron el avión hacia la zona prohibida (sur). Tampoco consta que ninguno de los pilotos hubiera aterrizado previamente en el aeropuerto de Trabzon, caracterizado por una orografía montañosa, consecuencia de lo cual no era permitido el volar en su zona sur, y con fines de aproximación. Sin perjuicio de lo cual, el 21 de mayo de 2.003, la compañía aérea habría impartido un curso relativo a "aeropuertos en zonas montañosas" También se alude a como la compañía UM AIR carecía de cursos de LOFT y ALAR, hecho que implicaba que la tripulación careciera de conocimientos sobre el aeropuerto de Trabzon. Igualmente en el manual de vuelo del YAK-42 no figuraban los métodos de aproximación utilizando VOR beacon, circunstancia que excluía la necesaria información para la tripulación.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En síntesis se vienen a establecer como causas del siniestro la falta de preparación concreta de la tripulación para aterrizar en aeropuertos como el de Trabzon, así como de cursos de gestión de cabina que permitiera una sinergia en la tripulación ante situaciones de riesgo, su correcta consideración y respuesta adecuada en tiempo, y que unido a la razonable fatiga, consecuencia de las horas y circunstancias de los vuelos, determinaron el que se valorara inadecuadamente la realidad.

Por el contrario, debe destacarse como el avión se encontraba en perfectas condiciones técnicas, había pasado todos los controles de mantenimiento y era apto para volar, independientemente de que no funcionara el CVR (control de voz en cabina) desde hacía 45 días, no así el FDR (aparato registrador de los datos de vuelo). Igualmente, y aún cuando no eran fiables los marcadores relativos al combustible, el mismo era suficiente, incluso, para dirigirse al aeropuerto señalado como alternativo.

Es decir, no fueron las circunstancias relativas al estado y mantenimiento de la aeronave las causas, ni directas ni indirectas, del siniestro, sino la preparación concreta de la tripulación para maniobrar en un aeropuerto de las características citadas, dada la ausencia de concretos programas de formación, principalmente dirigidos a conformar la necesaria sinergia entre los componentes de aquélla, así como las condiciones de cansancio y estrés consecuencia de las primeras maniobras frustradas de acercamiento, llegando a perder el control de su situación espacial concreta; buena prueba de lo cual es como se dirigieron hacia el sur del aeropuerto de Trabzon, zona o espacio aéreo prohibido.

Lo anterior concluye, no obviando que en el proceso penal, y a la hora de valorar el alcance de las conductas observadas, debe estarse a los concretos hechos imputados: siniestro del Yak 42 verificado el 26 de mayo de 2.003, que adolezcan de entidad incriminatoria suficiente las quejas alegadas en atención a otros vuelos previos, y siempre relacionadas con el estado de las aeronaves.

TERCERO.- A la hora de concluir el presente juicio jurídico, relativo a la existencia o no de suficientes indicios racionales de criminalidad relativos tanto a la comisión del delito imputado, así como a la participación criminal de concretas personas, debemos considerar: diligencias de instrucción concluidas con posterioridad al auto de la Sala de fecha 22 de enero de 2008 que revocaba nuestro auto de sobreseimiento libre de fecha 1 de junio de 2007, así como auto de la misma Sala de fecha 23 de abril de 2010 donde realiza un análisis de la instrucción hasta ese preciso momento y donde resolvía sobre el alcance de las imputaciones.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Partiendo del anterior expuesto, debemos hacer nuestro el juicio jurídico obrante al razonamiento tercero del auto de la Sala de fecha 23 de abril de 2010, y que deviene del siguiente tenor literal:

“El segundo tema a tratar es como se llevó a cabo la contratación de los vuelos y su relación con las quejas obrantes. Del testimonio aportado se deduce que el marco jurídico fue el siguiente: Con fecha 4 de febrero de 2002, el Estado Mayor de la Defensa de España, representado por el Jefe del estado Mayor Conjunto, y la Agencia de Abastecimiento y Mantenimiento de la OTAN (NAMSA), actuando ésta última como agente de contratación de la primera, estipularon el servicio de transporte de las fuerzas españolas en Afganistán. En este acuerdo, NAMSA, actuando en nombre de España contrató los referidos servicios de acuerdo con el contenido de la denominada “Declaración de tareas” (SOW) Y Anexo I, y las disposiciones de la Directiva Funcional de la NAMSA nº 252 que engloba las condiciones generales del acuerdo. Entre las competencias reservadas a España en el referido acuerdo se encuentran: a) establecer una lista de requisitos, incluidos en el SOW, b) Grupo de Control del Contrato (CCG), para proveer detalles y preparar al personal y material para el transporte y, c) poseer los fondos necesarios para el abono de los servicios. Entre las competencias y atribuciones de NAMSA, se encuentran, por lo que aquí afecta, las siguientes: a) preparar el acuerdo, b) trabajar con el grupo de control para realizar las tareas encomendadas, c) respetar las normas y procedimientos de NAMSA, d) preparar una lista de empresas en ofertas de estos servicios en las que se incluya el SOW –Declaración de Tareas-. Por otra parte, en la “Declaración de tareas” (SOW), aceptadas por España, corresponde al contratista o agente (NAMSA), en nombre de su cliente (España), las siguientes funciones: a) contratar los aviones tanto de pasajeros, tipo Boeing 727-200, DC 10 o Airbus, como de carga, tipo Antonov AN 124 y Liyushin IL 76, aunque no limitados exclusivamente a ellos, las condiciones del transporte aéreo, tales la asistencia para la carga y descarga, los costes derivados de cualquier escala por repostaje, por aterrizaje, aparcamiento y navegación; b) conocer las condiciones del aeropuerto de destino; c) traslado de material peligroso; d) utilización de aeronaves cuya operación y mantenimiento se realizan de acuerdo con las normas y prácticas recomendadas por la OACI (SARPS), e) proporcionar tripulaciones con licencias de acuerdo con tales normas; f) atribución de la responsabilidad en las rutas a seguir; g) solicitud de los permisos diplomáticos y autorizaciones de sobrevuelo y obtención de permisos de aterrizaje cuando sean necesarios.

Pues bien, suscrito el referido acuerdo con la “Declaración de Tareas” aceptadas por España, NAMSA contrata con un intermediario de transporte internacional (Broker) el traslado de tropas de su cliente (España), misión que es encomendada a la compañía Chapman Frreeborn Airmaketing, quien será la encargada de realizar los traslados requeridos por NAMSA a medida que éstos le son solicitados por su cliente (España).



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Aceptadas y delegadas por España a favor de NAMSA las condiciones de los vuelos, resta tratar si las quejas dadas por los militares transportados o el hecho de las subrogaciones efectuadas, al parecer por Chapman Freeborn a favor de una u otra intermediaria pueden alcanzar algún tipo de responsabilidad penal.

Las quejas aportadas en el testimonio son 14, los vuelos realizados al amparo del Acuerdo suscrito entre el Estado Mayor del Ejército y NAMSA son 60.

La índole de las quejas aportadas son del tenor siguiente: a) problemas en la capacidad de carga y embarque sin autorización previa; b) retraso de un día en la salida; c) cambios de hora y días de llegada; d) falta de anclaje de la carga, e) falta de atención al pasaje, f) incomodidad; g) retraso por carecer de combustible, mal funcionamiento del video y calefacción; h) falta de información sobre el plan de vuelo; i) mal estado de las ruedas del avión y dificultades de entendimiento con la tripulación por no saber inglés; j) falta de catering; k) problemas de handling; l) extintores de balón no idóneos.

Junto a estas quejas se argumentaba como falta de control por parte de las autoridades militares españolas, el hecho de que las autoridades españolas hubieran pagado a NAMSA el importe pactado por el servicio requerido, si bien, la cantidad percibida por la compañía que desempeñaba realmente el servicio contratado era notoriamente inferior como consecuencia de los sucesivos contratos o subcontratos realizados por el broker intermediario, con el consiguiente perjuicio en las condiciones de seguridad de la aeronave.

Pues bien, de lo hasta ahora investigado prima facie, se deduce no sólo que las autoridades militares españolas cedieron a NAMSA (agencia de la OTAN) la provisión de servicios de transporte para las fuerzas españolas de acuerdo a unos requisitos recogidos en la llamada "Declaración de Tareas" (SOW), sino que era tal agencia la encargada de contratar con un intermediario (broker) la prestación de tales servicios de acuerdo con las necesidades de transporte de tropas que España comunicara a NAMSA, desvinculando a las autoridades españolas de la empresa contratada por ese intermediario, ya que correspondía a NAMSA la ejecución y el cumplimiento del servicio contratado a cambio de un precio.

Así las cosas, las alegadas malas condiciones en que el citado servicio de transporte se llevaba a cabo, no era de la responsabilidad directa de las autoridades militares españolas quienes, en todo caso y de haberlo considerado así, tenían en sus manos la posibilidad de resolución del acuerdo firmado, supuesto que de haberse ejercitado, desde luego que no hubiera sido en vía penal.

Pero es más, el alcance de la inmensa mayoría de las quejas resumidamente expuestas, no afectan a un problema de seguridad de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

los vuelos, sino que más bien apuntan a un defectuoso cumplimiento de las condiciones del referido acuerdo, que daría lugar, como se ha indicado,, a la posibilidad de resolución del mismo.

Por lo demás, las distintas subcontratas realizadas por el intermediario, resultan igualmente ajenas al ámbito penal, resultando perfectamente admisible y frecuente en la esfera del derecho privado y negocial, sin que exista cláusula alguna que lo impida en ese citado acuerdo suscrito entre los mandos militares españoles y la NAMSA.

La consecuencia de lo anterior es la no apreciación de responsabilidad penal en las personas cuya imputación se solicita habida cuenta de que incluso habiendo tenido conocimiento de las quejas presentadas, no eran propias de su responsabilidad institucional que había sido asumida por la contratista; es por ello, que aplicando el simil utilizado por el Ministerio fiscal, no se deduce la existencia de apoyo legal para extender "la mancha de aceite" a quienes resultan ajenos al triste suceso originador de las presentes actuaciones.

A la vista de lo anterior, sólo queda hacer una breve mención de la supuesta asunción de la condición de garante defendida por los recurrentes y a este respecto cabe decir lo siguiente: Como es sabido, el actuar humano con relevancia penal puede llevarse a cabo a través de tres tipos de manifestaciones: una conducta activa denominada en el art. 10 C.P. "acción" y en otras ocasiones, "comisión"; otra consistente en no hacer, u "omisión" según el propio artículo y en una tercera posibilidad denominada delitos de "comisión por omisión" previstos en el art. 11 de Código Penal, en los que mediante un no hacer al que se está obligado, se produce un resultado imputable al omitente y equiparable a una acción en sentido estricto.

Pues bien, así como los dos primeros supuestos están previstos específicamente en el Código Penal, la atribución de responsabilidad penal al tercer grupo de supuestos se ha acudido a la atribución de responsabilidad penal a quien le corresponde asumir una posición de garante o garantía de que ese resultado no se tenía que haber producido y para ello el citado art. 11 exige en el omitente la concurrencia de una de las tres hipótesis siguientes: a) existencia de una obligación legal, b) existencia de una obligación contractual o, c) creación del riesgo mediante una acción u omisión precedente.

Resulta obvio que ninguna de las personas que pretenden ser imputadas están obligadas ni por ley ni por contrato a evitar un accidente aéreo imprevisible, ni tampoco han creado el riesgo derivado de la utilización de los aviones en cuestión pues, como ya se ha indicado, fue NAMSA quien asumió la gestión encomendada por las autoridades militares españolas, pudiendo éstas resolver el contrato si consideraban que no se cumplían los requisitos exigidos por España en la citada "Declaración de Tareas" o SOW."



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CUARTO.- SINTESIS DE LOS HECHOS IMPUTADOS, CAUSAS DEL SINIESTRO, NATURALEZA JURIDICA DEL ILICITO IMPUTADO Y CONCLUSIONES

La anterior resolución de la Sala deviene, a nuestro entender, de gran relevancia a la hora de articular el presente juicio jurídico. Aún cuando dicha resolución tenga por objeto determinar si era procedente tener por imputados a unas concretas personas, en los términos que venían instados por las acusaciones, y no afectar a quienes actualmente se pretende hacer recaer el ejercicio de la acción penal, la misma es suficientemente explícita sobre extremos relevantes: naturaleza del contrato suscrito entre las autoridades militares españolas y NAMSA, obligaciones contraídas por cualquiera de ellas, naturaleza de las subcontrataciones posteriores, características de las quejas formalizadas con carácter previo sin relación con cuestiones de riesgo para la seguridad, etc.

Seguidamente, tal y como decíamos en nuestro auto de sobreseimiento de fecha 1 de junio de 2007, y a la hora de poder concretar cualquier responsabilidad penal en funcionario alguno del Ministerio de Defensa español, única posibilidad de concretar la competencia de la jurisdicción española, debemos analizar la naturaleza de los negocios jurídicos suscritos con el fin de prestación del servicio materializado: traslado de los miembros del ejército español entre Afganistán Y España.

En síntesis puede exponerse como la finalidad de la investigación ha consistido en determinar si los funcionarios intervinientes en los procesos de contratación y ejecución del transporte de las fuerzas armadas han podido incurrir en dejación de sus obligaciones que puedan constituir omisiones que incidan en el ámbito delictivo (utilizando expresiones del Auto de fecha 15 de julio de 2004 dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal).

Debemos indicar, en un primer momento, como el Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD) con los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos coordinado por el Jefe del Estado Mayor Conjunto (JEMACON), dependientes del JEMAD, competente para el desarrollo de las misiones internacionales, como dispone el Real Decreto 1250/1997, de 24 de julio, cumpliendo lo ordenado por el Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2001, realizó el planeamiento del despliegue de efectivos militares en la misión de la Fuerza Internacional.

Teniendo en cuenta la insuficiente capacidad de transporte aéreo con que cuenta Defensa y las dificultades del transporte de tropas y material a un área tan distante y en conflicto se encarga, como otros Estados con misiones militares de asistencia en el extranjero, a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) la licitación de los servicios de transporte, que lo efectúa a través de su órgano subsidiario NAMSO que



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

tiene como función dar apoyo logístico a los sistemas de armas seleccionados por sus Estados miembros, y es materializado por su propia Agencia –NAMSA- que es su órgano ejecutivo. Esta Agencia realiza operaciones contractuales en las diversas áreas de apoyo logístico, entre ellas el transporte; tiene la personalidad jurídica de la OTAN y España participa en ella desde 1985.

Las razones de acudir a la OTAN-NAMSA de carácter institucional, operativo, económico y de experiencia habida en misiones anteriores se encuentran detalladas en la Pieza Separada de documento nº 1.

En noviembre de 2001 se remite a la Agencia NAMSA un estudio sobre costes y disponibilidad de medios aéreos. En enero de 2002 se encarga formalmente a la Agencia la iniciación de un expediente de contratación sujeto a la aprobación final de precios y condiciones por parte del JEMACON. El Oficial de Enlace español en NAMSA, que participó en la evaluación técnica de las ofertas, comunicó al EMACON los resultados de la licitación internacional, resultando como adjudicatario, el mayor broker de aviación europeo, Chapman Freeborn Airmarketing, que había realizado más de cien vuelos de transporte de personal y material a la zona de operaciones de Afganistán, para países de la OTAN. El 30 de enero de 2002, el JEMACON firma la Aprobación de Precios y Condiciones.

El JEMACON y NAMSA suscriben el “Sales Agreement nº SP-17” de forma sucesiva los días 2 y 4 de febrero de 2002, acuerdo por el cual NAMSA actúa como agente de contratación de España sujeto a la normativa de la Agencia, se encarga de elaborar la lista de empresas adecuadas, prepara el contrato, administra el mismo y lo formaliza. Es responsabilidad de España establecer un Grupo de Control de Contrato para proveer detalles, preparar el personal y material para el transporte y ser el punto de contacto con el contratista seleccionado.

De acuerdo con el “Statement of Work” previsto en el Acuerdo anterior, NAMSA contratará en base a que la aeronave no sea sustituida sin su consentimiento, el contratista será responsable de tener conocimiento de las condiciones del aeropuerto de destino, tendrá la seguridad de que las aeronaves que vaya a utilizar sean capaces de operar en el aeropuerto de salida y en los de destino, que puede ser manejada por el equipo de apoyo en tierra o que sea autosuficiente, que utilizará aeronaves cuya Operación y Mantenimiento sea realizada de acuerdo con las Normas y las Prácticas Recomendadas de la OACI (SARPS) y proporcionará tripulaciones cuyas licencias están de acuerdo con las SARPS.

Se desplaza a España un técnico de NAMSA para comprobar que las cláusulas del contrato son respetadas por el contratista antes del primer vuelo el 7 de ese mismo mes de febrero.

Hasta la fecha del desastre se realizaron con base en los acuerdos descritos cuarenta y tres vuelos, treinta por la operadora Volga Dnieper,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

uno por Euroatlantic, cuatro por Lat Charter, uno por Yes Charter, tres por Belavia, uno por Midwest y dos por UM Air con el mismo avión siniestrado Yak-42 propiedad de JTR Company SAL. La contratación de ese vuelo lo fue después de dos subcontratas.

El 17 de junio de 2002, la compañía operadora UN Air obtuvo la acreditación correspondiente de la Dirección General de Aviación Civil para servicios aéreos no regulares en España con dos aeronaves, una de ellas la siniestrada, tras verificar que se encontraba en posesión de las licencias y certificados internacionales de capacidad para realizar operaciones aéreas.

Se dirigieron al EMACON u otras dependencias catorce partes de incidencias relacionadas con el trato de la policía española, problemas en la capacidad de carga, embarque sin autorización previa de personal de las Naciones Unidas o desconocido, retrasos, sobre suministro de paquetería, anclaje de carga, falta de atención al pasaje, mal "handling", asientos ocupados por paquetería, escalas no previstas, mal funcionamiento del video y la calefacción, indefinición de fechas, falta de información de plan de vuelo, aparente mal estado de las ruedas, deficiencias de comunicación con tripulación por insuficiente conocimiento de inglés, catering, puertas de seguridad y de emergencia y extintores no idóneos para el pasaje.

Con relación al vuelo del siniestro resulta esencial el conocimiento de las causas que lo produjeron, sin el cual deviene imposible la formación de juicio alguno sobre la contratación y desarrollo del transporte, tal y como exponíamos en razonamientos jurídicos previos.

Consta en las actuaciones, folios 2037 y siguientes, el Informe Final de la Comisión Internacional de Investigación, sobre tales causas, redactado por las autoridades turcas, por ser Turquía el lugar en que se produjo el hecho, y participación de las autoridades de los países implicados, Ucrania, como Estado de registro y operador, Rusia, como Estado de diseño y fabricación, y España, por la especial consideración de la nacionalidad de las víctimas. El informe ha sido realizado según las normas de la Organización de la Aviación Civil (OACI) sobre investigación de accidentes de aeronaves civiles, que posee un auténtico y fiable valor de pericia y sobre el cual han declarado técnicos en aeronáutica. Se halla su traducción del turco y del inglés en los folios 2318 y siguientes, realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Según este informe:

1.- La aeronave poseía el correspondiente certificado de aeronavegabilidad con validez hasta el 23 de abril de 2004, estaba equipado y se había sometido al mantenimiento de acuerdo con las normas aplicables según las normas de las autoridades competentes



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ucranianas y de la OACI, encontrándose en buenas condiciones técnicas, lo que permitía su explotación sin limitación alguna. Los requisitos técnicos prescritos para la operación de aterrizaje se encontraban dentro de sus límites. No existe prueba de que el avión sufriera fallos en su estructura, sistemas de control de vuelo o motores antes del impacto.

2.- Todos los miembros de la tripulación de cabina poseían los certificados preceptivos y estaban cualificados según las normas de las autoridades competentes ucranianas y de la OACI. No obstante, la tripulación no había recibido formación de acuerdo con la cualificación de ruta y aeropuerto (normas OACI), no había volado previamente al aeropuerto en que se trató de tomar tierra (Trabzon) ni estaba informada de los procedimientos de aproximación y características meteorológicas generales y geográficas del mismo. No obstante, el 21 de mayo de 2003, la operadora había impartido a las tripulaciones un curso relativo a aeropuertos en zonas montañosas.

3.- Aunque la tripulación doble se encontraba en Estambul para hacerse cargo del avión procedente de Zaragoza y realizar el tramo Estambul-Ashjabad-Kabul-Bishek-Trabzon (lugar del siniestro) con tiempo suficiente para descansar antes del vuelo, posiblemente no había sido su intención tomarse un tiempo de descanso nocturno adecuado, ya que tenían que estar preparados en el aeropuerto con cierta antelación al vuelo, lo que probablemente redujo el descanso nocturno de las tripulaciones. Por ello el tiempo real de trabajo de las tripulaciones, aunque no el horario de vuelo, había comenzado mucho antes. Esta situación no resulta nada extraña incluso con relación a un vuelo de larga distancia sin contratiempos. Pero el retraso inesperado de 5 horas en el aeropuerto de Bishek, aumenta el tiempo de actividad a más de 22 horas lo que llevó a las tripulaciones a una situación de tiempo límite según la normativa ucraniana aplicable que, en el caso de tripulaciones dobles es de 22 horas y 24 minutos. Aunque el tiempo de espera no debe contarse a efectos de cálculo de actividad, si la tripulación descansase en condiciones adecuadas, que la normativa ucraniana define como aquellas que reúnen los requisitos de lugar cómodo, separado de los pasajeros, sólo para dos personas y protegido del ruido exterior, con luz y temperatura adecuadas, no está claro que el lugar de descanso de la tripulación doble situado en la aeronave reúna los requisitos que establece la norma. Lo que en un vuelo normal sin contratiempo, incluso de larga distancia, puede no suponer un problema.

4.- Una primera maniobra de aproximación resultó fallida al hacerse en condiciones de distancia y altitud que infringían los mínimos de las cartas de aproximación. También resultó frustrada una segunda aproximación recibiendo la tripulación órdenes de ascender. En comunicación con el control de tierra se plantea una tercera aproximación, que tiene en cuenta el repentino empeoramiento de la situación meteorológica, en cuya ejecución se continuó el vuelo anormalmente en sector no seguro bajando de la altura mínima, se



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

competan las operaciones de aterrizaje como si se estuviera en la posición correcta y se toca el suelo montañoso con el ala derecha.

5.- Las cinco horas de retraso inesperado, una aproximación de no precisión realizada en la fase final de un vuelo bajo condiciones meteorológicas adversas, y después de aproximadamente cuatro horas y media de vuelo, consumieron las energías de la tripulación, afectó a su lucidez mental, la capacidad de atención y la coordinación entre sus miembros, carentes de formación específica en gestión de recursos humanos en cabina.

6.- El vuelo sufrió un típico accidente causado por pérdida de conciencia de la situación, incumplimiento de los procedimientos normalizados de acuerdo con el manual de vuelo y las cartas de aproximación publicadas, la realización de una aproximación falta de precisión, la utilización incorrecta de los sistemas de vuelo automático, una insuficiente formación específica y descender por debajo de la altitud mínima de descenso de la zona.

QUINTO.- NATURALEZA JURIDICA DEL ILICITO IMPUTADO

El marco de tipicidad en que debe buscarse la o las omisiones de los funcionarios, como ya se ha expuesto, es el de los delitos de comisión por omisión.

Si en todo delito de omisión forma parte de su estructura la ausencia de la acción debida, en los de comisión por omisión debe añadirse la producción de un resultado. Por eso los delitos de omisión pura lo son de mera actividad y los de comisión por omisión son tipos de resultado. Pero no toda omisión jurídico-penal a la que siga un resultado constituye comisión por omisión, se necesita la concurrencia de un autor en la posición de garante que tenga la capacidad de evitar el resultado, pues si así no fuera se estaría en presencia de un delito de omisión pura si estuviera previsto en el Código Penal.

La lógica relación entre la causa del siniestro y el objeto de la instrucción obliga a encontrar que debía haber realizado un determinado funcionario o autoridad que no hizo, de apreciable intensidad y valor que haga posible una hipotética y razonable interrupción de la serie causal que llevó a la consecuencia del choque del avión con el suelo.

Dicho de otra forma, además de tener la capacidad de realizar la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado, de haber interpuesto aquella acción. No es necesario probar la existencia de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, pues lo decisivo es sólo la virtualidad causal de la acción para evitar el resultado o causalidad hipotética.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Para realizar el juicio de culpabilidad es necesario que nos situemos “ex ante” del momento del acaecimiento del resultado, debiendo hacerse abstracción de lo acaecido y sus causas, situándose en la fase previa al suceso, valorándose sin contaminación la previsibilidad y evitabilidad del resultado.

SEXTO.- CONCLUSIONES

La problemática del movimiento de tropas y su avituallamiento encuadrada en el ámbito de la OTAN no puede estimarse generador de un riesgo añadido al que por sí ya lleva cualquier operación militar en un escenario conflictivo tan alejado. Tampoco se estima que lo sea la adecuación de su desarrollo contractual a la normativa de la Agencia NAMSA (Directiva Funcional nº 252 sobre Disposiciones General para las Ventas).

Las prevenciones que se establecen en el clausulado del Sales Agreement nº SP-17 y del Statemen of Work adjunto prevén la salvaguardia esperable y exigible de los intereses que representan la administración militar en general y el JEMACON en particular.

La adjudicación a favor del broker, avalado por treinta años de experiencia en la aviación y en concreto en servicios en la zona, no hace desmerecer el entorno jurídico en que se plasman los acuerdos.

Cuarenta y tres vuelos de esa naturaleza con las incidencias cursadas y el uso por las demás fuerzas armadas en la misión internacional (salvo USA, que utiliza sus propias aeronaves) de los servicios de la OTAN , la actividad previa de la operadora UM Air y la aeronave Yak-42 respecto de las cuales sólo se emitió por el mando una queja relacionada con un vuelo de sostenimiento España-El Cairo-Kuwait efectuado los días 11 y 12 de mayo de 2003, al haber tenido que viajar el pasaje con su equipaje por problemas de carga de éste, retrasos, problemas de documentación, handling y catering, no pueden conformar el juicio ex ante mencionado sobre la tipificación penal de la negligencia omisiva con resultado de muerte, seriamente.

Debe tenerse en cuenta que las operaciones efectuadas por aeronaves civiles de terceros países para el transporte de pasajeros a o desde España, están sujetas a las disposiciones OACI. Según los artículos 29 y 33 del Convenio de Aviación Civil Internacional son responsables del control de la operación (procedimientos, operaciones y mantenimiento) los Estados de matrícula de las aeronaves en cuestión.

La autonomía del mando, control y organización de los comandantes de las aeronaves en la conformación y ejecución de los vuelos, no solo se encuentra reconocida en las normas de la OACI, sino que resulta inevitable e incrementada lógicamente ante las dificultades de logística



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

militar en escenarios bélicos y aeropuertos en circunstancias extraordinarias, sin sujeción a los horarios y operaciones de repostaje propio de los vuelos regulares.

Casi todo en la actividad investigada es, posiblemente, previsible, pero no se trata de una determinación ideal ni general de lo posible, sino de lo aceptable en las circunstancias dadas, con entidad suficientes para su calificación penal. Destacar como el conjunto de diligencias de instrucción materializadas con posterioridad al auto de la Sala de 22 de enero de 2008, no han podido conformar un juicio histórico distinto al ahora reiterado, y que determina el correlativo juicio jurídico. Subrayar como el conjunto de las Comisiones Rogatorias no expresan circunstancia alguna distinta a las consideradas y determinantes de otro acontecer. Asimismo, aún cuando el juicio jurídico allí concluido lo sea en base a principios de derecho distintos, conviene traer a colación, como elemento que corrobora el presente, la sentencia de fecha 4 de febrero de 2006, dictada por el titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de los de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario 127/04. En relación a la pericial, recordar como consta en la causa un informe elaborado por la Comisión Internacional designada de conformidad a la legislación internacional, donde participaron el conjunto de partes involucradas, no verificándose dato objetivo que infiera una mínima duda, ya en la metodología, ya en su definitiva materialización. Igualmente, y en lo que se refiere a las testificales, formalizadas con posterioridad al auto de la Sala de fecha 22 de enero de 2008, subrayar como las mismas adolecen de significación, bien en términos de poder conformar elementos determinantes de una hipotética responsabilidad penal: causas distintas del siniestro, o conjugación de deberes especiales de actuar, bien por imperativo legal, bien por disposición contractual, y que alumbrarían cualquier posición de garante. Dichas declaraciones testificales no amparan extremos ajenos a las quejas formalizadas con carácter previo, y ya valoradas en la presente resolución, así como en el auto de la Sala al que nos hemos remitido previamente de fecha 23 de abril de 2010.

Teniendo, en fin, especialmente en consideración las causas del siniestro, no se estima exigible a los Jefes del EMAD y del EMACON, planificadores de la logística y representante de España el segundo en los instrumentos contractuales con la Agencia-OTAN, al Oficial de Enlace de este organismo, ni a los tres integrantes del equipo coordinador de los transportes y punto de contacto con la adjudicataria y las operadoras, una acción concreta omitida, intencional o imprudente, relacionada con el vuelo en si mismo o de carácter colateral, y que concluye en acordar el sobreseimiento libre con base en los artículos 779.1.1ª en relación con el artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Debe quedar constancia clara que la presente resolución en modo alguno desvirtúa la propia gravedad de los hechos donde sesenta y dos militares españoles perdieron la vida, de regreso a España, tras realizar operaciones humanitarias, que deben calificarse de solidaridad, valor



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

esencial de nuestro ordenamiento jurídico. Lo único que se ha analizado y que se conforma en base a los elementos que debían valorarse: causa del accidente y obligaciones que pesaban sobre los imputados, es la ausencia de responsabilidad penalmente relevante; nunca la de cualquier otra responsabilidad de naturaleza diversa.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que en razón al expuesto previamente formulado debía acordar y acordaba, en aplicación del art. 779.1-1ª LECrim., en relación al art. 637.2º del mismo texto legal, el sobreseimiento libre de la presente causa D.P. 366/03.

Contra la presente resolución, y en términos del art. 766 LECrim., cabe interponer recurso de reforma y/o apelación, el primero en el plazo de tres días, y el segundo en el de cinco.

Así, lo acuerda, manda y firma, D. FERNANDO GRANDE-MARLASKA GOMEZ, MAGISTRADO-JUEZ, del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de MADRID. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.