

III. OTRAS DISPOSICIONES

TRIBUNAL SUPREMO

8904 *Conflicto de jurisdicción nº 6/2010, suscitado entre el Juzgado de Instrucción nº 3 de León y el Juzgado Togado Militar Territorial nº 42 de Valladolid.*

SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Art. 39 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco

Sentencia N.º: 3/2011.

Rollo N.º: A39/06/10.

Fecha Sentencia: 13/04/2011.

Conflicto de Jurisdicción: 6/2010.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 6/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Sentencia num.: 3/2011

Excmos. Sres.:

Presidente: Don José Carlos Dívar Blanco.

Magistrados:

Don Julián Sánchez Melgar.

Don Francisco Menchén Herreros.

Don Fernando Pignatelli Meca.

Don Manuel Marchena Gómez.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo constituida por su Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de abril de dos mil once.

Visto el presente conflicto negativo de jurisdicción núm. A39/06/10 suscitado entre el Juzgado de Instrucción número 3 de León (Diligencias Previa 3812/09) por un presunto delito «Contra la Seguridad e Higiene en el Trabajo» por los hechos acaecidos el 29 de octubre de 2009 y el Juzgado Togado Militar Territorial número 42 (Diligencias Previa 42/50//09) como consecuencia del accidente sufrido por el Sargento primero don M.Á.S.B. el 29 de octubre de 2009, siendo Ponente el Excmo. Sr. Francisco Menchén Herreros, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de hecho

Primero.—En fecha 19 de noviembre de 2009 el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42 de Valladolid dictó Auto incoando las Diligencias Previa 42/50/09 como consecuencia

de la información remitida por el Coronel del V Batallón de la UME, en la que se daba cuenta del accidente sufrido por el Sargento primero don M.Á.S.B. el día 29 de octubre del mismo año durante la realización de las prácticas del «Curso de Socorristas de Rescate Acuático 2009», desarrolladas en el pantano de los Barrios de Luna (León), en el que el citado Suboficial resultó lesionado con un diagnóstico de «herida inciso contusa en la región perinoinguinal derecha».

Por estos mismos hechos el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León incoó, con fecha 10 de diciembre de 2009, las Diligencias Previas número 3812/2009 por un presunto delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, en virtud del parte de asistencia por lesiones remitido por el Complejo Asistencial de León (INSALUD 2A).

Segundo.—Mediante Auto de fecha 1 de septiembre de 2010 el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42 acordó inhibirse respecto del conocimiento de los hechos en favor del Juzgado de Instrucción n.º 3 de León. En esa misma fecha el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León también acordó inhibirse a favor del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42.

Recibidas las Diligencias Previas número 3812/2009, el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42 de Valladolid, mediante Providencia de fecha 15 de septiembre de 2009, acordó devolver las mismas al Juzgado remitente a fin de que, conforme a lo establecido en el art. 21 3ª de la Ley Procesal Militar, resolviera en el plazo de cinco días si desistía o sostenía la inhibición planteada.

Tercero.—Por Auto de fecha 26 de septiembre de 2010 el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León acordó mantener la inhibición, planteando el presente conflicto negativo de jurisdicción y remitir testimonio íntegro de sus Diligencias a la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo. El Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42, una vez recibido el referido Auto, mediante providencia de fecha 9 de diciembre de 2010 acordó remitir las actuaciones a esta Sala conforme a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

Cuarto.—Formalizado el conflicto negativo de jurisdicción y recibidas las actuaciones en esta Sala Especial, se abrió el rollo de conflicto número A39/06/2010 entre el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42 de Valladolid y el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León, en el que obra informe del Fiscal Togado, presentado el 17 de enero de 2011, suplicando se resuelva el conflicto planteado en el sentido de atribuir la competencia para el conocimiento de los hechos al mencionado Juzgado de Instrucción.

El Fiscal de la Sala Segunda, por su parte, en informe presentado en este Tribunal el 18 de enero de 2011, interesa también mantener la competencia del Juzgado de Instrucción n.º 3 de León para la instrucción de dicho procedimiento.

Quinto.—Instruida la Sala, se señaló para la deliberación y fallo del conflicto el día 8 de abril de 2011, a las 11:30 horas, lo que ha tenido lugar con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

Fundamentos de Derecho

Primero.—A los solos efectos de resolver el presente conflicto jurisdiccional y determinar si la competencia ha de atribuirse a la jurisdicción ordinaria o a la militar, resulta necesario concretar los hechos a los que viene referida la cuestión planteada. Así hemos de señalar que en el Auto de 1 de septiembre de 2010 del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42, Diligencias Previas 42/50/09, por el que se acuerda la inhibición a favor del Juzgado de Instrucción de León se recogen como Antecedentes de Hecho que:

«Primero: Las presentes Diligencias Previas n.º 42/50/09 se instruyen en averiguación de lo acaecido el día 29 de octubre de 2009, en la zona del embalse de Barrios de Luna (León), durante la realización de las prácticas del Curso de Socorristas de Rescate Acuático 2009, donde el Sargento 1.º M.Á.S.B., perteneciente al V Batallón de la UME, sufrió un accidente mientras realizaba dichas prácticas como alumno del mencionado curso que personal de la Cruz Roja imparte a miembros del citado Batallón. Consta en autos que el citado Suboficial sufrió el accidente al ser alcanzado por la hélice del motor de la embarcación tipo Zodiac MK-IV, al caerse al agua en el momento de realizar un salto

al agua desde la lancha, resultando lesionado en la región perino-inguinal derecha y fractura costal, debiendo ser intervenido de urgencia en el Hospital de León.

Segundo: Consta, a los folios 192 y 193 de los autos, un informe del Jefe de a Unidad quien participa que con fecha 2 de noviembre del pasado año se advirtió por escrito al personal del Batallón, en materia de protectores de hélice «Zodiac y Hembra», la obligatoriedad del uso de dichos protectores así como la prohibición absoluta de realizar cualquier actividad sin el uso de los mismos. Igualmente se indica en el referido informe que el curso de Socorrismo Acuático está incluido en el Plan General de Preparación de la UME y su desarrollo supone la participación de personal de este BIEM en calidad de «concurrente», correspondiendo la responsabilidad del desarrollo y dirección del mismo a instructores civiles pertenecientes a la Cruz Roja Española y añade que el ejercicio se realizaba bajo la responsabilidad de D. J.C.Ch., instructor cualificado por la Cruz Roja para el desarrollo del curso.

Tercero.—Consta en las presentes actuaciones que por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León se siguen Diligencias Previas Procedimiento Abreviado registradas con el número 0003812/2009-2.^a, por el delito «Contra la Seguridad e Higiene en el Trabajo», constando como perjudicado D. M.Á.S.B., con ocasión de un parte facultativo.»

En el Auto de la misma fecha, 1 de septiembre de 2010 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de León por el que se acuerda la inhibición a favor de la Jurisdicción Militar se recoge como Antecedente que: «ÚNICO.—Que el presente procedimiento se inició por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, pero de las diligencias de investigación hasta ahora practicadas se desprende que los hechos objeto de autos entran dentro de la competencia de la Jurisdicción Militar.»

SEGUNDO.—Como se recoge en la reciente Sentencia de esta Sala Especial de 17 de diciembre de 2009 «En el trance de delimitar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los hechos de los que trae causa el presente procedimiento, es decisivo, como afirma la Sentencia de esta Sala Especial de 18 de diciembre de 2008, «partir del principio establecido en nuestra Carta Magna (art. 117-5.º) que reserva a la jurisdicción militar la competencia delictual para las infracciones o delitos calificados como estrictamente castrenses (art. 3-2.º LOPJ)».

A tal efecto, para la adecuada solución del presente conflicto, conviene dejar sentados con carácter previo, siguiendo lo que indica nuestra Sentencia de 9 de noviembre de 2007 —y, en el mismo sentido, la de 16 de junio de 2009—, ciertos principios normativos, a saber: «a) Que de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución Española, el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales y por ley se regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio. b) En cumplimiento del citado mandato constitucional, en el art. 3-2.º de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, reguladora del Poder Judicial, se establece que la competencia de la Jurisdicción Militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares en el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio. c) Los referidos mandatos (constitucional y legal) van dirigidos fundamentalmente al legislador que, en uso de su potestad productora de leyes, ha establecido y delimitado, de acuerdo con dichos principios restrictivos de la jurisdicción militar, los respectivos ámbitos de competencia de una jurisdicción y otra, a los que debemos acogernos. Sólo cuando surgieren dudas interpretativas en el deslinde de ambas jurisdicciones, seguiría operando la “vis atractiva”, en este caso, actuando como criterio interpretativo dirigido a los órganos jurisdiccionales. d) Las normas decisivas aplicables al caso están integradas por el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio (reformada por la L.O. 2/1989) en la que se lee: A) En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el art. 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste. B)

La salvedad del precepto está referida a los supuestos de conexidad. El art. 14 establece: “La jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos. Si sobreseyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente”».

Y, en tal sentido, como dice la Sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 2002, «están jurisprudencialmente consolidados los criterios conforme a los cuales la competencia de la Jurisdicción Militar en materia penal y en tiempo de paz, ha quedado reducida “al ámbito estrictamente castrense” concepto jurídico indeterminado que se ha ido perfilando a través de múltiples resoluciones jurisprudenciales. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, de 14 de marzo, ha proclamado que “como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión [arts. 8 y 30 C. E.]; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado 'uti milites'...”. Asimismo, las sentencias de esta Sala de 29 y 31 de diciembre de 1990, 11 de marzo de 1991, 4 de diciembre de 1992 y 11 de julio de 1994, entre otras, vienen afirmando que “es doctrina reiterada de la misma que, de acuerdo con el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, lo que determina la competencia de dicha jurisdicción es que el presunto delito cometido esté definido en el Código Penal Castrense, es decir, que los hechos que se investiguen puedan ser constitutivos de un delito militar en el estricto sentido con que lo define el artículo 20 del mencionado Texto legal, según el cual lo son las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas en este Código”, especificándose en la citada resolución de esta Sala de Conflictos de 11 de marzo de 1991 que el conocimiento del hecho vendría atribuido a tal especial jurisdicción “aunque también lo esté en el Código Penal Común, incluso aunque este último sancione con pena mas grave, según la modificación introducida en el artículo 12.1 por la Disposición Adicional 6.ª de la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, todo ello en aplicación del criterio que concede preferencia a la Ley Especial (Código Penal Militar) sobre la Ley General (Código Penal Ordinario)”».

Tercero.—Partiendo del anterior marco legal y descendiendo al caso concreto para analizar y determinar la jurisdicción competente que no supone, en modo alguno, prejuzgar la causa sino simplemente comprobar que con los datos existentes es posible realizar la subsunción en la norma que determina la jurisdicción, adelantamos que la Sala ha llegado a la conclusión de que la jurisdicción competente es la ordinaria.

La conclusión de competencia a favor de la jurisdicción ordinaria se produce por entender que los hechos referidos, que se recogen en las resoluciones judiciales de los Juzgados que instruyen las Diligencias Previas no son constitutivos de un delito militar en el estricto sentido con que lo define el art. 20 del Código Penal Militar y de acuerdo con la doctrina que acabamos de citar en el Fundamento de Derecho anterior. O dicho con otras palabras, «no tienen encaje en el Código Penal Militar» como estima en su informe el Fiscal de la Sala Segunda o como señala el Fiscal Togado de la Sala Quinta «la posible responsabilidad penal atribuible al miembro de la Cruz Roja responsable del curso no tendría en ningún caso carácter castrense».

En el mismo sentido favorable a la competencia de la jurisdicción ordinaria se ha expresado también el perjudicado, personado en las actuaciones del Juzgado de Instrucción n.º 3 de León, al considerar que «los hechos no pueden incardinarse en los supuestos penales contemplados por el Código Penal Militar».

La Sala, al realizar este análisis provisional sobre la competencia jurisdiccional, tiene en cuenta que la acción que da lugar al accidente que produce las lesiones al Sargento Primero don M.Á.S.B. tiene lugar durante la realización de las prácticas del Curso de Socorrismo Acuático, incluido en el Plan General de Preparación de la Unidad Militar de

Emergencias, cuyo desarrollo supone la participación de personal de Batallón de Intervención en Emergencias en calidad de «concurrentes», correspondiendo la responsabilidad del desarrollo y dirección del mismo a un instructor civil de la Cruz Roja, cualificado para el desarrollo del curso.

En concreto el día 29 de octubre de 2009, realizaban el ejercicio práctico: el Instructor, designado por la Cruz Roja Sr. C.Ch., y los militares, «alumnos concurrentes» al curso: Cabo C.M., que manejaba el embarcación como timonel; el Sargento Primero S., último que se lanzó al agua y resultó herido por la hélice y cuatro «alumnos concurrentes» más (un cabo y tres soldados) que ya habían saltado al agua desde la embarcación, en ejecución del ejercicio. No se trata, por tanto, de ninguna maniobra o ejercicio dirigido por un mando militar responsable del mismo, sino que todos los militares participantes, aún con distintos empleos, lo hacían con la misma condición de alumnos concurrentes.

En las declaraciones efectuadas ante el Juez Instructor Militar, todos los que vieron el salto del Sargento lesionado, que fue el último en lanzarse al agua, estiman que fue totalmente accidental y que para nada hubo falta de cuidado de terceras personas.

Por tanto, de las declaraciones efectuadas por los que estaban presentes en el momento de ocurrir los hechos, parece deducirse que no existe ninguna maniobra negligente por parte del Cabo, timonel de la embarcación, que pudiera dar lugar a la caída al agua del Sargento Primero accidentado. El propio accidentado estima que no hubo intervención de terceras personas en su caída y en su declaración ante el Juez Instructor afirma literalmente que «... en cumplimiento del ejercicio, se puso de pie en el balón o lateral y saltó, por circunstancias que no puede concretar y pese a que tomó las medidas de precaución adecuadas, sin conocer el motivo, lo cierto es que pudo resbalar o de alguna manera prever mal el salto, llegando a ser alcanzado por la hélice de la Zodiac».

Sobre la actuación del Instructor del ejercicio práctico Sr. C. no existe ningún dato en ninguna de las dos Diligencias Previas instruidas, ni se ha tomado declaración al mismo por ninguno de los dos jueces instructores.

Cuarto.—La Sala tiene también en cuenta que consta en las actuaciones instruidas ante el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42, escrito del Jefe del V Batallón de Intervención en Emergencias que remite copia del mensaje del General Jefe de la UME de fecha 2 de noviembre de 2009 «por el que se recuerda la obligatoriedad del uso de los protectores de hélice y la prohibición de realizar cualquier tipo de actividad sin el uso de los mismos». Dice también el escrito que «Esta Unidad no tiene constancia de ninguna otra orden anterior a la misma.»

Pues bien, este mensaje que prohíbe realizar actividades sin el protector de hélice es de fecha cuatro días posterior a los hechos y sí tiene un antecedente en otras instrucciones incorporadas a las Diligencias del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42. En efecto, sobre el protector de la hélice, que no llevaba la Zodiac el día del accidente, todos los que han declarado conocían que existen instrucciones para que las Zodiac llevaran dicho protector en los ejercicios que practiquen. En concreto este recordatorio consta en un escrito titulado «Recordatorio de Medidas de Seguridad para ser cumplimentadas y observadas durante las prácticas de Agua y Vertical los martes y los miércoles»; este escrito fechado el 24 de julio de 2008 se refiere al manejo de embarcaciones señalando: «En las Zodiac, y en tanto no se resuelva el problema del carenado de las hélices, sólo el patrón y su instructor/proel están autorizados a sentarse en la borda (mantener campo visual), debiendo el resto ir sentado en cubierta». De lo instruido, hasta la fecha, no puede concluirse que se incumpliera este recordatorio sobre la situación en la embarcación.

Por tanto, fuera de la escena del accidente, puede quedar pendiente la determinación de la incidencia en el mismo de la ausencia de la protección de la hélice que teniendo como finalidad principal, según advierte el informe pericial, la protección de la propia hélice, tiene indudablemente una directa relación con las heridas que la misma puede provocar. En cualquier caso advirtiendo la carencia de esta posible línea de investigación, así como la ausencia de declaración, en ambas Diligencias Previas, del Instructor de la Cruz Roja, no cabe en el momento presente apreciar, como decíamos al principio, siguiendo la doctrina de esta Sala, que los hechos puedan ser constitutivos de un delito de los comprendidos en

el Código Penal Militar. No cabe apreciar que los hechos investigados puedan ser constitutivos de un delito militar en el estricto sentido con que lo define el art. 20 del mencionado texto legal, según el cual lo son las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas en este Código.

Por otra parte, estima también la Sala que, la provisional calificación de que los hechos pudieran constituir un delito del art. 316 del Código Penal de «Contra la Seguridad e Higiene en el Trabajo» que figura en la carátula de las Diligencias Previas incoadas por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León y a la que también se remite el Fiscal Togado, no parece una calificación acertada en relación con los hechos, hasta ahora, investigados y no existe razonamiento y motivación suficiente que así lo justifique, sino que más bien parece una inercia derivada del parte de accidente laboral del INSALUD que inicia las Diligencias Previas del Juzgado.

Quinto.—Por último, la resolución que sobre los razonamientos expuestos hemos de dictar declarando la competencia del Juzgado de instrucción n.º 3 de León, no será obstáculo, para que si, como consecuencia de las investigaciones que se realicen, resultara acreditado alguna conducta o hecho que de forma directa o indirecta afectara al resultado final de las lesiones sufridas por el accidentado y pudiera ser calificada como constitutiva de un delito militar, el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León al que declaramos competente en la actual situación de los procedimientos tramitados, se inhibiera a favor de la jurisdicción militar en aplicación de las reglas de competencia establecidas en la legislación antes citada.

En consecuencia:

FALLAMOS

Resolviendo el presente conflicto negativo de jurisdicción a favor de la jurisdicción ordinaria y atribuyendo el conocimiento de las actuaciones, como competente para ello, al Juzgado de Instrucción n.º 3 de León en las Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 0003812/2009-E que por el mismo se siguen.

Remítanse las actuaciones recibidas al referido Juzgado, poniéndose lo resuelto en conocimiento del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 42 de Valladolid. Declarando de oficio las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Don José Carlos Dívar Blanco; don Julián Sánchez Melgar; don Francisco Menchén Herreros; don Fernando Pignatelli Meca; don Manuel Marchena Gómez.

Fecha:14/04/2011.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Pignatelli Meca respecto de la sentencia de fecha 13 de abril de 2011 dictada en el conflicto negativo de jurisdicción núm. A39/06/2010, entre del Juzgado de Instrucción núm. 3 de León y el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 de Valladolid, y al que se adhiere el Magistrado don Manuel Marchena Gómez.

Formulo el presente Voto Particular, que tiene el carácter de discrepante, porque, en mi opinión, la Sala debió declarar la competencia del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42, de Valladolid, para seguir conociendo de los hechos objeto de las Diligencias Previas núm. 42/50/09, incoadas por el indicado Juzgado por razón de los hechos ocurridos el 29 de octubre de 2009, en el embalse de Barrios de Luna -León- durante la realización, según el Plan General de Preparación de la Unidad Militar de Emergencias –UME– para el año 2009, de las prácticas del Segundo «Curso de Socorristas de Rescate Acuático 2009», y a consecuencia de los cuales resultó lesionado el Sargento Primero perteneciente a la 52 CIEN del BIEM V de la UME Don M.Á.S.B..

Antecedentes de hecho

Se admiten los de la sentencia de la que se disiente.

Fundamentos de Derecho

Primero.—A partir del Tercero de sus Fundamentos de Derecho, la Sentencia de que disiento omite —cual ocurrió en la deliberación, durante la dación de cuenta a la Sala, lo que me ví obligado a poner de manifiesto en dicho acto— un abundante conjunto de datos fácticos obrantes en las actuaciones cuya exposición y valoración resulta, a mi juicio, esencial a efectos de determinar, provisorio aun cuando fundadamente, cual haya de ser la jurisdicción competente para la investigación de los hechos.

La sentencia de la que discrepo parte de una premisa —tomada, como casi toda la escasa fundamentación jurídica de la misma, del informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de 14 de enero de 2011— que, con el mayor respeto al criterio de la mayoría, no se ajusta, en mi opinión, a la realidad.

El feble —a mi juicio— argumento sobre el que se hace descansar por la mayoría su decisión consiste en que la responsabilidad del «Curso de Socorrismo Acuático» —sic.— correspondía «a un instructor civil de la Cruz Roja, cualificado para el desarrollo del curso», especificando, tras ello, respecto al ejercicio práctico que se desarrollaba el 29 de octubre de 2009, que no se trataba «de ninguna maniobra o ejercicio dirigido por un mando militar responsable del mismo, sino que todos los militares participantes, aun con distintos empleos, lo hacían con la misma condición de alumnos concurrentes».

En definitiva, la argumentación de la mayoría no es otra que, dado que las prácticas del Curso de Socorristas de Rescate Acuático en que participaba el lesionado Sargento Primero S.B. se desarrollaban bajo la dirección y supervisión del instructor de la Cruz Roja don J.C.Ch., la posible responsabilidad penal atribuible no tendría en ningún caso carácter castrense, tal y como ha argumentado tanto la Fiscalía del Tribunal Supremo, el Excmo. Sr. Fiscal Togado e incluso la dirección letrada del Suboficial lesionado.

Segundo.—No comparto esta premisa del silogismo judicial —y, por ende, la conclusión a que se llega en el mismo— porque aquella pasa por alto o ignora un abundante conjunto de datos obrante en el procedimiento instruido por el propio Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 que aboca a entender que no era, como se pretende, el instructor de la Cruz Roja, Sr. C.Ch., la persona responsable del desarrollo del Segundo «Curso de Socorristas de Rescate Acuático 2009», y que, desde luego, la embarcación perteneciente a la UME cuya hélice ocasionó las lesiones al Sargento Primero S.B. ni pertenecía a la Cruz Roja o a dicho instructor, sino a la UME del Ejército de Tierra, ni era patroneada, al momento de acontecer los hechos, por el Sr. C.Ch., sino, como no podía ser de otra forma, por un militar miembro de la UME.

Dicho Curso era una actividad programada del BIEM —Batallón de Intervención de Emergencias— V de la Unidad Militar de Emergencias —UME— del Ejército de Tierra, con base en El Ferral de Bernesga —León— como resulta de los folios 19 y 29 de las Diligencias Previas núm. 42/50/09, afirmándose en el Mensaje Oficial de 30 de octubre de 2009 dirigido por el Jefe del BIEM V de la UME al Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 que obra a los folios 1 a 4 de tales Diligencias que la realización de las prácticas lo era «según programa vigente para esta Unidad», lo que el propio Juzgado recoge en su Auto de fecha 9 de noviembre de 2009 —folios 5 y 6—, por el que acuerda la incoación de las aludidas Diligencias Previas núm. 42/50/09. De las prácticas, como de todo el Curso, era responsable el mando militar del BIEM V, pues unas y otro se consideran «actividades de formación» de los miembros de la UME —como resulta del «Plan General de Preparación año 2009» que figura a los folios 30 a 35—, y ello aun cuando el título oficial lo expida la Cruz Roja —folio 33—.

Pero es que, a mayor abundamiento, y sobre todo, la embarcación «zodiac», modelo «MK4» en que, sobre las 12'20 horas del 29 de octubre de 2009 se realizaba el ejercicio de prácticas en el que resultó lesionado el Sargento Primero S.B. pertenece a la Unidad Militar de Emergencias —asignada al BIEM V— y era patroneada por el Cabo don J.L.C.M.,

destinado en el BIEM V de la UME –León–, tal y como este reconoce en su declaración testifical de 10 de febrero de 2010, obrante a los folios 41 y 42, Cabo que no era, por tanto, como se afirma en la Sentencia, «el que manejaba el –sic.– embarcación como timonel», pues él mismo manifiesta «que era el conductor de la ZODIAC en la cual sucedieron los hechos... que así mismo el declarante manifiesta que posee el título necesario para manipular la misma (P.N.B. Patrón de Navegación Básica)». En este mismo sentido, el Capitán don I.H.H. –destinado en el BIEM V de la UME, en León– manifiesta, en su declaración testifical de fecha 22 de abril de 2009 –folios 49 y 50–, que «previamente a que el Cabo 1.º iniciara o diera las oportunas instrucciones de seguridad el declarante marca los ejercicios que se debían de practicar en el embalse... el declarante vió que el Cabo 1.º reunía a los participantes para entablar la charla oportuna previa al ejercicio».

En definitiva, el instructor de la Cruz Roja, Sr. C.Ch., no era el responsable del Curso, ni siquiera del concreto ejercicio de prácticas, para el que no marcaba los ejercicios a realizar en el embalse, cosa que hacía el Capitán don I.H.H., mientras que era un Cabo 1.º quien impartía a los militares participantes las oportunas instrucciones de seguridad que se debían de observar.

Tercero.–Dado el modo en que ocurrieron los hechos, la cuestión determinante de la competencia de uno u otro Juzgado no es, a mi entender, la atinente a quien fuera el responsable de la impartición de las prácticas del Curso –que, a tales efectos, resulta indiferente–, sino, por contra, la consistente en quien fuera la persona encargada del mantenimiento de la embarcación «zodiac», modelo «MK4», desde la que cayó al agua el Sargento Primero alumno de dicho Curso don M.Á.S.B., y cuya hélice produjo a este lesiones de pronóstico grave –herida inciso- contusa en el pene con pérdida de sustancia; herida inciso-contusa en ingle con disección de plano subcutáneo; hematoma testicular derecho; fractura de 9.º y 10.º arcos costales derechos–, y, más en concreto, quien pudiera haber sido el responsable de que dicha embarcación fuera utilizada en la realización de las prácticas del Curso de Socorristas de Rescate Acuático llevadas a cabo el 29 de octubre de 2009 sin que la hélice del motor de la misma se hallara provista del protector que, según se deduce, como luego veremos, de la prueba testifical y documental obrante en las Diligencias Previas núm. 42/50/09, era de uso obligado en tal clase de embarcaciones militares el día 29 de octubre de 2009.

Cuarto.–En este sentido, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia con la que expreso mi disconformidad se afirma que «en las declaraciones efectuadas ante el Juez Instructor Militar, todos los que vieron el salto del Sargento lesionado, que fue el último en lanzarse al agua, estiman que fue totalmente accidental y que para nada hubo falta de cuidado de terceras personas».

Tal vez con esta frase quiera hacerse referencia a que fue accidental no el salto del Sargento primero S.B., como de una interpretación literal de la misma resulta, sino a que las lesiones sufridas por éste una vez que estuvo en el agua fueron accidentales.

Pues bien, para llegar a esta conclusión se prescinde de datos fácticos fundamentales que obran en las actuaciones practicadas en sede del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 de Valladolid, ello en orden al logro del objetivo de no relacionar las graves lesiones sufridas por el Sargento primero S.B. con el hecho de que fuera la hélice de la embarcación militar desde la que se realizaba el ejercicio la que se las ocasionó, y, más aún, que en dicho momento aquella hélice no iba provista del protector que era preceptivo que llevara.

En este sentido, la prueba testifical en sede jurisdiccional militar es, en contra de lo que se afirma por la Sentencia a que la mayoría presta su conformidad, determinante.

Así, en su ya citada declaración testifical el Cabo C.M., «conductor» –sic.– de la «zodiac» modelo «MK4» el día de autos, manifiesta que «sí» sabe que las «zodiac» en que se desarrollan los ejercicios de rescate acuático deben de llevar un protector en la hélice, que la «zodiac» que manejaba el día de los hechos «no» llevaba dicha protección y que «desconoce las causas» por las cuales no la llevaba.

Por su parte, el Cabo don A.P.L., en su deposición de fecha 10 de febrero de 2010, obrante a los folios 43 y 44 de las Diligencias Previas núm. 42/50/09, tras afirmar que él

«era una de la personas que debía de saltar de la ZODIAC», contesta a la pregunta de «si sabe que las zodiac en las cuales se desarrollan esos ejercicios de rescate acuático deben de llevar un[a] protección» diciendo «que cree que sí», que la «zodiac» del día de autos «no» llevaba tal protección y, asimismo, «que desconoce las causas por las cuales no la llevaba».

A su vez, el Soldado don F.R.A. –quien también se hallaba en la «zodiac» en la fecha de autos– manifiesta que «durante las charlas teóricas del curso se mencionó que era aconsejable que las hélices de las ZODIAC llevaran protecciones» y «que desconoce las causas por las cuales no la llevaba» [la «zodiac» el día de los hechos] –folio 45–.

Finalmente, en su declaración de 22 de abril de 2009 –folios 49 y 50– el Capitán H.H. si bien comienza afirmando que «en relación a las razones por las que no había protección de hélice el declarante manifiesta que la normativa militar actual no contempla la obligatoriedad de establecer dicha protección, teniendo por finalidad la protección de la hélice y evitar que ésta sufra daños», manifiesta, acto seguido, que «en cuanto a las razones por las cuales se instalaron las protecciones de hélice con posterioridad al accidente ocurrido el 23 de julio de 2008 estas son que ya habían ocurrido dos accidentes de semejante naturaleza que ocasionaron lesiones en ambos casos por lo que se decidió instalar dicha protección para incrementar la seguridad en caso de caída al agua de un participante». Fue, precisamente, el hecho de saltar al agua el Sargento Primero S.B., unido a la falta de protector en la hélice, lo que dio lugar a que esta le ocasionara las lesiones.

Pero más definitivo aún que este contundente conjunto de declaraciones testimoniales –sobre todo, la última– en sede jurisdiccional militar, es, a juicio del Magistrado que suscribe, la documental obrante a los folios 180 y 181 y 193 de las actuaciones, que, como tuvo ocasión de poner de manifiesto durante la deliberación –aun cuando es obvio que sin éxito–, demuestra, en contra de lo que se afirma por la Sentencia a que la mayoría presta su conformidad, que, al momento de ocurrir los hechos, existía una orden en la UME según la cual era obligado que las hélices de esta clase de embarcaciones militares fueran provistas de un protector.

Así, a los folios 180 y 181 obra un informe pericial –del que la Sentencia de que discrepo no hace, por cierto, mención alguna–, emitido el 9 de abril de 2010 por el Capitán del Ejército del Aire del Cuerpo General –Escala a extinguir de Oficiales– don J.M.G.L., en el que se afirma que «durante la realización del curso en el que ocurrió el accidente la embarcación empleada en el mismo carecía de protector de la hélice», ello «por estar deteriorado de un ejercicio anterior», tras lo que añade que «está enfocado para evitar el deterioro en el material, en este caso la hélice de la embarcación, y al producirse las prácticas en un embalse con accesos fáciles para las embarcaciones empleadas, con un calado suficiente y en aguas sin elementos en suspensión que pudiesen producir el citado deterioro de la misma, en el caso que nos ocupa esta Oficial considera que no sería imprescindible el uso del mismo». No obstante, al ratificar, el 20 de abril de 2010 –folios 189 y 190–, este informe pericial a presencia judicial, el perito –destinado, por cierto, en el BIEM V de la UME, como el Capitán H.H., los Cabos C.M. y P.L. y el Soldado R.A., Unidad a la que también pertenecía la «zodiac» modelo «MK4» cuya hélice lesionó al Sargento Primero S.B.–, Capitán G.L.–cuya cualificación para evacuar el informe pericial no es otra que la de ser «Patrón de Embarcación de Recreo (Patrón de Navegación Militar)»–, afirma, a preguntas de la Instructora, que «si hubiera llevado la zodiac el día de los hechos objeto de autos protección, las lesiones causadas al Sargento 1.º hubieran sido menores», que el día de autos la «zodiac» no llevaba protección en la hélice «porque se había roto en un ejercicio anterior, desconociendo cuando fue», «que en concreto el día del accidente no había protectores de repuesto», «que sí es fácil» cambiar el protector de la hélice de una embarcación a otra, «ya que se sujeta sólo con tornillos y son dos piezas de plástico» y que «desconoce» si el día del accidente se quedó en la Unidad alguna «zodiac» con el referido protector sin usar; más concretamente, a la pregunta sobre «si, como miembro de la UME, es conocedor de que hay instrucciones para que toda zodiac lleve protección en la hélice en los ejercicios que se practique», contesta «que sí, que hay una orden del

Teniente General Jefe de la UME o del Coronel Jefe del Estado Mayor», y requerido para que manifieste «quienes son los responsables de que las embarcaciones tipo zodiac lleven en los ejercicios la protección de hélice debida», afirma que «en primer lugar el jefe de Sección, luego el jefe de Compañía y en último lugar el jefe de la Unidad».

Y, por último, al folio 193 de las Diligencias Previas núm. 42/50/09 obra un Mensaje Oficial del Teniente General Jefe de la Unidad Militar de Emergencias, de fecha 2 de noviembre de 2009 –es decir, cuatro días después de ocurridos los hechos que ocasionaron las lesiones del Sargento Primero S.B.–, dirigido, entre otros destinatarios, al «JEBIEM V», o sea, al Jefe del V Batallón de Intervención en Emergencias –al que pertenecía la «Zodiac» con la que se realizó el ejercicio de prácticas el 29 de octubre de 2009, y en el que estaban destinados los testigos cuyas manifestaciones se han reseñado, el perito y el propio lesionado–, cuyo texto reza: «1.–Se recuerda la obligatoriedad del uso de los protectores de hélice en los motores de las embarcaciones Zodiac,s y Embra,s. 2.–Está absolutamente prohibida cualquier actividad con el citado material sin el uso de los protectores de hélice».

Quinto.–Del conjunto de la prueba de que se ha hecho mención se desprende, a mi juicio, de forma indiciaria que la causa de las lesiones sufridas por el Sargento primero S.B. no fue otra sino que la hélice del motor de la embarcación en la que llevaba a cabo un ejercicio programado por la Unidad de su destino –el BIEM V de la Unidad Militar de Emergencias del Ejército de Tierra– y desde la que cayó al agua, no dispusiera del protector que estaba ordenado que se usara en tales naves.

En primer lugar, que la «zodiac» modelo «MK4» es material pertenece a las Fuerzas Armadas se desprende de la «ficha historial del material» del Mando de Apoyo Logístico –Dirección de Abastecimiento y Mantenimiento– obrante al folio 103 y demás documentación relativa a la aludida embarcación obrante a los folios 104 a 177 de las Diligencias Previas núm. 42/50/09.

Sobre los efectos o consecuencias que la falta de protector en la hélice de la embarcación «zodiac» modelo «MK4» ocasionó, y frente a lo que, como anteriormente he dicho, se afirma en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de que disiento –»en las declaraciones efectuadas ante el Juez Instructor Militar, todos los que vieron el salto del Sargento lesionado, que fue el último en lanzarse al agua, estiman que fue totalmente accidental y que para nada hubo falta de cuidado de terceras personas–, es, por contra, lo cierto que el Cabo don J.L.C.M., testigo presencial y patrón de la «zodiac», afirma, en su nombrada declaración testifical de fecha 10 de febrero de 2010, que cree que los daños ocasionados al Sargento «hubieran podido ser menores si la hélice de la Zodiac hubiera llevado protección»; la misma respuesta ofrece el Cabo P.L., también testigo directo de los hechos, quien afirma que cree que los daños ocasionados al Sargento Primero «hubieran sido menores si la hélice de la zodiac hubiera llevado dicha protección» –folio 44–, y en idéntico sentido se pronuncia el Soldado R.A., testigo de pleno conocimiento como los anteriores, quien declara que «en su opinión a lo mejor se hubieran disminuido las lesiones ocasionadas al Sargento», a lo que añade –folio 46– que «el día del salto cree que faltaban ciertas medidas de seguridad individuales, tales como el chaleco o el cas[c]o, los cuales no los llevaban los miembros de la ZODIAC en la cual resultó lesionado el Sargento 1.º».

En definitiva, fue la carencia de un protector en la hélice durante la realización del ejercicio de prácticas en el que el Sargento primero don M.Á.S.B. tomaba parte al momento de sufrir las graves lesiones de que fue víctima, la causa de estas, y ello a pesar de que, como manifiesta el perito, Capitán G.L., y resulta indubitablemente del mensaje del Teniente General Jefe de la UME de 2 de noviembre de 2009 –folio 193–, redactado por el Comandante P.Q. y firmado por el Coronel M.Á.T., estaba ordenado el uso obligatorio de protectores de hélice en las embarcaciones como la utilizada en aquél ejercicio y prohibida cualquier actividad de las mismas sin usar tales protectores.

Sexto.–En el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia se pone en relación el Mensaje del General Jefe de la UME de 2 de noviembre de 2009 del que hemos hecho mención con el escrito de 24 de julio de 2008 sobre «Recordatorio de medidas de seguridad

para ser cumplimentadas y observadas durante las prácticas de agua y vertical los martes y los miércoles», concluyendo de ello que de lo instruido no puede inferirse que se incumpliera este recordatorio.

El hecho de que el Teniente Coronel Jefe del BIEM V afirme, en su escrito de fecha 10 de mayo de 2010 –folio 192–, que «esta Unidad no tiene constancia de ninguna otra orden anterior» a la que se contiene en el Mensaje del Teniente General Jefe de la UME de 2 de noviembre de 2009, para nada implica o supone que no exista dicha orden, pues según el DRAE, el verbo transitivo «recordar» –en aquél Mensaje, cuyo texto íntegro se reprodujo anteriormente, se empieza afirmando que «se recuerda la obligatoriedad del uso de los protectores de hélice...»– significa «traer a la memoria algo», «hacer presente a alguien algo de que se hizo cargo o que tomó a su cuidado».

Del texto del Mensaje del Teniente General Jefe de la Unidad Militar de Emergencias de 2 de noviembre de 2009 resulta que a través del mismo dicha autoridad hace presente a las Unidades que de él dependen –entre ellas, el BIEM V–, les trae a la memoria –para que no lo olviden y lo tengan presente–, un mandato –y como tal, en el ámbito militar, de obligado cumplimiento u observancia– preexistente.

Dicho Mensaje no es sino un recordatorio o remembranza de que, al parecer por haberse producido otros accidentes –al menos dos, y uno de ellos el 23 de julio de 2008– similares al sufrido por el Sargento Primero S.B. –lo que, según hemos visto que declara el Capitán H.H., motivó que se decidiera «instalar dicha protección para incrementar la seguridad en caso de caída al agua de un participante»–, no podían desarrollarse actividades como la que se llevó a cabo el 29 de octubre de 2009 sin que las embarcaciones de la UME fueran dotadas de protectores de hélice. Su propia literalidad permite entender que, con anterioridad al mismo, se había emitido una orden en virtud de la cual era obligado el uso de protectores de hélice en las embarcaciones «zodiac».

Y no es posible, a mi juicio, como pretende la mayoría, relacionar este Mensaje Oficial del Teniente General Jefe de la UME de 2 de noviembre de 2009 con el escrito de 24 de julio de 2008 sobre «Recordatorio de medidas de seguridad para ser cumplimentadas y observadas durante las prácticas de agua y vertical los martes y los miércoles», obrante a los folios 95 a 97, porque este último documento viene suscrito por el Teniente Coronel Jefe del BIEM V y lo que «recuerda» el Teniente General Jefe de la UME el 2 de noviembre de 2009 es una orden o mandato preexistente emitida por él y no lo que hubiere podido ordenar un mando militar subordinado.

Séptimo.–Finalmente, en el Cuarto de sus Fundamentos de Derecho, la resolución con la que muestro mi disconformidad viene a resolver la cuestión esencial de la ausencia de protector en la hélice –que reconoce que «tiene indudablemente una directa relación con las heridas que la misma puede [sic.] provocar»–, aunque advirtiendo «la carencia de esta posible línea de investigación», para justificar así su conclusión de que no cabe, en el momento presente, apreciar que los hechos puedan ser constitutivos de un delito de los comprendidos en el Código Penal Militar.

Nada más lejos de la realidad. Se ha prescindido por la mayoría de la consideración de la abundante prueba obrante en los autos de que hemos hecho examen, de la que resultan indicios más que bastantes para entender que fue la falta de protector en la hélice del motor de la embarcación lo que originó que, al caer al agua el Sargento primero S.B., este se viera «alcanzado por la hélice del motor de la citada embarcación en la zona perineo-inguinal derecha», tal y como el propio Suboficial expone en el parte que suscribe el 5 de noviembre de 2009 y que obra al folio 8 de las tan citadas Diligencias Previas núm. 42/50/09.

Los hechos son, en consecuencia, presuntamente constitutivos de un delito contra la eficacia del servicio de los configurados en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar, pues concurren todos los elementos precisos para integrar dicho tipo delictivo, pues es obvia la existencia de una negligencia profesional o imprudencia por parte de quien –o quienes– autorizó que se llevara a cabo el ejercicio o práctica del Curso de Socorristas de Rescate Acuático el 29 de octubre de 2009 utilizando una embarcación militar que no disponía del debido protector de hélice.

Y, como es lógico, tal eventual responsabilidad no puede imputarse, ni por asomo, al instructor de la Cruz Roja don J.C.Ch.. A tal efecto, el párrafo segundo del antedicho escrito del Teniente Coronel Jefe del BIEM V de 10 de mayo de 2010 -folio 192-, en el que, tras afirmar que la Unidad de su mando «no tiene constancia de ninguna otra orden anterior» al Mensaje del Teniente General Jefe de la UME de 2 de noviembre de 2009 –lo que para nada casa con el texto de dicho Mensaje–, indica, en relación al Curso de Socorristas de Rescate Acuático, que «está incluido en el Plan General de Preparación de la UME... correspondiendo la responsabilidad del desarrollo y dirección del mismo a instructores civiles pertenecientes a la Cruz Roja Española. Concretamente, en el día de los hechos, el instructor era don J.C.Ch., instructor cualificado por la Cruz Roja para el desarrollo del curso», no es, a tenor de cuanto hemos expuesto, sino un burdo intento de eludir responsabilidades en orden al hecho nuclear, es decir, en relación a por qué la embarcación militar con la que se desarrollaba el Curso no disponía de protector de hélice, responsabilidad que, como declara el perito, Capitán G.L. –folio 190–, perteneciente, no se olvide, al propio BIEM V, correspondía al Jefe de Sección, al Jefe de Compañía y al Jefe de la Unidad –este último, el propio Teniente Coronel Jefe del BIEM V que suscribe el meritado escrito de 10 de mayo de 2010–.

Pretender que la posición de garante acerca del cumplimiento de las órdenes que la cúpula de la cadena de mando de la UME imparte a sus Unidades acerca de las concretas medidas de seguridad a adoptar en relación a las embarcaciones militares –material propio de las Fuerzas Armadas– recaiga sobre un instructor de la Cruz Roja cuya misión era, según declara el Cabo P.L., «dar las explicaciones oportunas sobre las medidas de precaución que debían adoptar a la hora de saltar de la ZODIAC para que no tuvieran ningún accidente» –lo que, en idénticos términos, reitera el Soldado R.A.–, medidas de seguridad que explicita el Capitán H.H. en su declaración, no es sino ignorar lo que ha venido siendo doctrina de esta Sala Especial y reiterada de la Sala de lo Militar de este Alto Tribunal.

Octavo.–Los hechos habrían, pues, de ser indiciariamente subsumidos en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar, que describe acciones imprudentes de un militar con resultado de muerte o lesiones, y no en el tipo delictivo configurado en el artículo 316 del Código Penal.

Hemos, al efecto, de partir de que, como afirma, entre otras, la Sentencia de esta Sala Especial de 16 de diciembre de 2008, «el conocimiento de los supuestos en que el hecho sea susceptible de ser subsumido en el Código penal y en el Código penal militar se atribuye, según dispone el art. 12.1.º de la L.O. 4/1987, a la jurisdicción militar, salvo lo dispuesto en el artículo 14 (sobre los delitos conexos), si bien la norma contenida en aquél artículo, como la Sala de Conflictos tiene declarado en sentencia de 12 de julio de 2002, debe ser interpretada conforme al principio constitucional antedicho, por lo que en cualquier caso ha de determinarse si el acto de que se trata ha afectado realmente, o al menos puesto en peligro, el bien jurídico militar que la concreta norma del Código penal militar trata de proteger».

En este sentido, resulta, a mi juicio, palmario que los hechos ocurridos el 29 de octubre de 2009 han lesionado la eficacia del servicio, bien jurídico objeto de tuición en el artículo 159 del Código punitivo castrense.

Entre el hecho de no haberse colocado el protector en la hélice de la «zodiac» modelo «MK4», perteneciente a las Fuerzas Armadas –y, en concreto al Ejército de Tierra–, desde la que se realizaba el ejercicio, contraviniendo las órdenes que obligaban a ello, y las lesiones ocasionadas por la hélice –así desprovista de este factor de seguridad– de dicha embarcación al Sargento Primero S.B., se aprecia, desde una perspectiva causalista de orden natural y de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, un evidente nexo causal, pues se creó con aquella omisión un riesgo desaprobado jurídicamente al incumplir un deber objetivo de cuidado en contra de lo que constituía una previsión o norma de seguridad específicamente ordenada para el uso de tal embarcación; y, además, el resultado producido fue consecuencia directa del riesgo creado por esta actuación omisiva –y no por la actuación del instructor de la Cruz Roja–, cuya eficacia causal

determinante del mismo resulta indubitable, pues es a esa conducta omisiva de la orden de utilizar protector en las hélices de este tipo de embarcaciones, realizadora del riesgo y suficiente para causar el resultado lesivo, a la única que, en recta lógica, este ha de atribuirse.

En suma, de las actuaciones se desprende inequívocamente, a mi entender, que de las conductas intervinientes causalmente en el resultado acaecido, la directa, completa e inmediata, y, por tanto, la realmente eficaz, en la medida en que realizó y completó el riesgo, fue la consistente en permitir que la «zodiac» modelo «MK4» fuera utilizada en las prácticas del Curso de Socorristas de Rescate Acuático llevadas a cabo el 29 de octubre de 2009 sin que la hélice de la misma estuviera provista del protector, lo que supuso, cuanto menos, una flagrante vulneración u olvido del deber objetivo de cuidado al no observar lo ordenado al respecto, lo que, a más de constituirse en la causa eficiente y directa de las lesiones causadas al Sargento primero S.B., comporta un grave y acabado ataque al específico bien jurídico tutelado por el artículo 159 del Código Penal Militar.

Se omitió, pues, por parte de quien estaba obligado a observar y cumplimentar lo ordenado por el mando militar –el Jefe de Sección, el de Compañía o el del BIEM V, o todos ellos–, la diligencia necesaria para prever y evitar el resultado dañoso –que es la esencia de la conducta imprudente–, por lo que resulta incuestionable, a mi entender, la indiciaria subsunción de los hechos en el tipo delictivo configurado en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar. Dice al respecto la Sentencia de la Sala de lo Militar de 21 de octubre de 2003 que «el deber objetivo de cuidado, tanto interno como externo, que dejó de observar el recurrente en una situación de riesgo socialmente aceptado, en función del fin que cumple el ejercicio de adiestramiento... necesario para la formación militar, debe conceptuarse como constitutivo de imprudencia leve comprendida en el precepto aplicado cuando la omisión de aquel deber de diligencia resulta determinante, en adecuada relación causal, de la producción del resultado lesivo cuya realización se habría evitado si el autor hubiera desplegado el suplementario cuidado, que debió acomodarse a la especial configuración del riesgo... La necesidad de individualización del riesgo exige que ante peligros elevados, se adopten también medidas extraordinarias para la evitación de los resultados dañosos. La medida del deber de cuidado genérica se concreta, como dice el art. 1104 del Código Civil, “de acuerdo con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” (STS. Sala 2.ª 24.11.1989 y 23.04.1992)».

Por su parte, la Sentencia de la aludida Sala Quinta de este Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2005 afirma, en relación a la cuestión de la imputación objetiva del resultado en los hechos imprudentes, en función del deber objetivo de cuidado infringido y de la concreción del resultado lesivo o dañoso en el ámbito del riesgo creado o incrementado por la conducta del sujeto activo, que «el tipo culposo consiste en la creación o incremento del riesgo no permitido por omisión del deber de cuidado, objetivo y subjetivo, exigible al sujeto, con carácter general y en función del caso concreto (art. 1.104 del Código Civil). La imprudencia se basa en la previsibilidad del riesgo y en la evitabilidad del resultado, que se produce por consiguiente conectado en términos normativos a la generación del riesgo desaprobado; de manera que cuando el evento esté desvinculado de cualquier actuación imprudente falla por su base la posible imputación objetiva. Es cierto que existen casos en que la creación del peligro está admitido, como sucede con el manejo y utilización de las armas en ejercicios de fuego real cuya realización forma parte del adiestramiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, sin que ello autorice a rebajar el nivel de exigencia del deber de cuidado sino que, bien al contrario, éste ha de elevarse hasta quedar situado a la altura que demanda el riesgo extraordinario que se crea, con objeto de evitar el resultado. También es cierto que la posición de garante correspondía al Oficial Superior que ejercía al mando y las funciones de Jefe de Seguridad, Comandante..., y que el deber de diligencia exigible según el tipo penal aplicable y la actividad que se realizaba era el más cuidadoso cuya omisión daría lugar a la imprudencia leve, que reiteradamente hemos declarado está incluida en la conformación del delito del art. 159.2.º CPM».

En esta línea asazmente reiterada, la Sentencia de la tan nombrada Sala de lo Militar de este Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010, seguida por la de la misma Sala de 25

de enero de 2011, señala que en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar «se tipifica una conducta imprudente que, conforme a la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, conlleva como elementos: la acción desprovista del deber de cuidado exigible, el resultado lesivo o dañoso, la relación o nexo causal entre ambos elementos y la imputación objetiva del resultado al autor (Sentencia de esta Sala V de 8 de marzo de 2006). La base de la imprudencia punible se halla en la infracción del deber subjetivo y objetivo de cuidado, es decir, en la falta de previsión de lo previsible y de evitación de lo evitable, si el sujeto hubiera desplegado la diligencia exigible en el caso concreto».

Por último, siguiendo la Sentencia de la Sala Quinta de 11 de noviembre de 2010 –Ponente Excmo. Sr. don Francisco Menchén Herreros–, la presuntiva incardinación de los hechos de que se trata en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar y su indiciaria atribución a los mandos del BIEM V de que se ha hecho mención traería causa de que la falta de protector en la hélice «fue determinante para la producción del resultado lesivo, convirtiéndose en causa eficiente del mismo; y, finalmente, porque resultó trascendental para la producción del resultado la omisión de las medidas de seguridad que como encargado de la instrucción y adiestramiento en el manejo del arma en cuestión... y como primer responsable en el cumplimiento de las normas de seguridad que para un ejercicio de ese tipo, se deben exigir y cumplir. A él le estaba encomendado específicamente la observancia de todas las normas establecidas para el desarrollo de un ejercicio en el que los riesgos potenciales eran muy elevados, y en tal sentido, la subsunción de su conducta en el tipo previsto en el artículo 159, párrafo segundo del Código Penal Militar, resulta plenamente ajustada a derecho».

En conclusión, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –Sentencia núm. 2252/01 de la Sala Segunda, de 29 de noviembre de 2001, entre otras muchas–, establece que los requisitos penalmente relevantes de la imprudencia se pueden resumir así: a) existencia de acción u omisión voluntaria pero no maliciosa; b) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; c) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados y que constituye la base de la antijuridicidad en la conducta imprudente; d) causación de un daño, y e) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido. Y añade aquella Sentencia de 29-11-2001 que «cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación».

Noveno.–En definitiva, y por todo lo expuesto, desde el respeto a la opinión mayoritaria, considero que la Sala debió resolver el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de León en las Diligencias Previas núm. 3812/09 y el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 de Valladolid en las Diligencias Previas núm. 42/50/09, declarando la competencia del órgano jurisdiccional militar últimamente citado para seguir conociendo de los hechos objeto del meritado procedimiento.

Don Fernando Pignatelli Meca

Don Manuel Marchena Gómez.