

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN CUARTA

ROLLO 63/10

Diligencias Previas 366/03

Juzgado Central de Instrucción nº 3

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D^a ANGELA MURILLO BORDALLO

D^a CARMEN-PALOMA GONZALEZ PASTOR

D. JUAN-FRANCISCO MARTEL RIVERO

AUTO 79/2010

En Madrid, a veintitrés de abril de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 se incoaron Diligencias Previas 366/2003 por delito de imprudencia con resultado de muerte como consecuencia del accidente aéreo del avión de la compañía aérea ucraniana United Mediterranean Airlines, Yakolev 42 D 42352 en la localidad turca de Maçza, próxima al aeropuerto turco de Trabzón (Turquía), en la madrugada del 26 de mayo de 2.003 en el que fallecieron los 12 miembros de la tripulación ucraniana y 62 militares españoles.

En el referido procedimiento se dictó el 20/05/2008 auto que acordaba dirigir la acción penal única y exclusivamente con respecto a las personas siguientes: 1° Almirante General, Antonio Moreno Barberá, Jefe del Estado Mayor de la Defensa(JEMAD); 2° General de División, Juan Luis Ibarreta Manella, Jefe del Estado Mayor Conjunto (JEMACON); 3° Contraalmirante, José Antonio Martínez Sainz-Rozas, Jefe de División de Operaciones del EMACON (JEDIVOP); 4° Coronel, Joaquín Yañez González, Jefe de la sección Logística de la División de operaciones del EMACON y 5° Comandante, Alfonso Elías Lorenzo Tabeada, Sección Logística de la División de Operaciones del EMACON, excluyendo de tal imputación a otros militares cuya responsabilidad fue solicitada por las acusaciones particulares personadas.

Notificada la citada resolución se interpuso recurso de reforma por los procuradores D. Roberto Granizo Palomeque y D. Ignacio Rodríguez Diez en nombre y representación de sus representados que fue resuelto en sentido negativo en auto de 20 de junio 2.008 frente al que se interpuso recurso de apelación, de modo que admitido a trámite y formado el testimonio de particulares, se remitió a esta Sala el 03/03/2010, previo emplazamiento a las partes, dando lugar al Rollo 63/10 en el que se dictó providencia de 10/03/10 que acordaba señalar como fecha de la vista el 18/03/10, quedando entre tanto las actuaciones en poder del magistrado ponente para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Discrepan las representaciones legales de los recurrentes de la resolución impugnada en base a varios tipos de argumentos que serán expuestos de forma resumida.

En primer lugar, los recurrentes defendidos por la primera de las defensas -Sr. Torres Boursault- , expuso en el acto de la vista, el desistimiento con respecto de: 1°- D. Luis Casteleiro Villalba, General de Brigada Jefe del Mando de Apoyo Logístico a las Operaciones de Fuerza de Maniobra (JEMALOG-OP); 2°- D. Angel Guinea Cabezas de Herrera, General de Brigada, Jefe de la división de Planes del EMACON; 3°- D. Ricardo Fortún Esquifino, Coronel Auditor, Instructor del Informe denominado " Información Previa" sobre el accidente y 4°-D. Alfredo Míguez, Comandante destinado en el Cuartel General del Ejército de Tierra, Centro de Inteligencia y Difusión de Inteligencia (CIDI), toda vez que las investigaciones llevadas a cabo después del auto impugnado han permitido desvincularles de la responsabilidad en el accidente.

Agrupando el resto de personas respecto de las que solicita su imputación en varios grupos atendiendo:

1°- A la posición de garantes que les atribuyen las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y, en concreto, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, como es el caso de D. Luis Alejandro Sintés, Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, (JEME) o D. Eduardo González-Gallarza Morales, Teniente General Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, (JEMA) dado que ambos tenían conocimiento de los riesgos derivados de la utilización tales medios de transporte para el traslado de tropas como indudablemente se deducían de los informes de los que eran conocedores al haber sido elaborados por el CISET Y el MALEV.

2°- A la representación del Estado Mayor Conjunto (EMACON) ante NAMSA (Agencia de Abastecimiento y Mantenimiento de la OTAN) como es el caso de D. Angel Guinea Cabezas, a su responsabilidad en el centro de Conducción de la Defensa (CECOD), como era el caso del General de División D. José

Antonio Beltrán Doña, quienes igualmente sabían el estado de los aviones que se utilizaban o por asumir funciones como la aprobación del plan de vuelo, ruta y horarios, como es el caso de D. Miguel Romero López, Coronel Jefe de la Tercera Sección del Estado Mayor o por desempeñar altas responsabilidades militares en Levante, como sucedía con D. Manuel Estellés Moreno, Teniente General Jefe 1º del Estado Mayor del Mando Aéreo de Levante y D. Carlos Gómez Arruche, General de Brigada Jefe 2º del mismo mando (GJMALEV), concedores todos ellos de las quejas e irregularidades en los traslados de tropas.

3º- A su responsabilidad en el grupo logístico en coordinación con el Grupo de Control del Contrato (GCC) del EMACON, función que desempeñaban D. Sergio Nuñez-Cacho Solans y D. Luis Sierra Ruiz, en su condición de responsables de los departamentos de cargas y operaciones de Chapman Freeborn Airmarketing S.A., entidad que ha sido condenada por culpa grave en la jurisdicción civil.

4º- A ocupar altos cargos en la Subdirección General de Control de Transporte Aéreo dentro del Ministerio de Fomento como es el caso de D. Luis Rodríguez Gil y D. Victoriano Jiménez Ramírez por cuanto se encontraba entre sus responsabilidades determinados aspectos, tales como que el plan de vuelo no superara cierta duración (30 horas), la falta de permisos de vuelo a Kabul, la existencia de las cajas negras averiadas, o la propia autorización del vuelo.

Las alegaciones efectuadas por el letrado representante del resto de los recurrentes, quien no efectuó excepción a las imputaciones inicialmente solicitadas, se centraron, en la ausencia de las medidas de vigilancia y control acerca del funcionamiento de los vuelos en general según la responsabilidad propia de cada uno de los estamentos civiles o militares citados, y de las quejas recibidas por varios trasladados en particular, aludiendo a la falta de ejercicio de la facultad de reserva a favor de las autoridades

españolas en los acuerdos suscritos por Namsa cuando ésta contrata con el Broker Chapman Freeborn.

Ninguno de los citados argumentos son admitidos por la Sala al no encontrar en ninguno de las personas que desempeñaban los cargos citados actuación alguna relevante en el acontecer del accidente cuya investigación es objeto de la presente causa.

SEGUNDO.- Ahora bien, antes de entrar en el análisis de la responsabilidad atribuida a cada uno de los citados, entiende este tribunal que deben hacerse dos tipos de consideraciones previas breves una acerca de la condición genérica de imputado y otra acerca de los datos aportados al testimonio sobre la forma en que se llevó a cabo la contratación de los traslados de los militares fallecidos y si de tal marco legal, contractual o de posición de garante, se deriva, "prima facie", algún tipo de responsabilidad penal con respecto de algunos de ellos.

Se inicia así, la primera de las cuestiones, circunscrita a la posición de imputado en este tipo de procedimiento.

Como es sabido, el procedimiento seguido hasta la fecha en esta causa es el llamado "Procedimiento Abreviado" (art. 757 y siguientes de la L.E.Crim.), que resulta de aplicación para el enjuiciamiento de delitos castigados con una pena abstracta de hasta nueve años de prisión o de otra naturaleza con independencia de su cuantía o duración.

En este tipo de procedimiento penal, se distinguen tres fases: 1ª La de instrucción preparatoria o Diligencias Previas (art. 774 y ss.) que tiene por objeto practicar las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que hayan participado y el órgano competente para su enjuiciamiento (art. 777.1

L.E.Crim); 2ª La preparación del juicio oral o fase intermedia que se inicia una vez que el Juez de Instrucción dicta auto acordando seguir los trámites del Procedimiento Abreviado (art. 780.1 L.E.Crim.) y cuyo objeto no es otro que el de resolver sobre la procedencia o no del juicio oral y el órgano competente para su enjuiciamiento; y la 3ª que es la del juicio oral que tiene lugar ante el Juez o Tribunal competente para su enjuiciamiento, esto es, Juzgado de lo Penal o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 785 L.E.Crim).

Pues bien, pese a que la fase en la que parecieran estar las actuaciones es la segunda, pues constan registradas como Diligencias Previas. Procedimiento Abreviado, dando así a entender que el Juez de Instrucción ya ha considerado que el procedimiento debe seguir contra unas determinadas personas y por unos hechos concretos; lo cierto es que pese al tiempo transcurrido, la tramitación procesal está en el inicio, esto es, averiguando, dada la propia complejidad de los hechos que se investigan, quienes sean las personas que, con cierto grado de probabilidad, puedan ser posteriormente acusadas.

Centrado así el tema, lo cierto es que ninguno de los artículos de la L.E.Crim. que regulan este procedimiento o el previsto con carácter general,- procedimiento ordinario por delitos,- exigen auto de imputación, puesto que lo único que establece la ley (art. 520 y 775 de la L.E.Crim) es que a la persona que se le impute un hecho punible se le informe sobre este extremo, de la forma que sea mas comprensible e inmediata, así como de los derechos que tal posición procesal implican.

Ahora bien, debe entenderse que después de la larga fase de instrucción judicial llevada a cabo en esta primera fase del Procedimiento Abreviado constituida por las Diligencias Previas, el Juez de Instrucción, haya entendido, que con

respecto a algunas de las personas que ya han prestado declaración atendiendo la responsabilidad que ocupaban en relación al hecho que se investiga, pudieran derivarse, con cierto grado de probabilidad, una posible responsabilidad penal, de ahí, que a partir de ese momento, en aras a su propia defensa, les avise y ponga en su conocimiento la decisión adoptada, especialmente, porque a partir de entonces, adquieren el estatus de imputado y ello quiere decir, no sólo que deberán ser asistidos de letrado en cualquier declaración posterior, sino, toda una serie de consecuencias derivadas del artículo 24 de la C.E., en particular, y en concreto, a guardar silencio, o a no declarar contra sí mismo.

Es igualmente cierto que la decisión ahora impugnada carece de duración en el tiempo, es decir, no es fija e inmutable, en el sentido de que nada impide que el avance de la instrucción desvanezca esa probabilidad de la participación en una conducta imprudente, y simultáneamente, nada garantiza que ese mismo avance, permita otras imputaciones posteriores.

En cualquier caso, lo que la ley exige es una previa imputación y una declaración como tal, antes de pasar a los trámites de la segunda fase (art. 775 L.E.Crim) otorgándole así la referida condición.

Pero, por otra parte, es innegable que la condición de imputado le permite pedir cuantas diligencias estime convenientes a su defensa (art. 776.3 L.E.Crim), sin perjuicio de la facultad del Juez de acordar su práctica en función de su pertinencia e indispensabilidad (art. 780.2 L.E.Crim.), difiriendo las que puedan considerarse pruebas para un momento posterior.

TERCERO.- El segundo tema a tratar es cómo 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 de 2.002, 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) un Grupo de control del contrato (CCG), para proveer detalles y preparar el 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 incluyan el SOW- Declaración de tareas-.

Por otra parte, en la "Declaración de tareas" (SOW), aceptadas por España, correspondía 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 Llyushin 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 Freeborn Airmaketing, quien será la encargada de realizar los traslados requeridos por NAMSA a medida que éstos le son solicitados por su cliente (España).

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 en 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 halón 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 los vuelos, sino que mas bien apuntan a un defectuoso cumplimiento de las condiciones del referido acuerdo, que daría lugar, como se ha indicado, a la posibilidad de la 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 comercial, 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 símil 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 a la supuesta asunción de la condición de garante defendida por los recurrentes y a este respecto cabe decir lo siguiente: Como es sabido, al actuar humano con relevancia penal puede llevarse a cabo a través de tres tipos de manifestaciones: una conducta activa denominada en el artículo 10 del Código Penal "acción" y en otras ocasiones, "comisión"; otra consistente en un no hacer, u "omisión" según el propio artículo y en una tercera posibilidad denominados delitos de "comisión por omisión" previstos en el artículo 11 del código Penal, en los que mediante un no hacer al que se estaba 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 artículo 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 estar resolver el contrato si consideraban que no se cumplían los requisitos exigidos por España en la citada "Declaración de tareas" o SOW.

De ahí que proceda la desestimación del recurso presentado y la confirmación de la resolución recurrida.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por los procuradores Sres. Granizo Palomeque, y Rodríguez Díez en nombre y representación de D^a María Menéndez Cañedo, D. Diego Manuel y D. Antonio Novo Menéndez, D^a María del Rosario Benitez Maudes en su propio nombre y en el de sus hijos, así como La Asociación de familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo Yak 42, D^a Angeles Cubas Cerdán y otros frente al auto de 20 de junio de 2.008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción n^o 3 que se confirma íntegramente.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno ordinario.

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