



Roj: **SAP V 3309/2011 - ECLI: ES:APV:2011:3309**

Id Cendoj: **46250370042011100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **31/05/2011**

Nº de Recurso: **156/2011**

Nº de Resolución: **407/2011**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE MANUEL MEGIA CARMONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

VALENCIA

APELACIÓN PENAL SENTENCIA 156/11

JUZGADO DE LO PENAL Nº 12 DE VALENCIA

CAUSA P.A. 581/09

INSTRUCCIÓN Nº 10 DE VALENCIA - P.A. Nº 121/08

FISCAL: Sra Adoración Cano Cuenca.

SENTENCIA NUMERO 407/11

=====

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. ANTONIO FERRER GUTIERREZ

Magistrados:

D. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA

Dª MARIA JOSE JULIA IGUAL

=====

En la ciudad de Valencia, a 31 de Mayo de 2011

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia número 100/11 de fecha 18 de Febrero de 2011, pronunciada por la Sra. Magistrada del Juzgado de lo penal nº 12 de Valencia, en la causa P.A. 581/09, dimanante del P.A. 121/08 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Valencia, por delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes.

Han sido partes en el recurso, como apelantes Florentino , representado por la Procuradora Dª Elena Gil Bayo y defendido por la Letrada Dª. Mª del Carmen Martínez Falquet, y el MINISTERIO FISCAL y como apelados Leopoldo representado por la Procuradora Dª Amparo Balbastre Llorens y defendido por la Letrada Dª Mª Del Carmen Martínez Falquet y Romeo representado por el Procurador D. Francisco José Real Marqués y defendido por el Letrado D. Francisco Real Cuenca, y ponente el Sr. Magistrado Don JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA.



I.-ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: " PRIMERO: Se declara probado que el día 12 de enero de 2006 sobre las 9'19 horas estaban trabajando en la obra sita en Valencia en la calle Médico Fayos número 11 los trabajadores Alexis , oficial de 22, y Clemente , trabajador eventual con categoría de 2ª, obras de construcción de 201 viviendas siendo la empresa promotora EDIVAL (Edificios Valencia SA) la cual había subcontratado con SERVIATES SL las actuaciones derivadas de la instalación y montaje, manteniendo de aparatos de elevación y andamios; el objeto del trabajo a realizar ese día era el desmontaje de la plataforma motorizada monomástil marca SAFI, MODEL SCAF 2000 SCE. Leopoldo , mayor de edad y sin antecedentes penales, es el apoderado de la empresa SERVIATES SL y con cargo de ingeniero técnico industrial. Tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con Allianz. Romeo , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el coordinador de seguridad y jefe de obra empleado por EDIVAL, la cual tenía seguro de responsabilidad civil con Zurich SA.

SEGUNDO: En el día señalado 12 de enero de 2006, los trabajadores Alexis y Clemente , bajo la orden del encargado de obra de Serviates Florentino , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual no esta presente en el lugar, conocía las características concretas del trabajo a realizar y que la plataforma estaba montada de forma asimétrica, dio la orden general a los trabajadores de la tarea a realizar sin adoptar las oportunas medidas de seguridad ni comprobar que las llevaban ni atender la peligrosidad de la tarea que encargó; los trabajadores procedieron a iniciar las labores de desmontaje de la plataforma motorizada y al estar retirando el último arriostramiento de la plataforma con el anclaje a la fachada de edificio al ser asimétrica por tener salientes de distinta longitud, la plataforma se desmoronó, derrumbó arrastrando y cayendo ambas personas al suelo desde una altura de 6 metros. Al caer la plataforma al suelo resultó con daños el vehículo de motor Opel Zafira matrícula YSK , propietario Teresa en cuantía de 16.357 € que son pagados por su compañía aseguradora Plus Ultra SA que tenía seguro a todo riesgo del vehículo.

TERCERO: Como consecuencia de este accidente Alexis tuvo lesiones consistente en fractura del maleolo media del tobillo izquierdo fractura conminuta de los huesos propios, fracturas vertebrales T.6 y T.8, policontusiones y contusión atropamiento del pibe derecho con tratamiento médico quirúrgico con material de osteosíntesis, rehabilitación, tardando en curar 462 días y con 14 días de hospitalización quedándole varias secuelas; no reclama responsabilidad civil por haber sido indemnizado antes el juicio oral. Igualmente Clemente tuvo lesiones consistentes en policontusiones, heridas contusa en el codo derecho y cervicalgia con tratamiento médico de sutura y rehabilitación tardando en curar 95 días con un día de hospitalización, no reclama responsabilidad civil por haber sido indemnización antes del juicio oral. "

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: " Que debo condenar y condeno a Florentino como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal con 2 delitos de lesiones imprudentes, con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de atenuante de reparación del daño a la pena de 6 meses de prisión y 6 meses de multa con cuota diaria de 8 € inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tempo de la condena y pago de las costas procesales, con responsabilidad directa y solidaria en el pago de multa a la empresa SERVIATES S.L. Que debo absolver y absuelvo a Leopoldo y Romeo de los delitos que venían siendo acusados ".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de se interpuso contra la misma recurso de apelación, el cual substancialmente fundó en los motivos expuestos en dicho escrito.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones el día 6 de Mayo de 2.011 y examinados los autos objeto de apelación, se estimó que no era necesaria la celebración de vista que se indica en el artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que procedía dictar Sentencia sin más trámite, en virtud de lo dispuesto en el artículo 792 de la misma Ley, señalándose para la deliberación y fallo el día 18 de este mismo mes, tras lo cual se trajo la cuestión a la vista para dictar la resolución oportuna, tunándose la ponencia al Magistrado Sr. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA, que expresa las razones del Tribunal

II.-HECHOS PROBADOS

NO SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia apelada, declarándose así que el día 12 de enero de 2006 sobre las 9'19 horas estaban trabajando en la obra que la empresa promotora EDIVAL (Edificios Valencia SA) realizaba en la calle Médico Fayos número 11 Valencia los trabajadores Alexis , oficial de 22, y Clemente , trabajador eventual con categoría de 2ª, obras de construcción de 201 trabajadores de SERVIATES con la cual había subcontratado la promotora la instalación, montaje y manteniendo de aparatos de elevación y andamios.

El día citado, con el fin de desmontar la plataforma motorizada monomástil marca SAFI, MODEL SCAF 2000 SCE. El acusado Leopoldo , mayor de edad y sin antecedentes penales, apoderado de la empresa SERVIATES



SL y con cargo de ingeniero técnico industrial, encomendó a los trabajadores el cometido indicado, siendo Romeo , mayor de edad y sin antecedentes penales, el coordinador de seguridad y jefe de obra empleado por EDIVAL.

Los trabajadores Alexis y Clemente , bajo la orden del encargado de obra de Serviates, el también acusado Florentino , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual no esta presente en el lugar que conocía las características concretas del trabajo a realizar y que la plataforma estaba montada de forma asimétrica, dio la orden general a los trabajadores de la tarea a realizar.

Alexis tenia amplísima experiencia en trabajos como el que estaba desarrollando, habiendo recibido formación acerca de ellos y conocía como descargar y desmontar andamios asimétricos, actuando aquel día como jefe del equipo formado por el mismo y por el otro lesionado Clemente , contratado eventual pero que también tenía experiencia en trabajar en el montaje de andamios al haber realizado ese trabajo durante años en otra empresa del ramo. Ambos habían recibido, además todos los elementos de seguridad personal precisos para desarrollar el trabajo con seguridad, que ese día llevaron a la obra.

Así, procediendo los trabajadores a iniciar las labores de desmontaje de la plataforma motorizada, acumulando las partes que desmontaban en la plataforma, y al estar retirando el último arriostamiento de la plataforma con el anclaje a la fachada de edificio al ser asimétrica por tener salientes de distinta longitud, la plataforma se desmoronó, derrumbó arrastrando y cayendo ambos trabajadores al suelo desde una altura de 6 metros.

Al caer la plataforma al suelo resultó con daños el vehículo de motor Opel Zafira matrícula YSK , propietario Teresa en cuantía de 16.357 € que son pagados por su compañía aseguradora Plus Ultra SA que tenía seguro a todo riesgo del vehículo.

Como consecuencia de este accidente Alexis tuvo lesiones consistentes en fractura del maleolo media del tobillo izquierdo fractura conminuta de los huesos propios, fracturas vertebrales T.6 y T.8, policontusiones y contusión atropamiento del pibe derecho con tratamiento médico quirúrgico con material de osteosíntesis, rehabilitación, tardando en curar 462 días y con 14 días de hospitalización quedándole varias secuelas; no reclama responsabilidad civil por haber sido indemnizado antes el juicio oral. Igualmente Clemente tuvo lesiones consistentes en policontusiones, heridas contusa en el codo derecho y cervicalgia con tratamiento médico de sutura y rehabilitación tardando en curar 95 días con un día de hospitalización, no reclama responsabilidad civil por haber sido indemnización antes del juicio oral.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho y no los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, en lo que se opongan a lo que después se dirá.

SEGUNDO.- Dictada Sentencia condenatoria contra uno de los acusados por delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes, y absolutoria a favor de los demás acusados, se interpone recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por la representación del condenado Florentino .

El Ministerio Público interesa la condena de los absueltos Leopoldo y Romeo , alegando como motivo de recurso un error en la valoración de la prueba que produce una infracción de los artículos 316, 318 y 152.1º del C.Penal.

Por su lado la defensa del condenado entiende, como motivo de recurso, que se ha incurrido en la Sentencia en manifiestos errores en la valoración de la prueba que lleva al Juez a quo a incurrir, como segundo motivo, en defectos de aplicación de preceptos legales que produce, tercer motivo, una vulneración de la presunción de inocencia, desarrollando su recurso en cuatro alegaciones, utilizando la primera para plantear el desarrollo del motivo y un extracto del mismo.

TERCERO.- En relación al fondo de ambos recursos, cuando se argumenta en alzada por la vía que lo hacen las partes recurrentes, debe puntualizarse que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de oralidad, publicidad y contradicción, oídas acusación y defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE, 229 de la LOPJ y 741 de la L.E.Crim) comporta que, en principio, dicha valoración deba ser respetada hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral, lo que, como se dirá, no acaece en la sentencia objeto de apelación.

Y además, porque a la función del Tribunal llamado a la apelación no ha sido nunca realizar un "novum iudicium" sino valorar la corrección fáctica y jurídica del pronunciamiento judicial dictado en la primera instancia, lo que, en sede de configuración de los hechos que se entienden probados y atendido al principio de libre valoración de



la prueba y a la inmediatez de la que goza el Juez de instancia y de la que se adolece en esta alzada, se concreta exclusivamente en ponderar si el juicio de valoración efectuado para determinar los hechos se sustenta sobre prueba de cargo practicada en Juicio y si la conclusión fáctica a la que se llega guarda relación lógica con aquella, debiendo respetarse en la segunda instancia (no modificar los hechos) la conclusión judicial acorde con tales exigencias pues para que prospere un recurso por la vía del error valorativo se exige la acreditación del mismo, mediante la concurrencia de ciertos requisitos, que para la casación ha establecido el T.S en innumerables sentencia, a título de ejemplo las de 21 de Enero de 2001 y la de 13 de Febrero de 2001, por cuanto, es evidente y consustancial al recurso de apelación, y a las instancias judiciales del proceso, que el motivo de error en la valoración de la prueba indica que el recurso no constituye un novum iudicium, sino una revisio prioris instantiae, pues la fundamentación fáctica del recurso tiene que centrarse en acreditar, de algún modo, que el juez de instancia erró en la valoración de la prueba, lo que después ha de constituir el núcleo de la sentencia revisoria, y no ha de tratarse, simplemente, de sustituir el criterio valorativo del Tribunal ad quo por el del ad quem, por cuanto estimar, apreciando el recurso, que el juez a quo cometió un error al valorar la prueba es algo sustancialmente distinto a realizar una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación ilimitado y que daría pie a una espiral inagotable de nuevas declaraciones de hechos novedosas en las que, también, el Tribunal ad quem podría cometer un error que debería ser revisable. Y así hasta el infinito.

Por ello, con estas premisas y conociendo lo que desde siempre ha sido el recurso de apelación en nuestro derecho, ha de sentarse que el Tribunal de apelación puede revisar las alegaciones de error en la apreciación de la prueba, incluso contra sentencias absolutorias, siempre que se limite a ello, a la constatación del error, y en base a una alegación impugnatoria que establezca donde, a juicio del apelante, se equivoca el silogismo del Juez a quo.

CUARTO.- En contra de la posibilidad revisora de los Tribunales de apelación, hay que recordar que según se desprende de la Constitución Española en su Art. 117.3 y el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la valoración de la prueba corresponde al Juez (o Tribunal) sentenciador. Para comprender la función de valorar la prueba, resulta necesario referirnos al principio de inmediación.

El principio de inmediación es un elemento clave en la valoración de las pruebas, especialmente en las pruebas testificales o declaraciones de los denunciados o imputados y acarrea toda una serie de consecuencias. El Tribunal Supremo, respecto a la credibilidad de los testigos ha venido indicado desde hace años que "tales cuestiones dependen sustancialmente de la inmediación " (STS, 15 de febrero de 1991, 8 de julio de 1991, 17 de marzo de 1997, 21 de enero de 1997). La Audiencia Provincial de Valencia sigue el mismo criterio, baste señalar, las sentencias de 27-7-2000, 29-7-2000, 11-12-2001, 21-4-2004, 13-9-2004, 23-9-2005 entre otras muchísimas.

La inmediación de los actos de prueba no se proclama de forma solemne o explícita como principio en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente de 1882, pero son numerosos los preceptos que contienen normas en las que se refleja claramente la idea de este principio, tales como los Arts. 688 a 700, 702 a 721 y 723 a 725, entre otros y más recientemente la LO 5/95 de Tribunal de Jurado en su Art. 46.5. El principio de inmediación que siempre ha estado informando nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido reconocido como tal por la jurisprudencia desde antiguo, ha encontrado especial desarrollo tras la obligación constitucional de motivar las sentencias (Art. 120.3 CE) y en los últimos años ha suscitado gran interés, especialmente tras la nueva doctrina del Tribunal Constitucional que empieza a proclamarse en la Sentencia del Pleno del TC 167/2002, de 18 de septiembre. El Tribunal Supremo, respecto a la credibilidad de los testigos ha venido indicado desde hace años que "tales cuestiones dependen sustancialmente de la inmediación " (STS, 15 de febrero de 1991, 8 de julio de 1991, 17 de marzo de 1997, 21 de enero de 1997).

Y como indica la sentencia 36/2008 de 25 de febrero de 2008 del Tribunal Constitucional : "Constituye ya consolidada doctrina de este Tribunal, que parte de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11 , y es seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 74/2006, de 13 de marzo; 217/2006, de 3 de julio; 196/2007, de 11 de septiembre; 207/2007, de 24 de septiembre), que el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE) exige que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen, y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Por ello, hemos apreciado vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria que se sustenta en una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales), medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción".



El mismo Tribunal Constitucional ha reiterado "que es consustancial a los principios de oralidad, inmediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba, con respecto de los cuales el juzgador de instancia es dueño en su valoración" (SSTC 55/1982, 124/1983, 140/1985, 254/1988 , entre muchas otras), por lo que el Tribunal "ad quem" se encuentra en una situación inferior a la del Juez "a quo" para la adecuada valoración de las pruebas que exigen inmediación, por lo que el criterio del Juez "a quo" resultará inamovible de no practicarse nuevas pruebas en apelación. El Juez sentenciador es quien de forma directa e "inmediata" puede observar las intransferibles sensaciones que derivan de las declaraciones y que se obtienen a partir de la congruencia o contradicciones en las que incurrió, de lo que el testigo dijo, de lo que calló, de sus gestos, de la rotundidad o dudas, de sus recuerdos manifestados de forma expresa por el propio declarante o a través de sus titubeos y vacilaciones, etc.

El Juez sentenciador, que ha tenido trato directo o "inmediato" con estos testigos, acusados o víctimas, puede percibir no solo lo que dicen, sino también sus reacciones, vacilaciones, olvidos, lagunas, dudas, inseguridades, contradicciones, capacidad de comprensión sobre lo que se les pregunta, etc. Por ello, tiene una posición privilegiada para valorar la credibilidad de dichos testimonios.

Íntimamente relacionado con lo anterior, si bien en un proceso de Jurado donde se acentúa aun más la importancia del Juicio Oral, el Tribunal Supremo en su sentencia 1077/2000, de 24 de octubre y a indicó: "El Tribunal de Apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración -legalmente inadmisibile- de una actividad probatoria que no ha percibido directamente".

Para que pueda revocarse la sentencia dictada por el Juez sentenciador resultaría necesario que se alegue, y sobre todo que se demuestre, una grave discordancia entre lo revelado por el conjunto de pruebas practicadas y los fundamentos de la sentencia o que se pudiera verificar una incongruencia palmaria entre lo manifestado en el acta y la fundamentación, pues si esta valoración no se corresponde con las reglas de la lógica y la experiencia o carece de la suficiente motivación puede y debe ser modificada por el Tribunal de apelación lo que ha de proceder siempre en los supuestos de inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba por contraste con los elementos probatorios de corte objetivo; que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo o que se haya desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia, y ello sin perjuicio de reconocer la preeminencia que hay que conceder al Juez de Instancia sobre la valoración de la prueba en los términos hasta aquí dichos y con las excepciones citadas. Por ello, con estas premisas y conociendo lo que desde siempre ha sido el recurso de apelación en nuestro derecho, ha de sentarse que el Tribunal de apelación puede revisar las alegaciones de error en la apreciación de la prueba, incluso contra Sentencias absolutorias, siempre que se limite a ello, a la constatación del error, y sobre la base de una alegación impugnatoria que establezca donde, a juicio del apelante, se equivoca el silogismo del Juez a quo, y constatado el error valorativo por vía de omisión o lo ilógico del mismo, el Tribunal de apelación puede, debe, entrar entonces, solo en estos supuesto, a corregirlo.

QUINTO.- Este Tribunal entiende que, además de lo antes considerado, previamente a entrar a estudiar el error y las infracciones denunciadas, debe dejar sentado cómo se contempla la imprudencia en el ámbito laboral, ya que además del delito del artículo 316 del Código Penal, los recurrentes vienen interinamente condenados por un delito de ese tipo.

Cree este Tribunal necesario mencionar dos cuestiones que han presidido el estudio de la valoración jurídica de la cuestión sometida y de la conducta enjuiciada. La primera de ellas hace referencia al problema de los límites entre los que debe encuadrarse toda incriminación culpable, dada la gran relevancia político- criminal que implican las figuras de imprudencia. Existen al respecto dos posturas muy distintas; las de los que postulan la incriminación genérica de toda imprudencia, en base al primado de la tipicidad y de la antijuridicidad, y las que, a partir del carácter fragmentario del derecho penal, las delimitan basándose en la innecesidad de la pena, en la posibilidad de buscar el remedio a un daño producido a través de vías más adecuadas, o en una concepción de la exigibilidad de la conducta más acorde con el principio de la responsabilidad por el hecho. Es en base a esta segunda postura que una condena por imprudencia exige, no solo la posibilidad lógica de la incriminación, sino también la posibilidad jurídica derivada, entre otras cosas, del necesario desvalor de la conducta realizada.

La segunda cuestión apuntada se refiere al papel que la presunción de inocencia tiene a la hora de ser valorada como una "regla de Juicio" en la apreciación de las pruebas indiciarias que la destruyen, pues, a este respecto, nuestro Tribunal Supremo estima, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia nº 111 / 90), que para ello se necesita que concurren una serie de requisitos, que simplícidamente se exponen: a) Una pluralidad de hechos base o indicios, pues la posible equivocidad de alguno de ellos es susceptible de inducir a error; b) Que los hechos base sean periféricos al hecho a probar y, además, que se encuentren racionalmente



interrelacionados; c) Estos hechos base o indicios deben estar plenamente probados de forma directa; y d) La decisión judicial, en sus conclusiones, debe ser coherente y lógica, sin incurrir en la arbitrariedad o en el absurdo. De esta manera, dice la sentencia del T.S. de 18 de Junio de 1993, el resultado que se obtenga del razonamiento judicial debe ser el único posible, ya que de existir otra u otras posibilidades alternativas para formular diversas conclusiones, no puede afirmarse la certeza por muy lógica y verosímil que ésta sea.

Así pues, en la configuración de la imprudencia ha de partirse, desde la descomposición de sus elementos y, necesariamente, ante el vacío legal, de los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han venido exigiendo para la punición de las conductas culposas. Reiterada y conocida es la doctrina general que el T.S. ha establecido, exigiendo para configurar las infracciones culposas los requisitos siguientes : 1º.- Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual; 2º.- Actuación negligente o reprochable por falta de previsión, más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables, elemento de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora; 3º.- Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas, reguladoras o de buen gobierno de determinadas actividades, que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional; 4º.- Originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; y 5º.- Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y del *damnum* o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencia real, en un efectivo resultado lesivo. (ss. T.S. 22 de Abril de 1986, 25 de Marzo de 1988 y la de 12 de Noviembre 1990)

La doctrina científica, por su parte, ha puesto de relieve la complejidad de alguno de los elementos mencionados, enriqueciendo su contenido con las alusiones que, según las diversas teorías, es necesario realizar a los elementos constitutivos de toda infracción: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Dentro de una concepción normativa de la culpa, su núcleo esencial está en la infracción del deber de cuidado que es exigible personalmente a un sujeto.

A pesar de que se ha pretendido fundamentar su pertenencia tanto al tipo como a la antijuridicidad, puede ser entendido como aquel deber individual que era personalmente exigible a un sujeto, porque podía y debía realizarlo, por lo que, constituye el momento esencial del reproche culpabilístico. Se trata, pues, de un deber de cuidado, que, sin perder de vista las pautas normativas que proporciona en estas infracciones el recurso a lo que es generalmente exigible, responde a las particularidades del individuo concreto, en la medida en que le resulta exigible una determinada conducta. La existencia de tal deber de cuidado, para que tenga relevancia jurídico- penal, debe reflejarse en una norma objetiva de cuidado, sin la cual el delito imprudente no existe. Este requisito no puede solaparse acudiendo al recurso de la previsibilidad sobre un futuro acontecimiento, ya que, solo si se infringe la norma de cuidado, cuyo objeto es la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos, mediante una conducta activa u omisiva, se puede afirmar la imprudencia.

La infracción del deber de cuidado debe producir un resultado lesivo, objetivamente constitutivo de un delito de los tipificados en el Código Penal, y ser la culminación de la ejecución del hecho típico y antijurídico, pero, además, debe poder ser imputado material y objetivamente a la conducta y subjetivamente al autor. En lo que se refiere al aspecto subjetivo, la atribución del resultado exige que éste se haya producido como consecuencia de la falta del cuidado, de tal modo que, si la inobservancia de ese cuidado, por ser ineficaz o inútil, no infringe ningún deber, no se puede reprochar lo producido, es decir, no existe relación de culpabilidad entre el resultado y el hecho inicial cuando el deber de cuidado no cumple una finalidad de protección de bienes jurídicos.

Dentro de la misma vertiente subjetiva de atribución del resultado en los delitos imprudentes, es necesaria la concurrencia del elemento intelectual de la previsibilidad y del elemento técnico de la evitabilidad. La previsibilidad implica que el sujeto puede representarse de forma anticipada el resultado futuro; se trata de un conocimiento potencial sobre el curso causal de los acontecimientos así como de su significación antijurídica que la doctrina estima que concurre si el autor pudo y debió conocerlo. También de forma potencial debe conocerse la exigencia de obrar conforme al deber de cuidado. La evitabilidad hace referencia a la posibilidad de evitar dicho resultado, lo que debe medirse tanto con las referencias técnicas relativas a lo que el sujeto era capaz de hacer en razón a sus conocimientos, como en atención a criterios de exigibilidad de la conducta.



Esa imputación subjetiva implica, pues, la exigencia de demostrar que el resultado se ha producido como consecuencia de la falta de cuidado, de la infracción del deber.

Por lo que se refiere a la atribución objetiva del resultado, viene dada por el llamado nexo o relación de causalidad, que necesariamente debe existir entre la conducta inicial, infractora del deber de cuidado, y el resultado lesivo. Hoy día, la teoría imperante que pretende resolver el problema de determinar cuando un comportamiento activo u omisivo es causa de un resultado, es la llamada Teoría de la Imputación Objetiva, que distingue entre lo que se llama causalidad, que es el plano en el que de todas las condiciones posibles se elige aquella que, suprimida mentalmente, hace desaparecer el resultado en su forma concreta, del llamado plano de imputación del resultado, en el que hay que analizar una serie de criterios que determinan la imputación de manera objetiva, cuales son, fundamentalmente, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo o la adecuación. De estos, actualmente se entiende, como principio general de imputación objetiva, el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado, y éste se haya realizado en el resultado. Para ello, hay que comprobar: 1º) que la acción ha creado un riesgo (según la teoría de la equivalencia de las condiciones), 2º) que ese riesgo está jurídicamente desvalorizado, y 3º) que se ha plasmado en la realización de un hecho típico.

Como conclusión de todo lo anterior puede decirse que, para afirmar una infracción criminal culposa, es necesario no solo el nexo estrictamente causal, sino que el resultado hubiera podido evitarse con una conducta cuidadosa y que la norma infringida se orientara a impedir el resultado en un caso como el producido. Como ha afirmado la sentencia del T.S. de 12 de Junio de 1990, "ha de absolverse siempre que no conste con probabilidad rayana en la seguridad que el resultado se habría evitado con un comportamiento correcto".

SEXTO.- Llevado lo anterior campo de la seguridad en el trabajo debe quedar claro que no siempre que se produce en el ámbito laboral infracción del deber de cuidado, la realización de una acción u omisión que produzca un resultado dañoso para la integridad corporal, o la muerte, se está ante una infracción penal.

Tenemos reiteradamente establecido en esta Sala, entre otras Sentencias las que se cita en el recurso número 186/09, y otras anteriores y posteriores que sólo cuando no se adopta un comportamiento adecuado para evitar la producción de un resultado típico y no se adoptan todas las medidas necesarias de prudencia, control y supervisión, entre las que se incluyen los deberes de información, preparación y exigencia de la observancia de todas aquéllas medidas que habrían evitado el resultado lesivo para la integridad corporal, podría entrarse a estudiar si, además de lo que pueda surgir en otros campos del derecho, puede exigirse en esta vía, represiva y sancionadora, el tanto de culpa, pero distinguiendo o teniendo claro que en el Derecho Penal la creación de un riesgo no sustituye a la culpa y, por ende, no da lugar al nacimiento de la responsabilidad penal, sino que únicamente sirve como fundamento del deber de cuidado, cuya infracción no es más que uno de los elementos que componen el tipo del injusto imprudente.

SEPTIMO.- Y como además los recurrentes viene condenados por un delito contra la seguridad de los trabajadores, debemos, igualmente, saber qué este delito y cuales sus exigencias típicas.

De entrada hemos afirmar que la duplicidad de penas y, la posibilidad de la condena por ambos ilícitos penales del Art. 152,1º y 316 del C. Penal, no es puesta en duda en los recursos, toda vez que es indudable que el Art. 316 admite la posibilidad del concurso ideal de delitos.

Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de julio de 1999, ha examinado ese problema, indicando que "el Tribunal de Instancia ha apreciado la existencia del concurso aquí impugnado por cuanto el resultado producido (el fallecimiento de un obrero) no agotó la posible producción de otros resultados lesivos derivados de las situaciones de peligro creadas, al entender dicho Tribunal que la situación de peligro en que se encontraban trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra integra el tipo concreto de peligro del Art. 316 del mismo texto legal, a resolver mediante la aplicación del Art. 77 del C. Penal.

Ciertamente -añade el T.S. en su Sentencia- cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales, se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 del C. Penal) como una manifestación lógica de la progresión delictiva, más cuando -como es el caso de autos- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, ya que como dice el Tribunal de Instancia, en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra, debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de Instancia, al entender que ha existido un concurso ideal de delito.

Por lo demás sabemos que la Constitución, abstracción hecha de la correlación entre "derecho al trabajo" y "deber de trabajar" (Art. 35,1) establece unos postulados mínimos de la relación laboral por cuenta ajena



dentro de los "Principios rectores de la política social y económica" (Capítulo 3 del Título 1) entre los que se encuentra la salvaguarda de la "seguridad e higiene en el trabajo".

En este orden de cosas y dentro del desarrollo legislativo del texto constitucional (Art. 35,2 CE) el Estatuto de los Trabajadores tanto en su redacción original de 10 de marzo de 1980 como en el Texto Refundido de 24 de marzo de 1995 junto a los poderes organizativos y directivos (que corresponden a la empresa y no al trabajador) existe el deber específico de seguridad en el trabajo que recae directamente sobre el empresario y cuya inobservancia genera la correspondiente fuente de responsabilidad tiente al trabajador, en primer lugar, y, en su caso, frente a terceros ajenos a la relación laboral. En la legislación vigente la seguridad en el trabajo es tanto un derecho del trabajador cuanto una obligación empresarial (Arts. 4,2 y 19 ET) siendo reflejo de estos preceptos, pese a ser anteriores en el tiempo, la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971, parcialmente derogada por la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 norma básica en la regulación hoy vigente.

Forzosamente debe traerse a colación junto a lo anteriormente expuesto la cuestión relativa a la conexión entre el deber exigible al empresario de proporcionar medios suficientes para garantizar un trabajo seguro y el también exigible al trabajador de observar las condiciones de seguridad (Arts. 5 y 19,2 ET). Razonablemente debe afirmarse la obligación empresarial de velar por la seguridad, algo que se desprende del Art. 14 de la citada Ley 31/1995 al establecer que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores, auspiciada además por las sanciones que puede imponer el empleador, no sólo en situaciones de "normalidad" en la actividad laboral sino en aquellas circunstancias de relativa o acentuada anomalía consustanciales al trabajo por cuenta ajena (rutina, reiteración de actos, cansancio o abatimiento físico, sin descartar el exceso de confianza o de pericia) en relación a un derecho del trabajador en cuanto a prestar el trabajo en condiciones ideales de seguridad, a lo que el propio trabajador no es ajeno, pues debe observar, a todo trance las medidas exigidas por la Ley e impuestas por la naturaleza particular de cada uno de los trabajos.

Pero no debemos perder de vista que todo lo relativo a seguridad e higiene en el trabajo y a la formación de trabajadores es irrenunciable, como ya se establece en el artículo 3.5º del E.T, consagrándose en el artículo 19 el derecho que tienen los trabajadores a recibir formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene y la obligación que tiene el empresario de prestarla, de manera que en la medida en la que el deber de cuidado infringido por la víctima no resulte comprendido por el infringido por el empresario o en la medida en la que para éste resulte imprevisible la infracción del trabajador, carecerá de relevancia típica el acaecimiento dañoso que se hubiese producido en la persona del operario, pues en los ilícitos imprudentes no basta con que la acción o la omisión, que infringe la norma de cuidado, sea causal respecto del resultado, para que se pueda realizar el Juicio de imputación, ya que éste exige constatar la existencia de una relación de adecuación entre la conducta y el resultado en el sentido de que éste sea previsible, en general como consecuencia típica de la conducta y por lo cual el resultado pudo ser tomado en cuenta en el proceso de formación de voluntad.

Y comoquiera que en los delitos imprudentes la creación del riesgo típico, necesaria para la imputación objetiva, se produce por la infracción de la norma de cuidado, para que pueda imputarse el resultado tiene que ser necesario algo más: que el resultado creado esté comprendido dentro de lo que la norma pretende proteger.

Ello no ocurre cuando, pese al riesgo creado, no era previsible el resultado, cuando el resultado no tiene nada que ver con la imprudencia o cuando el resultado haya sido causado por la conducta imprudente, pero se hubiese ocasionado igual con otra conducta no imprudente.

OCTAVO.- Sentado lo anterior, cabe señalar que el tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal, por el que se dirige acusación es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

Esa omisión debe ser (en expresa remisión a la normativa laboral de normas de prevención de riesgos laborales) y solo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas.

Se trata pues de un delito de peligro con infracción grave de las normas reglamentarias, creándose de forma pareja y precisamente por su causa una también grave situación de peligro concreto que se proyecta sobre la vida o integridad de los trabajadores y no puede obviarse que el tipo del artículo 316 del C. Penal exige la infracción de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión sea capaz de generar un grave peligro y como señala la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2001 el artículo 316 del vigente Código Penal incorpora un delito de omisión, de las medidas de seguridad e higiene adecuadas, pero al que se añade la exigencia de que,



en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Lo que por natural consecuencia ha de suponer una relación de causalidad, entre la infracción de normas denunciada y la directa colocación del afectado en una grave situación de riesgo, es decir, que precisamente esa infracción, esa omisión, es lo que coloca al afectado en una grave situación de riesgo, llegue o no a materializarse.

NOVENO.- Todo lo anterior viene a colación por la naturaleza del hecho, perfectamente centrado por el Juez "a quo" en su sentencia, pues la imprudencia que se reprocha a los interinamente condenados es la falta de observancia de medidas en evitación de riesgos en el trabajo y de ella se deriva el daño.

En el caso que nos ocupa son tres las personas cuyos actuarees deben ser analizados, dados los contenidos de los recursos, uno pidiendo la absolución del condenado y otro la condena de los absueltos: Romeo es coordinador seguridad y jefe de la obra donde acaeció el evento; Leopoldo es representante de la empresa Serviates SL, titular del andamio de donde cayó el lesionado y Florentino es el encargado de la citada Serviates.

Los primeros viene absueltos, pero de ellos interesa la condena el Ministerio Fiscal por los mismos tipos que viene condenado el último, el artículo 618 del C.Penal, pues se le reprocha, al igual que al condenado pero con distintos matices, que su compañía no prestase, a los trabajadores, "medio de protección colectiva e individual alguno conforme a la legislación vigente, y caso de no ser posibles los medios de protección colectiva para que usasen el cinturón de seguridad" que hubiesen impedido la puesta en riesgo de los mismos y el resultado lesivo concreto producido al trabajador lesionado.

Por su parte el condenado entiende que no debe serlo y que, en el peor de los casos para él debe serlo por falta.

Ni que decir tiene que es determinante la suerte del recurso del condenado, encargado directo de los trabajadores lesionados, es determinante de la suerte del recurso del Ministerio Fiscal interesando la condena de los otros dos, pues de ser estimado y ser la causa de estimación la no infracción de norma o cautela de seguridad alguna por haber ocurrido un hecho ajeno a la previsión del encargado que determinó el hecho dañoso, y ser este atribuible a los trabajadores, difícilmente se podrá encontrar reproche alguno en el legal representante, que no empresario, de la empresa de ascensores ni en el coordinador seguridad y jefe de la obra donde acaeció el evento.

Así, resulta que la empresa constructora EDIVAL, para ejecutar una obra en esta Capital, subcontrató la instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y andamios con SERVIATES, empresa que aunque no se diga es de reconocida solvencia profesional en el ámbito del auxilio a la construcción.

Y el día de los hechos dos trabajadores que estaban desmontando el andamio, uno trabajador antiguo de Serviates y perito en el trabajo que estaba realizando y otro eventual, pero ambos con la categoría de oficial, con formación adecuada y experiencia en el montaje y desmontaje, Alexis por trabajar en Serviates por más de cinco años y Clemente, el eventual, por haber trabajado con anterioridad en una empresa del mismo objeto y haber recibido también formación en los trabajos con andamios.

Y conforme desmontan acumulan el material a uno de los lados del andamio y quitan el último arriostramiento o anclaje sin haber descargado del andamio el material acumulado, por lo que, dada la asimetría del mismo se produce un desequilibrio y la caída de la fábrica con los trabajadores.

Ciertamente examinando la Sentencia recaída en la instancia, y el hecho objeto de enjuiciamiento, se observa que el juzgador a quo ha considerado al acusado Florentino responsable del delito de lesiones imprudentes en concurso con el delito contra la seguridad en el trabajo, sólo por ser encargado de Serviates, no estar en la obra por haber dado la orden de desmontar conociendo la peligrosidad del trabajo en una plataforma asimétrica.

Es cierto, lo hemos razonado más arriba, que el deber de cuidado de todo responsable en el ámbito laboral comprende tanto el dar las órdenes adecuadas para el cumplimiento de las medidas de seguridad como la vigilancia de su cumplimiento de forma continuada, partiéndose de que el empresario, o los directivos, se encuentran en posición de garantía respecto de su cumplimiento.

Ahora bien, hay que tener cuidado con interpretaciones extensivas sobre lo anterior, prohibidas en derecho penal, próximas a la responsabilidad objetiva o por el resultado, inaceptable en derecho. No es dable en el orden jurisdiccional que ahora nos movemos utilizar indiscriminadamente criterios que pueden ser de aplicación válida en el ámbito de las infracciones laborales, o para sostener situaciones de culpa originadora de responsabilidad civil, pero que no son siempre compatibles con la responsabilidad penal en general, ni con la estructura del hecho imprudente.

La invocación de la alarma social que producen los accidentes de esta naturaleza, con su secuela de muertos y lesionados (en la misma medida que ocurre con los accidentes de vehículos de motor), puede ciertamente justificar la modificación de la normativa referente al aumento de las medidas para la prevención de estos



hechos y el incremento, asimismo, de las medidas de inspección y de sanción administrativa, pero no para promover y ampliar subjetivamente la punición penal de tales hechos, olvidando el carácter fragmentario del derecho sancionador, así como los principios de intervención mínima y de subsidiariedad del derecho penal, que también se invocan por el recurrente.

DECIMO.- La doctrina jurisprudencial considera sin fisuras a los encargados, por mor de lo dispuesto en el Art. 318 CP, como posibles sujetos activos del delito contra los derechos de los trabajadores, de modo que y aun a fuerza de ser reiterativos, como resalta la SAP de Castellón 17 de Abril de 2007 o la SAP de Asturias de la misma fecha, por citar sólo algunas recientes, la posibilidad de cometer este delito por personas no directamente obligadas a facilitar las medidas de seguridad, pero que tienen entre sus obligaciones legales o contractuales garantizar la prestación del trabajo en condiciones seguras determina la extensión de los posibles sujetos activos del delito, siendo exigible por esta vía responsabilidad a los técnicos que hayan redactado los planes de seguridad, se hayan encargado de su ejecución, o aquéllos que tienen entre sus obligaciones profesionales el velar porque en el centro de trabajo se preste el trabajo en condiciones seguras.

Efectivamente, una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo que el jefe de la obra asume una especial posición de garante de la seguridad de cuantos trabajan en ella (SSTS 30 diciembre 1985, 15 mayo 1989, 9 abril 1990, 7 noviembre 1991, 15 julio 1992, 18 enero 1995 ó 26 marzo 1999).

La entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , supuso un fenómeno ampliativo respecto a las personas obligadas en materia de seguridad requiriendo la configuración del sujeto activo algunas matizaciones por cuanto concretar " quiénes están legalmente obligados " impone un análisis del caso concreto, que debe ser abordado considerando en principio como posibles responsables no solo al empresario, sino a las personas que trabajen a su servicio con competencia directa o delegada o en términos de la sentencia del TS de 10 de marzo de 1980 , " todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho ", de lo que se deriva que el empresario será en la mayoría de los casos sujetos activo pero sin excluir a otros implicados.

Desde el punto de vista de la verdad material, que es la que interesa al Derecho Penal, conviene dejar sentado que, conforme a reiterada jurisprudencia, los encargados de dirigir los trabajos a los que las normas de seguridad son aplicables o se refieren, insistiendo en la idea de que dentro del encargado de dirigir los trabajos cabe tanto la alta dirección como la media y la de simple rector de la ejecución o capataz, es decir, la de cualquier persona que asume o a la que se le confía la realización de una tarea con mando sobre otros, están obligados a velar por la vida, la integridad corporal y la salud de los trabajadores y, por ello, conforme al deber de previsibilidad que les incumbe están también obligados a ejercer una función general de vigilancia, a exigir coactivamente a los trabajadores el cumplimiento de las medidas de seguridad, a instruir previamente de los riesgos inherentes a cada trabajo que deba realizarse y, por último, a prohibir o paralizar, en su caso, los trabajos en que se advierta peligro inminente de accidente.

La responsabilidad se incrementa aun más, como destaca la SAP Barcelona de 30 marzo 2007 "cuando se es jefe de obra, y deben conocer que en la obra los trabajadores estaban desempeñando sus labores en unas condiciones de seguridad escasas ...y tienen que representarse intelectualmente que de tal reprochable situación de inseguridad se deriva inexorablemente una situación de peligro grave para la integridad física de los trabajadores, por lo que cuando no facilitan las medidas necesarias para evitar la situación de peligro, son totalmente conscientes de que, como consecuencia necesaria de su ilícita omisión, se deriva la situación de peligro; siéndole por ello reprochables subjetivamente el resultado de su conducta a título de dolo, al menos como dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias". Indicaba así la STS de 18 de enero de 1995, que "hay un principio fundamental en relación con la seguridad en el trabajo, plenamente arraigado en la conciencia de nuestra sociedad, cada vez más firme en los países civilizados, e inspirador de la legislación vigente en esta materia, en virtud de lo cual toda persona que ejerce un mando de cualquier clase en la organización de las tareas de unos trabajadores tiene como misión primordial el velar por el cumplimiento de las normas de seguridad anteponiéndolas a cualquier otra consideración. Una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de cualesquiera otros, singularmente por encima de los de contenido económico".

En resumen, la jurisprudencia ha declarado que cuantos dirigen y se hallan a cargo de la actividad deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con la normativa legal, a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino atendiendo a cada situación con el debido cuidado. Todas estas obligaciones competen a todas aquellas personas que desempeñan funciones de dirección o de mando en la empresa y tanto sean superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, las cuales tienen



obligación de exigir a los obreros coactiva e imperativamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones dispuestas en las normas de seguridad e higiene (SSTS 10 de mayo de 1980, 21 de mayo de 1981, 30 de marzo de 1990) y en ese sentido se pronunció también la SAP Jaén, Secc. 1ª de 20 diciembre 2006..."El encargado o jefe de obra, vino a incurrir en la infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales y no facilitación de los medios necesarios para los trabajadores, que conllevó a derivarse un riesgo y peligro grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores tal y como exige y requiere el Art. 316 del Código Penal, ya que estaba obligado a facilitar las medidas de seguridad, a controlar y verificar que se cumplan los requisitos de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, (sentencias del T.S. de 26 de Septiembre y de 10 de Abril de 2001, entre otras), y en este caso, se produce el resultado típico por no realizar un comportamiento adecuado al no adoptar todos los medios necesarios de prudencia, control y supervisión para evitar el resultado lesivo".

Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta es claro que no se puede afirmar que en el actuar del recurrente pueda encontrarse reproche alguno. Parece, al menos así resulta de la lectura de los hechos y de la magra fundamentación de la responsabilidad del recurrente, que se liquida en el Fundamento de Derecho Primero 3º.- donde se asienta en que "no estando presente, debiendo estar, se limitó a mandarlo sine adoptar ni asegurar las medidas de precaución necesarias ni comprobar el cumplimiento de las medidas de precaución necesarias ni comprobar el cumplimiento de las medidas de protección necesarias, que estas eran usadas por los trabajadores."

Sugiere una conceptualización paternalista, desechada desde antiguo del campo de lo laboral, que parece configurar al trabajador como un lerdo imprudente que debe estar siempre bajo la vigilancia de un superior, algo que va precisamente en contra de la naturaleza de la realidad del trabajo y su dinamismo.

Exigir la tutela permanente de los encargados, supone tanto como exigir un encargado por trabajador, lo que además de absurdo es imposible.

Y ello por cuanto el tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo, la redacción del precepto no se interpreta inadecuadamente - sigue diciendo la STS- no excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico o encargado, ha de estar a pié de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario. Por consiguiente, el Tribunal Supremo ha estimado que si bien el calificativo de autor en sentido estricto no puede aplicarse a los técnicos de una obra por no estar obligados a facilitar o proporcionar los medios idóneos para garantizar la seguridad de los trabajadores, sí pueden estos sujetos ser condenados como cooperadores necesarios en su modalidad omisiva, con la correspondiente equiparación punitiva (Art. 28 del CP), en los casos en que con su intervención pudieran evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios, si bien creemos necesario aclarar que desde luego al técnico de seguridad no se le puede castigar por no vigilar o controlar que los trabajadores utilicen los medios que se le proporcionan, sino que el delito de riesgo del Art. 316 sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene, pero no el evitar, mediante la vigilancia y el control, que los trabajadores no los utilicen en su labor diaria.

Algo parecido se debe predicar de un "encargado", jefe de grupo o capataz.

Pero como venimos razonando, por exigencia del principio de seguridad jurídica, no se puede medir con un mismo rasero supuestamente autónomo del Derecho Penal a todos cuantos participan en la elaboración y ejecución de un proyecto común.

El Derecho Penal se rige, lo reiteramos a fuer de repetirnos, por el principio de la culpabilidad personal, por lo que cada uno de esos partícipes ha de ser juzgado por lo que hizo o por lo que consintió hacer a otro o le ayudó a hacer en connivencia con él. Si existen reglas específicas que establecen el nivel de cuidado que ha de observarse al realizar una tarea, esa tarea será juzgada de acuerdo con la regla respectiva, hasta el extremo que el deseo de facilitar a los perjudicados la tutela de sus derechos e intereses (como es su derecho, de acuerdo con el artículo 24 de la vigente Constitución Española) no puede satisfacerse a costa del sacrificio de uno de los principios esenciales del Derecho Penal democrático; sobre todo, si el fracaso de la acusación penal deja vivo el derecho a reclamar la indemnización del daño sufrido (con arreglo a criterios muy diversos de los penales) en la vía jurisdiccional correspondiente.



El principio de división del trabajo se ha generalizado en la sociedad actual por sus reconocidas ventajas, y la construcción no constituye, por supuesto, una excepción.

Y se diferencia una división "horizontal" del trabajo (entre profesionales que se encuentran en relación de igualdad, realizando cada cual funciones entre sí complementarias) y una división "vertical" del trabajo (entre profesionales ligados por una relación de jerarquía). Las relaciones entre los diferentes miembros del equipo se rigen, como regla general, por el principio de confianza en la presumible y esperable corrección de la actuación de los colegas y del personal auxiliar, a menos que existan circunstancias que inclinen a cuestionar la solidez de esa expectativa.

Muy gráficamente se describe la división horizontal del trabajo "como un mosaico en el que, en un mismo plano, aparecen las piedras estrechamente agrupadas, armonizando recíprocamente, sin conflictos de asentamiento, donde la piedra más pequeña tiene su posición firme y sólida, y todas integran un cuadro cerrado sobre sí". Todos los intervinientes se encuentran, en este caso, en relación de igualdad. Cada uno de ellos ha de cumplir cuidadosamente las funciones que le son propias, y que condicionan la eficacia de los restantes (Sentencia 1708/1993, de 7 de julio). Porque todos están en relación de igualdad, rige el principio de confianza en la corrección de su actuación, salvo que, excepcionalmente (por fallo grave del colega o dudas sobre su cualificación o fiabilidad), exista un riesgo de frustración de esa expectativa optimista, lo que genera para quien mantiene su capacitación, competencia y cuidado, un deber (secundario) de vigilancia y control sobre su colaborador (así, en el caso resuelto por la Sentencia de 10 de octubre de 1979).

Por lo que toca a la división vertical del trabajo, cabe explicar este modelo de distribución de funciones y de responsabilidades con arreglo a la siguiente estructura: (a) Existe un orden básico jerárquico de distribución de funciones; (b) El jefe del equipo lo dirige y coordina, asumiendo una posición que muy expresivamente se ha comparado -en la bibliografía especializada- a la de un director de orquesta o del capitán de un barco; (c) Como superior jerárquico, mantiene el control y la vigilancia de sus integrantes, a los que imparte las instrucciones pertinentes. Están estrechamente unidos el poder de vigilar y de impartir órdenes y su responsabilidad como garante de la actuación de sus subordinados; (d) Los auxiliares del equipo, como subordinados, se encuentra en relación de dependencia respecto del jefe del equipo, y deben seguir sus instrucciones; (e) Dentro de este marco de distribución de competencias, cada miembro del equipo está obligado a observar la diligencia debida en el cumplimiento de su específica función, y está sujeto a responsabilidad igualmente personal en caso de negligencia (principio de la propia responsabilidad de toda persona por sus propios actos); (f) La observancia de las órdenes e instrucciones del jefe del equipo libera al auxiliar de responsabilidad (por concurrir en él una causa de exención por obediencia debida) a menos que aquéllas sean manifiestamente imprudentes, en cuyo caso, podrá requerir del superior justificación de su orden, y, en caso de encontrarla patentemente temeraria, abstenerse de seguirla; (g) El jefe del equipo puede -cumpliendo ciertas condiciones- delegar sus funciones en el personal auxiliar, lo que supone un desplazamiento de competencias y también de responsabilidad.

No sólo la posibilidad, sino también la necesidad de la delegación es reconocida jurisprudencialmente. La Sentencia 653/1994, de 26 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reconoce que "... no es humanamente posible que quienes deben ejercer su posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar...".

DECIMOSEGUNDO.- Centrados ya en la situación del caso enjuiciado, se considera que la conducta del recurrente no ha de ser subsumida en el presente caso en la del cooperador necesario del delito previsto en el Art. 316 del CP.

Cierto que es encargado de Serviates, donde su empleador le destina a pie de obras a montar con sus equipos los distintos andamios y elevadores que presta la empresa a los constructores. Y es cierto que había dado la orden, pues a él se la debieron dar al no ser ya necesario el andamio y tener que retirase, de proceder a desmontarlo.

Y la encargó a dos trabajadores duchos en ese tipo de trabajos, a pesar de lo cual, acometieron el trabajo de una manera imprudente y contraria a las mas mínimas normas de cautela que ellos conocían sobradamente.

No puede sostenerse que carecían de formación, lo reconoce el propio Alexis , que afirma lo formó el propio condenado durante dos años, que dice lleva cinco trabajando en ese ramo y ha desmontado cientos de andamios; lo dice el testigo Prudencio , que había montado con Alexis el andamio del hecho que nos ocupa, lo dice Jose Enrique , que junto al condenado recurrente formó a Alexis , y este reconoció que tenía material de



seguridad, algo que ratifica el testigo Abelardo cuando dice que el día de los hechos vio llegar a los lesionados con el material de seguridad personal, por más que esto fuese negado por Clemente .

Por ello este Tribunal no puede de dejar de afirmar que no se puede sostener en modo alguno que el recurrente Florentino supiese que el día de los hechos, unos trabajadores especializados, contra la mínima prudencia profesional y contra el más mínimo deber de cuidado, iban a liberar de la pared una plataforma sin descargar de ella todo el peso que le habían depositado al dejar sobre ella los componentes que iban desmontando

Entendemos por lo tanto que el recurrente no puede ser condenado como cooperador necesario del delito del Art. 316 del Código Penal, vistos los deberes que tenía como encargado y la inexistente contribución que tuvo su comportamiento en el consiguiente resultado de peligro para la integridad física y la vida de los trabajadores, pues aunque es lógico suponer que por su condición de encargado de los trabajadores tenía la obligación de acudir periódicamente a la misma y debía conocer tanto la situación de la misma, no puede reprochársele, que no adoptase medidas correctoras para mitigar o anular una situación de riesgo que, sencillamente ignoraba se iba a producir y no podía conocer y ni siquiera intuir, ni por lo tanto evitar, dado lo grueso y soez de la imprudencia que supone actuar como hicieron los lesionados

Por ello procede, estimando el recurso por su representación interpuesto, dictar Sentencia absolviendo a Florentino de los delitos de que venía siendo acusado. Y ello por cuanto no puede dejar de sostenerse que estamos ante uno de aquellos supuestos, de principio advertidos, en los que un Tribunal de apelación debe entrar a corregir la valoración efectuada por el Juez a quo, por cuanto no se ha valorado adecuadamente la actuación del lesionado, sin que por este Tribunal se violente derecho alguno, sino que es riguroso cumplimiento de las facultades devueltas en este recurso.

Lo trascendente es que él también era corresponsable, y el primero de todos, en la observancia de la propia autoprotección, y que sin esta cautela poco valen las medidas de seguridad que puedan establecerse y los órganos de vigilancia de ellas. Y se olvidó de cualquier cautela y llevó a cabo una acción que jamás debió haber acometido, tanto como por no ser esa la manera de acopiar materiales, como por conocer que la plataforma, asimétrica, era algo verdaderamente inestable y que podía irse, como sucedió, al suelo. Y el trabajador con ella.

No cabe apreciar inobservancia o indiligencia alguna en el condenado que, ya decimos debe ser absuelto.

DECIMOTERCERO.- Y ello, como ya tenemos también anticipado, es fatal para la suerte del recurso del Ministerio Fiscal. Asentada la causación del hecho en un actuar negligente del trabajador, y acreditado que el equipo que estaba desmontando tenía la formación adecuada y los elementos de seguridad personal legalmente establecidos, y que eran expertos en el trabajo y conocedores de los riesgos de un trabajo mal hecho, no puede afirmarse que los dos absueltos, legal representante de la empresa de ascensores uno y coordinador seguridad y jefe de la obra donde acaeció el evento. Ello sería tanto como volver a caer en la desterrada responsabilidad cuasi objetiva con olvido de la responsabilidad por culpa, por lo que no cabe sino confirmar su absolución desestimando el recurso del Ministerio Fiscal.

Vistos, además de los citados, los artículos 1, 3, 12 a 17, 23, 27 a 30, 33, 45 a 49, 51 a 54, 58, 61 a 63, 69 a 73, 75 a 78, 101 a 114 del Código Penal, los 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

IV.-FALLAMOS

Que **ESTIMANDO COMO ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gil Bayo, en nombre de Florentino , contra la Sentencia dictada el día 18 de Febrero de 2011 por el Ilmo. SR. Magistrado-Juez de lo Penal 12 de Valencia, en el P.A allí seguido bajo el número 581/09 declaramos que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Florentino** del delito contra los derechos de los trabajadores y de lesiones de los que venía siendo acusados con declaración de oficio de dos tercios de las costas causadas en ambas instancias, y dejando sin efecto cuantas medidas cautelares hayan sido adoptadas contra el mismo en el presente procedimiento.

Por el contrario **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la misma Sentencia.

Devuélvanse los autos al órgano de su procedencia con certificación de la presente e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme y contra el mismo no cabe recurso alguno, de la que se unirá certificación del fallo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Diligencia de Publicación.- La presente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando audiencia pública la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ