



**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN CUARTA**

**ROLLO 106/12
DILIGENCIAS PREVIAS 366/03
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 3**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D^a ÁNGELA MURILLO BORDALLO
D^a CARMEN-PALOMA GONZÁLEZ PASTOR (PONENTE)
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO**

A U T O N° 152/12

En Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Juzgado Central de Instrucción n° 3 se incoaron Diligencias Previas 366/2003 a raíz de la denuncia presentada por la asociación de familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo Yak-42, en las que una vez practicadas todas las diligencias de investigación que se estimaron pertinentes, se dictó auto el 02/02/2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 779.1° de la L.E.Crim., en relación con el artículo 637.2 de la misma, acordando su archivo al entender que los hechos no son constitutivos de infracción penal.

Notificada la indicada resolución, se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por la representación legal de la indicada asociación y D^a Ángeles Cubas Cerdán y otros, asistida la indicada asociación por el letrado D. Leopoldo Gay Montalvo, y D^a Ángeles Cubas y otros, por D. Andrés Orofino Ramírez, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal. Por su

parte, el procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre de D^a M^a Menéndez Cañedo, D. Diego Manuel y D. Antonio Novo Menéndez, D. Carlos Fernández Benitez y D^a María del Rosario Benitez Maudes, interpusieron directamente recurso de apelación. Resuelto el recurso de reforma mediante auto de 01/03/2012, en sentido negativo a las pretensiones de los recurrentes, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado y se emplazó a los recurrentes, elevándose las actuaciones a esta sección donde se formó el Rollo 106/12 donde, tras los oportunos traslados, se señaló el 08/05/2012 para la celebración de la vista de apelación a la que acudieron, además del Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Fernando Burgos Pavón, las defensas de los recurrentes ya citadas, así como el letrado de los imputados, representados por la procuradora Sra. López Jiménez y defendidos por el Sr. Rodríguez Miguel Ramos, quedando los autos pendientes de dictar la oportuna resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Discrepan las partes recurrentes de la resolución dictada por varios motivos que sucintamente expuestos son los siguientes: 1º.- Haber considerado correctas las conclusiones del accidente alcanzadas por la Comisión Internacional de Investigación de 29/07/2005, desatendiendo el alcance de otros factores indicativos de importantes defectos en los aviones utilizados que, además, eran conocidos por las autoridades del Ejército español encargadas de la supervisión del traslado de tropas y buena prueba de ello fue la existencia de una investigación a nivel oficial interno como eran las realizadas a través del Mando Aéreo de Levante, las conclusiones realizadas por el Centro de Inteligencia del Ejército de Tierra, y ciertos datos coadyuvantes como las declaraciones de un piloto noruego acerca del estado de las aeronaves, las

propias observaciones de un periodista español sobre la pérdida de aceite del avión, el informe de uno de los peritos del juicio civil seguido en Zaragoza o las declaraciones de una parlamentaria española, que han sido descartados en el auto impugnado. 2°.- Haber llegado a la conclusión de que pese a la contratación realizada por parte del Estado español como consecuencia de los compromisos internacionales asumidos con Naciones Unidas y la O.T.A.N., las autoridades militares no utilizaron la facultad de control o veto que los contratos firmados posibilitaban, no resolviendo el contrato una vez conocidas la forma de operar y la falta de seguridad de los aparatos utilizados, circunstancia que, en opinión de los recurrentes, sería suficiente para dar lugar al desencadenamiento de una responsabilidad penal por falta del deber de cuidado exigible en la modalidad de comisión por omisión al no llevar a cabo las obligaciones de garante que el contrato establecía a su favor. 3°.- No haberse llevado a cabo diligencia e investigación alguna acerca de la legalidad, licitud y destino de la cantidad de dinero público desembolsado por el Estado español para el traslado de las tropas que, notoriamente mermado a través del sistema de contratas y subcontratas de transporte realizado, redundó en la minoración de la seguridad del avión contratado el día del fatal accidente. 4°.- No haberse mencionado la escala del avión siniestrado antes de su llegada a destino y que pudo contribuir al cansancio de la tripulación. 5°.- No considerar adecuada la precisión realizada por el Instructor en el último apartado del auto impugnado cuando se llega a la conclusión de "*...ausencia de responsabilidad penalmente relevante...*", al poderse entender a través de tal expresión que el Instructor, rebasando la misión que por ley tiene encomendada, ha pasado a la fase decisoria, como si tuviera que decidir el fondo de la denuncia presentada en su día asumiendo, por lo tanto, la misión de enjuiciar tras la celebración del oportuno juicio. 6°.- No haberse analizado en el delito de imprudencia, en la modalidad de comisión por omisión atribuida a los imputados, no tanto la posible relación

de causalidad entre su no actuación y la causación del accidente, como la existencia de imputación objetiva. 7º.- No haberse fundamentado en el auto impugnado el porqué de la variación de la inicial aplicación del artículo 637.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en un anterior auto de archivo - relativo a la inexistencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho originador de la causa-, al supuesto contemplado en el apartado 2º del mismo artículo relativo a que el hecho no sea constitutivo de delito considerado en el auto de 02/02/2012. 8º.- Por último, el Ministerio Fiscal, en su condición de adherido al recurso presentado por la primera entidad recurrente, tras realizar un exhaustivo recorrido del proceso legal seguido para el traslado de los efectivos militares a la zona de destino, centró su atención en la existencia de una mayor agravación del riesgo imputable a los mandos militares, dando así entrada a la posibilidad de aplicación del apartado b) del artículo 11 del Código Penal, cuya aplicación solicita.

Como no podía ser de otra manera, el letrado de los estamentos militares imputados mostró su discrepancia sobre la existencia de negligencia en sus patrocinados y, al mismo tiempo, manifestó su sorpresa acerca de la conclusión contra sus mandantes alcanzada por la representación del Ministerio Fiscal, quien tras exponer en su informe el porqué de las obligaciones asumidas por España en el marco internacional y la forma de actuar de los países de la OTAN en estos supuestos, precisamente a través de los contratos suscritos por la jefatura militar con el citado organismo internacional, sin embargo, concluyera que tal forma de operar en el contexto, en concreto, suponía una agravación del riesgo contraído por las tropas españolas en la misión encomendada.

Sin perjuicio de analizar separadamente las alegaciones enumeradas, se anticipa su íntegra desestimación.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de oposición argüido por la defensa de un grupo de recurrentes, y asumido por el resto, es dar como cierta la conclusión del accidente alcanzada por la comisión internacional de investigación en el año 2.005, obviando la existencia de datos que demuestran las distintas quejas acerca del mal estado y funcionamiento que presentaban los aviones utilizados para el transporte de las tropas y, en particular, el que fue objeto de las presentes actuaciones y junto a lo anterior, el que, en realidad, tal informe tampoco resulta de interés, por cuanto no se centra ni estudia los responsables del accidente.

Lo anterior no puede ser compartido por este tribunal y ello por lo siguiente: 1º.-Sería suficiente un detenido repaso a lo actuado y obrante en los 43 tomos de la instrucción practicada para poder afirmar que, además del citado informe, se han practicado todas y cada una de las diligencias solicitadas por todas y cada una de las partes personadas, y ello, precisamente, para apurar, al máximo, las posibilidades de investigación acerca de lo que ha constituido desde el inicio de la investigación el eje de procedimiento, esto es, el porqué del accidente. 2º.- Partiendo de esa premisa, figuran en autos, como no podía ser de otra manera, todos aquellos extremos que constituyen la información oficial, esto es, la forma en que la jerarquía militar imputada ha llevado a cabo las gestiones en el marco de los compromisos internacionales asumidos por España dentro de la OTAN, y por ello se han aportado, los contratos y todas las comunicaciones oficiales internas. 3º.- Pero, esa concatenación de datos oficiales sólo constituye una parte de lo investigado. En efecto, en ese afán de profundizar sobre el porqué del accidente, las partes han aportado: a) las numerosas quejas sobre los vuelos; b) la existencia de la comisión parlamentaria; c) las continuas comunicaciones entre los mandos del Ejército y Chapman; d) los datos del pleito civil de Zaragoza, y entre ellos, la prueba practicada y la sentencia; e) las declaraciones del piloto noruego o las del periodista español; f) los artículos

periodísticos y g) un buen número de comunicaciones privadas entre los miembros de la tropa y sus familias.

Sin embargo, ni las partes han demostrado otra causa del accidente, ni han propuesto más diligencias que las ya indicadas; por tanto, si estas últimas no han sido consideradas como determinantes y causantes del accidente es obvio que legalmente no deban incluirse en el auto que acuerda el archivo que, por el contrario, deberá recoger y detallar, cuáles sean las razones por las que finalmente se decide que la actuación de los imputados no es constitutiva de delito.

La segunda alegación, dentro de este mismo motivo, era la irrelevancia de las conclusiones del informe internacional porque en él, se alega en el recurso, no se estudian quiénes son los responsables del mismo. Bastaría leer las conclusiones del informe, que por dos veces aparecen en los fundamentos de derecho segundo y cuarto de la resolución recurrida para deducir, con meridiana claridad y sin duda alguna razonable sobre la responsabilidad, cual fue la causa del accidente.

En efecto, aparece en el fundamento de derecho segundo lo siguiente (folio 15.756):... *"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."* En similares términos, los dos últimos apartados del fundamento de derecho cuarto (folio 15.763) dicen:..." *Las cinco horas de retraso inesperado, una aproximación de no precisión realizadas en la fase final de un vuelo bajo condiciones meteorológicas adversas, y después de aproximadamente cuatro horas y medio 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"... Finalmente, y a continuación de lo anterior, se indica como colofón: "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 vuelos automático, una insuficiente formación específica y descender por debajo de la altitud mínima de descenso de la zona".

Sostener, después de lo transcrito, que las conclusiones de la comisión no indican quiénes sean los responsables, carece de rigor.

TERCERO.- El segundo de los motivos expuestos en el informe de apelación es el que la parte imputada, esto es, los mandos del Ejército español, no utilizaron la facultad de control del contrato y del derecho de veto.

Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, debe precisarse que las misiones asumidas por el grupo de control del contrato entre NAMSA y el JEMACON, según figura en la documentación que aparece en la pieza separada nº 1 (folio 160 y siguientes) se circunscribe, única y exclusivamente, a las gestiones relativas a la confección de los movimientos y transportes de tropas y a su comunicación a la empresa adjudicataria. De ahí las numerosas comunicaciones entre los altos mandos militares y Chapman donde se comunican la tropa que se desplaza, cuándo y desde dónde, con objeto de que la contratista, Chapman, adecue el medio de transporte necesario. Por lo tanto, pretender extraer de ese deber de colaboración, pactado expresamente a los citados efectos, un contenido diferente, carece de cobertura legal.

Por lo que se refiere a la segunda parte de este motivo, esto es, a no haberse hecho uso por los altos mandos militares del derecho de veto previsto en el contrato, carece de suficiente precisión, pues si lo que quiere decirse es que no se resolvió el contrato, lo primero que los recurrentes

deberían haber acreditado, dejando al margen el resultado de la comisión internacional, a la que no reconocen valor jurídico, era determinar cuál fue la causa del accidente y quién la incumplió, para a continuación, acudir a la vía jurisdiccional competente que, desde luego, no es la penal.

CUARTO.- El siguiente motivo esgrimido es la falta de diligencia alguna por parte del Instructor judicial acerca del destino del dinero público entregado por las autoridades españolas para el buen fin del cometido encargado, esto es, el traslado de las tropas a Afganistán en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España dentro de la OTAN.

El motivo ni es estimado, ni guarda relación con las causas del accidente o con la imputación realizada a las autoridades militares españolas, figurando, además el desglose de la cantidad entregada debidamente acreditado.

No obstante lo anterior, debe precisarse los siguientes extremos: 1º.-No puede pretenderse, como causa de oposición a un auto de archivo de unas diligencias de investigación con una duración de 10 años, que se reproche al Instructor no haber sido capaz de averiguar el destino del dinero entregado por las autoridades españolas para llevar a cabo trasladar tropas españolas, cuando de un mero examen de la documentación acordada se deduce lo que percibió UM AIR y lo que percibió Chapman, de conformidad con las comisiones y cesiones de contratos obrantes. 2º.- No consta en autos que ninguno de los recurrentes haya presentado denuncia alguna para investigar el paradero del dinero entregado por las autoridades españolas a los fines mencionados, que indique un sobrepago o destino distinto y ajeno a las comisiones derivadas de la presencia de un intermediario o broker -Chapman- y de los contratos que éste realizó con posterioridad de acuerdo con las posibilidades legales en el comercio internacional. 3º.- Tampoco figura que las comisiones o los contratos hayan disminuido la seguridad de los vuelos en general o del avión siniestrado en particular. Es

más, bastaría a estos efectos, haber prestado atención a las explicaciones realizadas por otro de los recurrentes al exponer la secuencia de la contratación, que extrayendo los datos obrantes en la causa, apuntó la existencia de comisiones de la operación dentro de la más estricta legalidad del tráfico comercial internacional y, por ello, perfectamente acreditadas en autos, todo ello sin perjuicio y dejando al margen que las dos empresas españolas que participaron en la licitación pública internacional organizada por NAMSA, que se indicarán más adelante, fueron descartadas por los precios ofrecidos para llevar a cabo la misión del traslado de tropas.

QUINTO.- La siguiente alegación esgrimida es no constar en el auto la última escala efectuada por el Yakolev 42 antes de su destino final y su importancia.

La referida alegación no se ajusta a la realidad de los datos que figuran en el auto impugnado.

En efecto, consta dentro del fundamento de derecho cuarto, ya transcrito, y, en particular, dentro del informe internacional emitido, el retraso del avión siniestrado durante 5 horas en el aeropuerto de Bishek, última escala antes de poner fin al largo trayecto en el aeropuerto turco de Trabzón. Consta igualmente que tal retraso, calificado por la comisión como "inesperado", en el sentido de que no era conocido por la tripulación, por supuesto que aumentó su fatiga, y también así se hace constar, pero tal dato, perfectamente recogido y ponderado en el auto no puede erigirse, en la causa del accidente y además, serle imputado a las autoridades militares que, en ejercicio de las funciones gubernamentales conferidas se limitaron a poner en marcha el traslado de tropas a través de los mecanismos proporcionados por la OTAN.

SEXTO.- El motivo siguiente hace referencia a lo que uno de los recurrentes asemeja con un exceso en la función atribuida legalmente al Instructor, por cuanto, a su entender, lejos de la función investigadora que le es propia, en el presente

supuesto, se ha llevado a cabo una extralimitación de la investigación que ha concluido con la determinación de si el hecho atribuido a los imputados es o no delictivo.

Tampoco el motivo es acogido.

Necesariamente, el Juez de Instrucción, cuando ha finalizado la fase de investigación, como es el caso, tiene que sopesar si de lo instruido y averiguado se deduce una actividad delictiva, de modo que una vez llegada la investigación a este punto, necesariamente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 779 de la L.E.Crim., debe pronunciarse si considera que el hecho es o no delictivo; sin que ello suponga, en modo alguno, arrogación de funciones que no le son propias, sino por el contrario, estricto cumplimiento de lo ordenado en el referido artículo, con la posibilidad de su revisión en la alzada.

Y eso es precisamente lo que ha ocurrido con anterioridad en las presentes actuaciones, donde el Instructor, tras entender concluida la investigación y una vez impugnada su decisión, la Sala no ha compartido el criterio sino que haciendo suyo el parecer de las partes, le ha exigido una mayor profundización en su labor investigatoria, hasta que una vez agotada al máximo aquélla, vuelve a insistir, con más criterio y sin extralimitación alguna, en el archivo de la causa.

SÉPTIMO.- Otro de los motivos de uno de los recurrentes alude a la disparidad de lo resuelto en relación al tipo de archivo decretado, por cuanto, en una resolución de archivo anterior lo fue al amparo del artículo 637.1 de la L.E.Crim., al entender que no existen indicios de la comisión del hecho delictivo y, en la resolución impugnada se fundamenta en el párrafo 2º del mismo artículo de la referida ley, previsto para los supuestos de que el hecho no sea constitutivo de delito.

El motivo parece fundamentarse en que en otra resolución anterior del Instructor, concretamente en el auto de 01/06/2007 se acordó el archivo de las presentes diligencias al amparo del artículo 779 de la L.E.Crim, relacionándolo con el párrafo

primero del artículo 637; entendiendo que al acordarse el nuevo archivo en base al párrafo segundo de ese mismo artículo, debió fundamentarse la diferencia de criterio.

El motivo no puede prosperar.

Lo que se impugna es el auto de 02/02/2012 y en él se fundamenta, razona y explica porqué los hechos que se investigan no son constitutivos de delito para los imputados.

Lo que se haya resuelto con anterioridad no afecta a la presente resolución y además pudo deberse a un error puramente mecanográfico, todo ello sin perjuicio de que tal resolución de archivo fuera en aquél entonces revocada por esta misma sección, y de que el objeto de la presente impugnación difiere de lo que se resolviera con antelación.

OCTAVO.- Finalmente, los recurrentes expusieron otros dos motivos de impugnación al auto. De una parte, uno de ellos, aludió a que lo importante para la imputación de la responsabilidad de los hechos a los imputados no era una inexistente relación de causalidad entre su no hacer y el resultado, sino la existencia de imputación objetiva y tal requisito no había sido debidamente tratado en el auto impugnado. De otra, la representación del recurrente adherido, puso de manifiesto que el motivo de entender que los imputados eran los responsables del accidente se basaba en una agravación del riesgo anterior.

Sin perjuicio de anticipar la desestimación de ambos, se pospone su tratamiento para un momento posterior cuando se analicen los elementos del tipo imprudente de comisión por omisión.

NOVENO.- Examinadas las anteriores alegaciones, se expondrá a continuación, en primer término, la forma en que las autoridades militares españolas desarrollaron las obligaciones asumidas en su cooperación internacional y, en segundo lugar, los requisitos legales necesarios para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Código Penal, en el presente

supuesto, se derivara contra los imputados la asunción de la responsabilidad penal imputada.

Consta en la documentación de la causa (Pieza separada de documentos n° 1), los extremos siguientes:

1°.- El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas acordó en la Resolución 1386, vinculante para los países de la OTAN, la creación de la Fuerza Internacional de Asistencia y Seguridad en Afganistán (ISAF) con el objetivo de restaurar la paz en el citado país y garantizar su integración en la comunidad internacional.

2°.- La asunción del citado compromiso, motivó que el Consejo de Ministros acordara el 27 de diciembre de 2.001, el despliegue de 485 efectivos.

3°.- Adoptado el indicado acuerdo, correspondía al Estado Mayor de la Defensa, el planeamiento logístico de la colaboración internacional asumida, que al no disponer de los medios necesarios, dio lugar a la necesidad de acudir a NAMSA-Agencia de Mantenimiento y Abastecimiento de la OTAN-, en la que España, como el resto de países integrados en la OTAN cuenta con un Oficial de enlace. De este modo, NAMSA brinda a los países pertenecientes a la OTAN la prestación de algunos de los servicios propios de la misión encomendada, valiéndose para ello de un órgano subsidiario, NAMSÓ, encargado de facilitar a los Estados miembros las necesidades a cubrir en el ámbito logístico.

4°.- De esta forma, una vez que el Jefe del Estado Mayor Conjunto (JEMACON), evalúa y pondera las necesidades de transporte de los efectivos comunicándoselo a NAMSA, se elabora una especie de pliego de condiciones entre España, a través de las autoridades militares citadas y NAMSA en diciembre de 2.001 -Declaración de tareas o, en la terminología original, Statement of Work, -SOW-, (folio 157 y siguientes de la pieza separada 1), donde se estipulan los requisitos que constituyen el contenido que debe ser necesariamente asumido por las empresas o entidades que acudan a la licitación pública entre operadores organizada por NAMSA, de tal forma que es la citada

agencia quien, tras elaborar el procedimiento de licitación pública internacional, de acuerdo con su normativa, convoca a los operadores interesados en la adjudicación del transporte aéreo de las tropas, cuyas bases figuran a los folios 136 y siguientes de la pieza separada de documentos.

En la licitación presentaron sus ofertas: a) la empresa española de Servicios Logísticos Integrados (SLI), b) Iberia, c) Air Europa y b) Chapman Freeborn, operadora seleccionada tanto por sus mejores condiciones económicas, como por ser considerada la mayor operadora de aviación en Europa, con más de 100 vuelos de carga y personal a la fecha de los hechos.

5º.- El paso siguiente, lo constituía la firma del acuerdo o contrato entre el JEMACON y NAMSA, obrante en autos bajo la denominación de "Sales Agreement nº SP-17" (folios 150 y siguientes de la pieza) firmado el 2 de febrero de 2.002 por el primero y dos días más tarde por la segunda, en virtud del que NAMSA, actuaba como agente de contratación de la otra parte (España), para la provisión de servicios de transporte a las fuerzas españolas que debían llevar a cabo su misión en Afganistán.

6º.- Por virtud del referido acuerdo, NAMSA se compromete a contratar, en nombre y por cuenta de España, los servicios de transporte de acuerdo con la Declaración de tareas (SOW) y el Anexo 1 adjunto ya firmado.

7º.- En base a lo anterior, NAMSA suscribió un contrato con la adjudicataria de la licitación, Chapman (folios 167 y siguientes de la pieza 1 de documentos) que, a su vez contrató a Volga Dnepr Airlines y ésta con Ukranian Mediterranean Airlines, propietaria del avión siniestrado, incluyéndose desde el principio la citada declaración de tareas o SOW que contiene, entre otros particulares, los extremos siguientes:

A)- Corresponde al contratista -Chapman y entidades contratadas por él-, proporcionar una aeronave que cumpla con las normas, prácticas y recomendaciones internacionales aplicables, en particular el Anexo 6 de la Convención Internacional de Aviación Civil.

B)- Corresponde al contratista asegurar a los pasajeros.

C)- Corresponde a NAMSA, y a España, el derecho de inspeccionar la aeronave y sus documentos, a los fines de comprobar el cumplimiento de su estado.

D)- Corresponde al contratista la responsabilidad única del contrato, incluso en caso de subcontrato, debiendo solicitarse y obtenerse el correspondiente permiso en caso de que la subcontratación se realice con compañías situadas en países fuera del territorio de la OTAN.

E)- Corresponde al contratista el deber de información y cooperación con NAMSA, usuarios y autoridades en caso de accidente.

F)- Se establece el mecanismo de arbitraje para la resolución de conflictos acudiendo a las normas de derecho francés.

En virtud de lo obrante en el contrato entre España, a través de los altos mandos militares y NAMSA, las responsabilidades asumidas por España, se concretan en:

a) Establecer una serie de requisitos que constituyen la propia "Declaración de tareas" que necesariamente tiene que ser asumidos por la compañía o entidad que llevara a cabo el transporte de las tropas españolas -en el caso, Chapman-.

b) Establecer un Grupo de Control del Contrato, por el que las autoridades militares indiquen a la entidad adjudicataria las necesidades concretas de cada uno de los traslados, tales como número de los efectivos que se desplazan, lugar de inicio, destino y fechas en que deben realizarse los traslados, de tal forma que la adjudicataria de la licitación pueda poner a disposición de la otra parte contratante los aviones disponibles según las necesidades y fechas de los vuelos requeridos, sirviendo, al mismo tiempo el citado Grupo como punto de contacto principal con el contratista.

c) Disponer de fondos,

d) Realizar aquellas gestiones, de su exclusiva responsabilidad, que permitan una adecuada ejecución del contrato.

Como se ha indicado anteriormente, lo más importante del contrato suscrito entre el JEMACON y NAMSA lo constituye la declaración de Tareas (Statement of Work- SOW), por virtud del cual, una de las partes, España, exige que la entidad que sea contratada por NAMSA para el transporte de las tropas-contratista-, cumpla los requisitos siguientes:

- a) Los traslados serán realizados por aviones de carga de tipo Antonov, Ilyushin, Boeing, Airbus, aunque no de forma limitada a los citados.
- b) El cambio de aeronave necesitará el consentimiento de NAMSA.
- c) Corresponde al contratista la asistencia para la carga y descarga, así como los derechos de tráfico y permisos de sobrevuelo, siendo de su cargo los costes derivados de cualquier escala por repostaje.
- d) Corresponde al contratista tener conocimiento de las condiciones del aeropuerto de destino, así como de que la aeronave que vaya a utilizar es capaz de operar en el aeropuerto de salida de España y en los de destino de Afganistán.
- e) El contratista deberá utilizar aeronaves cuya operación y mantenimiento se realiza de acuerdo con las Normas y Prácticas Recomendadas por la OACI (SARPS), proporcionando a las tripulaciones las licencias acordes con las mismas.
- f) El contratista deberá aconsejar la capacidad (volumen, peso), para cada aeronave que tenga intención de utilizar y deberá asegurar que toda la carga se transportará de forma segura en la aeronave, siendo de su elección las rutas.
- g) Corresponde al contratista la realización de un informe después de cada vuelo.

Las principales obligaciones asumidas por NAMSA, en su condición de comitente de su representante, España, son:

A) Preparar el propio acuerdo debiendo para ello preparar las oportunas ofertas de contratación que contengan el SOW, así como de una lista de empresas a quien remitir las ofertas.

B) Trabajar con el grupo de control de contrato y

C) Presidir las reuniones para la evaluación de ofertas.

Es de señalar que las misiones asumidas por el grupo de control del contrato entre NAMSA y el JEMACON, según figura en la documentación que aparece en la pieza separada nº 1 (folio 160 y siguientes), como ya se ha indicado, se circunscribe a las gestiones relativas a la confección de los movimientos y transportes de tropas y a su comunicación a la empresa adjudicataria.

Pues bien, del conjunto de ese entramado de relaciones contractuales entre: 1º.-España y NAMSA, en una doble vertiente, ya sea como consecuencia del establecimiento de tareas o SOW que deba asumir la futura entidad contratista operadora del vuelo que surja en la licitación pública realizada por NAMSA o, ya sea en la sustitución de España por NAMSA, 2º.- NAMSA y Chapman, en virtud de la cual, Chapman, en su condición de intermediario o broker, propone una empresa subcontratada -UM Air- que reúne, de una parte, las condiciones exigidas por la OTAN respecto de las normas de aviación civil y, de otra, las condiciones exigidas por las autoridades militares contratantes en la declaración de tareas, no se deduce cláusula alguna que permita inferir dejación de las condiciones de seguridad en los vuelos llevados a cabo generadora de algún tipo de responsabilidad penal contra las autoridades militares españolas y eso pese a las denominadas "Notas sobre partes de incidencias" que en un total de 14 fueron recibidas por el EMACON y comunicadas el Ministerio de Defensa (obrantes al folio 293 y siguientes de la citada pieza), entre las que se distinguen entre las recibidas antes del 26/05/2006 y las conocidas con posterioridad aunque los hechos que las motivaron fueron anteriores a la indicada fecha.

La primera de ellas, afecta a un extremo sin interés en la causa, en cuanto menciona el excesivo control de la policía española a los componentes de la unidad a su regreso de Kabul y el resto de quejas hacen referencias a extremos tales como la presencia de personal no militar en los vuelos, retrasos, cambios de horario, distribución, estiba y anclaje de la carga, estado de las ruedas del tren de aterrizaje o defectos en puertas de accesos o de emergencia, deficiencias que, tras ser conocidas por las autoridades españolas, fueron puestas en conocimiento de NAMSА para su corrección, sin que, pueda apreciarse que alguna de tales quejas o deficiencias pueda deducirse infracción acerca de la seguridad de la aeronave.

Como figura en las actuaciones (folios 66 y siguientes de la pieza separada), el avión Yakolev 42 D. con número de registro 42.352, siniestrado, propiedad de la compañía "Ukranian Mediterranean Airlines" Ltd- UM. Air-, disponía de los equipos que exige la normativa JAR 25 para operar en la Unión Europea y la FAR 25 de Estados Unidos, así como todos los equipos de navegación y aproximación convencionales; certificado de aeronavegabilidad expedido por el Ministerio de Transportes de Ucrania el 23/04/2003 y con validez de un año; certificado de ruido, expedido el 22/04/2003, con validez de 3 años; licencia de estación de aeronave, de la misma fecha, con fecha de duración de año y medio; certificado de mantenimiento expedido el 09/02/2002, con validez de 2 años y los registros técnicos de mantenimiento y control de calidad expedidos el 09/04/2003, incluso, el día anterior al accidente pasó las dos revisiones técnicas sobre mantenimiento y control de calidad.

El citado aparato contaba igualmente desde julio de 2.002, con la acreditación otorgada por la Subdirección General de Explotación del Transporte Aéreo para operar con servicios no regulares en España.

Expuesto lo anterior, resta contestar a los dos últimos argumentos de dos de los recurrentes, el relativo a no haberse incidido en el auto cuestionado la existencia de imputación

objetiva, lo que a criterio de uno de los recurrentes debería llevar a la consecuencia de la responsabilidad penal de los mandos militares imputados, y en no haberse tratado la cuestión del agravamiento del riesgo a través del mecanismo de contratación utilizado.

Ambas cuestiones han sido debidamente contestadas en el auto.

En efecto, en uno de los apartados del fundamento de derecho primero relativo al estudio y análisis de la forma comisiva prevista en el artículo 11 del Código Penal, al tratar específicamente del requisito de la imputación objetiva y a los efectos de argumentar su inexistencia en el caso y, al mismo tiempo, si en la acción llevada a cabo por los mandos militares hubo un incremento del riesgo, como se alega por otro de los recurrentes, se dice: 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 del dicho peligro contenido en la conducta, y, de otro modo, 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... considerando que el resultado sólo 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."

De lo transcrito se desprende: 1º.- Que ni en el citado párrafo ni en los anteriores de la parte dogmática del auto, destinados a analizar los elementos de la forma imprudente de la comisión por omisión, se habla de la existencia de una relación de causalidad entre la no acción de los imputados y el resultado producido; más bien, al contrario, en lo que se detiene el auto es si le es atribuible a los imputados el resultado por haberse excedido en el riesgo asumido; 2º.- Que, en el caso no existe el requisito examinado, esto es, la imputación objetiva por parte de los imputados y 3º.- Que tampoco los imputados agravaron la situación respecto de un Estado previo.

La citada conclusión, es decir, la inexistencia de imputación objetiva, es compartida por este tribunal y ello por lo siguiente: el apartado b) del artículo 11 del Código Penal exige que el omitente, es decir, los imputados, hubieran creado el riesgo mediante una acción u omisión precedente y tal requisito no concurre, puesto que ni han creado el riesgo, - entendiéndose por tal la gestión realizada a los efectos de dar cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España en el marco de sus compromisos con la comunidad internacional en el marco de la OTAN-, ni por supuesto lo han agravado, limitándose a cumplir, una vez más, con la misión encomendada acudiendo a los mecanismos legales de índole comercial arbitrados por la OTAN, tal como ha sido suficientemente expuesto, llevando a cabo con anterioridad al avión siniestrado otras 43 operaciones de similar índole, con similares aviones y con idéntica forma de proceder a la adjudicación en las compañías aéreas, sin que, por lo demás, se haya acreditado, a instancia de ninguna de las partes recurrentes, ni otra causa del accidente distinta a la descrita en el auto, ni la relevancia de las quejas también indicadas en una y otra resolución.

Dicho en otras palabras, con carácter general, la posición de garante atribuida a los imputados, podría definirse por la relación existente entre un sujeto (los imputados) y un bien

jurídico en virtud del cual el garante se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De esta relación surge para el sujeto un deber jurídico específico de evitación del resultado, de tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa, deduciéndose la posición de garante de tres fuentes, la ley, la contractual y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, centrando el tema en esta tercera posibilidad, el Código exigiría: a) que los imputados hubieran realizado una conducta anterior creadora de un riesgo no permitido; b) que este riesgo implícito en la acción imprudente se haya realizado en el resultado, de tal forma que éste se materialice o concrete, y c) que el resultado se produzca dentro del ámbito o fin de protección de la norma infringida.

En el presente caso, se reitera, los imputados no han llevado a cabo ninguna acción generadora de un riesgo no permitido, ni ostentaban ni asumían la condición de garantes de que el resultado no se produjera, de forma tal que el desgraciado resultado no hubiera podido ser evitado mediante una hipotética acción omitida.

En consecuencia y por los motivos expuestos, procede desestimar los recursos presentados y confirmar la resolución impugnada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar los recursos de apelación presentados por el procurador D. Ignacio Rodríguez Díez en representación legal de la asociación de familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo Yak 42 y D^a Ángeles Cubas Cerdán y otros, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, y el presentado por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en



nombre de D^a M^a Menéndez Cañedo, D. Diego Manuel y D. Antonio Novo Menéndez, D. Carlos Fernández Benítez y D^a María del Rosario Benítez Maudes, frente a los autos de 2 de febrero y 1 de marzo de 2.012 del Juzgado Central de Instrucción n° 3, en el marco de las Diligencias Previas 366/03, que se confirman íntegramente.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno ordinario.

Así por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.