

//tencia No. 383

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JOHN PÉREZ BRIGNANI

Montevideo, cuatro de mayo de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"AA - DELITO PREVISTO EN EL ART. 1 DE LA LEY N° 19.198 (RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL) - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 2-2879/2016

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva No. 31/2020 de fecha 3 de setiembre de 2020, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 24to. Turno (a cargo de la Dra. Silvia URIOSTE TORRES), condenó al Sr. AA como autor penal-mente responsable de un delito previsto en el art. 1 de la Ley No. 19.196 (responsabilidad penal del empleador), a la pena de nueve meses de prisión, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo las accesorias del art. 105 lit. e) del Código Penal.

Asimismo, se dispuso la suspensión condicional de la pena impuesta, con las obligaciones que imponen los arts. 102 y 126 del Código Penal, beneficio al que podrá optar y, en caso de silencio, se tendrá por aceptado (fs. 820/836).

II) Por sentencia definitiva No. 88/2021 de fecha 16 de setiembre de 2021 dictada por

el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno, se confirmó la sentencia definitiva de primera instancia.

III) Contra la sentencia de segunda instancia, la Defensa de particular confianza del imputado interpuso recurso de casación (fs. 908/920) y, en necesaria síntesis, sostuvo que: a) El art. 1° de la Ley No. 19.196 prevé un delito "especial" que solamente puede ser cometido por un sujeto calificado determinado por la norma y en la sentencia impugnada, erróneamente, se pretende sancionar a una persona que no es empleador ni tampoco quien ejercía en su nombre el poder de dirección.

El Sr. AA era Jefe de Obra, un empleado a cargo de una de las tantas obras que la empresa BB, venía desarrollando y no era empleador ni tenía el poder de dirección de la empresa como requiere el tipo.

Siguiendo al consultante, Prof. Gonzalo FERNÁNDEZ, señaló que en este tipo de conductas, la voluntad de la ley es inequívoca: quiere restringir el círculo de autoría y criminalizar la conducta de ciertos agentes denotados por una estricta cualificación personal.

Como se acreditó en autos, el Sr. AA no era quien ejercía efectivamente en nombre del empleador el poder de dirección de la empresa, ya

que no estaba dentro de sus potestades las de dirección en conjunto de la organización o la posibilidad de toma de decisiones de cese de personal, adquisición de bienes o herramientas.

Si se reconvierte el manido "poder de dirección" en una mera tarea funcional de control y vigilancia de los eventuales riesgos laborales, se corre el peligro cierto de expandir indebidamente el radio de acción del tipo, haciéndolo atrapar a trabajadores asalariados a los cuales sólo puede involucrarseles por su rol funcional, la división de tareas y la incumbencia que les fuera asignada, pese a carecer de todo poder de dirección empresarial.

El arquitecto director de obra no es un sujeto del que pueda predicarse la representación del empresario y/o el efectivo ejercicio del poder de dirección en la empresa por vía de delegación. Razonar en sentido contrario significa, a todas luces, por vía analógica extender el tipo penal, infringiendo el claro tenor literal del texto legal que constituye el perímetro no franqueable de la figura penal en cuestión.

b) El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno en la sentencia impugnada aplica erróneamente las normas extrapenales que son integradas al tipo, puesto que confirma la

invocación de normas reglamentarias inaplicables al caso.

No se identifican adecuadamente las normas que "llenarían" el precepto, las cuales establecerían las normas de seguridad que debían cumplirse y no lo fueron. No se indica qué norma es la que establece o describe los medios de resguardo o seguridad que se reprochan como incumplidos.

Las normas a las cuales se remite la sentencia de primera instancia (confirmada por el órgano de alzada), no se aplican al caso de autos ni describen las medidas que no se habrían adoptado, a lo cual se suma la invocación de normas derogadas.

El art. 124 del decreto No. 125/014 refiere a un sistema de protección colectiva, cuyo fin esencial es detener la posible caída de objetos para salvaguardar la integridad de las personas que se encuentren desarrollando tareas o transiten en niveles por debajo de ellas.

Este sistema se exige durante la realización de la estructura, en el caso de autos no se estaba realizando la estructura, con lo cual tales medidas no eran exigibles. La estructura de hormigón ya se había finalizado tal como surge del informe del Ing. CC y de las fotografías que obran en el expediente. En la etapa de la obra avanzada es posible

la colocación de barandas de protección y éstas existían.

El cumplimiento de las normas de seguridad surge del informe del Ing. CC y de la declaración de la Técnico Prevencionista, debiéndose tener presente que el Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social -que ejerce la policía administrativa- no realizó objeción alguna ante el evento.

El trabajo se realizó sobre loza, en la azotea del núcleo E, la cual constaba de 600 metros cuadrados, tal como surge de los planos de la obra. Dicha azotea había sido delimitada como zona de exclusión y como surge del expediente contaba con una zona de exclusión.

El error de Derecho se configura, además, por cuanto no se identifica en concreto qué medida se omitió tomar. Las medidas a las que refiere la Sala no cuentan con respaldo legal y la supuesta omisión atribuida al imputado, en puridad, refiere a actos decididos y ejecutados por otros operarios de la obra.

El amarre de la linga estaba en manos del personal de mantenimiento de la grúa, idóneo en esa tarea y externo o ajeno a la obra en sí misma.

Nada de lo que se le

reprocha tiene sustento normativo.

Las medidas adoptadas para este tipo de trabajo, fueron las exigibles en cumplimiento de la normativa y buena práctica de la construcción. Lo que ocurrió no es otra cosa que un evento imprevisible para alguien como Jefe de Obra que no estaba directamente en la operativa como para determinar qué medidas de seguridad se debían adoptar y cómo.

c) En el caso, nos enfrentamos ante una materia sumamente técnica, pese a lo cual, no se ordenó el diligenciamiento de prueba pericial, dándose mayor relevancia al testimonio de los denunciantes y de los dos testigos aportados por éstos a la causa. Mientras que en los informes técnicos de los especialistas, se concluyó que en la obra no se incumplió ninguna norma de seguridad, ni existió el peligro concreto que requiere el precepto legal.

La sentencia no invocó ni la Fiscalía aportó un solo medio de prueba de carácter técnico para poder apreciar si existía esa objetiva probabilidad de daño para los bienes jurídicos tutelados. Lo ocurrido fue un imprevisto por una mala ejecución de los operarios que no puso en peligro concreto la vida o salud de los trabajadores.

La capacitación de los

operarios y las medidas adoptadas el día del evento, tornaban improbable el advenimiento de una puesta en peligro grave, cierto y concreto. No era exigible ninguna otra medida para el trabajo a realizar, nada de eso surge de las normas invocadas.

El error cuestionable en la valoración de la prueba, se relaciona con la omisión de haber atendido a las explicaciones que dieron en autos los técnicos en la materia.

La zona E estaba clausurada y la F desalojada, todas las zonas tenían loza para circular entre ellas, por la constante capacitación, tampoco era probable que un operario transitara por el patio a cielo descubierto, no debía hacerlo y, en caso contrario, era pasible de sanciones.

De los propios dichos de los denunciantes, resulta que los delegados sindicales, presenciaron las tareas que se estaban realizando y la única observación que realizan era si los operarios de mantenimiento tenían puesto el arnés.

No se ha podido acreditar objetiva y técnicamente que no se adoptaron los medios de resguardo previstos en la Ley, sino que se ha probado que dichos medios fueron tomados por parte de los responsables, habiendo éstos cometido un error de apreciación en la distancia de afectación.

El concepto de peligro grave y concreto para la vida, salud o la integridad del trabajador entraña una valoración técnica, esto es, la existencia de una objetiva probabilidad de daño, noción diferente de la mera posibilidad.

En la sentencia impugnada se incurrió en un grave error de valoración de la prueba sobre la existencia de un peligro grave y concreto, en virtud de que ningún trabajador debía desplazarse en la zona de afectación y, por lo tanto, no podría haberse visto lesionado por la caída de la linga.

d) Todos los actos descritos por la Sala responden, en todo caso, a omisiones o errores en la ejecución que esencialmente se presentan como culposos, por negligencia o impericia en el manejo de la linga o de cálculo en el área que debía delimitarse para evitar cualquier tipo de riesgos que la caída del objeto podía generar.

El imputado nunca tuvo voluntad de omitir la disposición de una medida sabiendo que se generaba peligro, ni dolo eventual ya que no se pudieron representar el resultado como posible. En efecto, se tomaron todas las medidas exigibles y los ocurridos fueron una secuencia de imprevisibles y errores de cálculo.

e) Surge probado que sí se

determinó una zona de exclusión en la azotea de la obra y se instaló una baranda de madera, aunque la eslinga se rompió al caer y se desplomó sobre el patio central, área que no había sido delimitada como zona de exclusión. Habiéndose verificado como se señala en el informe técnico, un error de apreciación sobre la zona de incidencia, la cual resultó mayor a la prevista. Dicho error constituye un error de hecho (art. 22 del CP) que versa sobre las circunstancias concretas del delito. En efecto, debido a esa errónea apreciación de la zona de incidencia de la caída de la eslinga, no se consideró por parte del jefe del equipo de reparación el peligro concreto -grave y objetivo- que significaría su caída fuera o más allá de la zona de exclusión prevista.

El error de hecho neutraliza el dolo y solo deja subsistente la eventual imputación a título de culpa, siempre y cuando -por cierto- esté prevista en la ley la comisión imprudente del reato (art. 19 del CP). Entonces, como el art. 1º de la Ley No. 19.196 solamente consagra la modalidad dolosa de acción y no está prevista una paralela conducta imprudente, es indisputable que el error acerca de los límites de la zona de exclusión necesaria tiene eficacia dirimente.

En definitiva, solicitó que se case la sentencia impugnada y, en su mérito, se

absuelva al imputado, Sr. AA

IV) Por interlocutoria No. 1208/2021 de fecha 26 de octubre de 2021 (fs. 926/926) dictada por la Corporación se dio ingreso al recurso y se confirió traslado por el plazo legal.

V) Evacuando el traslado conferido, el Ministerio Público abogó por su rechazo (fs. 934/938).

VI) Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien en su dictamen No. 000021/2022 glosado a fs. 942/945 voto., aconsejó el rechazo del recurso de casación en vista.

VII) Por providencia No. 129/2022 de fecha 22 de febrero de 2022 (fs. 948), se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes.

VIII) Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia con el voto unánime de sus integrantes naturales, amparará el recurso de casación interpuesto por la Defensa y en su mérito dispondrá la absolución del imputado, todo ello conforme a los fundamentos que a continuación se pasan a exponer.

II) Como punto de partida deviene oportuno hacer mención a los hechos suscitados en la presente causa, por tanto, corresponde repasar los hechos recogidos en la plataforma fáctica que tuvo por acreditada el Ad-Quem. En este aspecto el Tribunal tuvo por acreditado los siguientes hechos: "el 2 de diciembre de 2015, en horas de la tarde, tras una comunicación previa del enjuiciado AA, Ayudante de Arquitecto, en su calidad de Jefe de Obra con el Ingeniero DD, Jefe de Mantenimiento, éste envió a dos trabajadores, Sres. EE y FF para el cambio de la linga de acero de una pulgada de diámetro aproximadamente, de una grúa con pluma que se había deshilachado.

Se trataba de la construcción FORUM, ubicada en la Rambla del Puerto del Buceo, concretamente en la calle Euclides PELUFFO N° 1641.

En el momento, la obra presentaba 11 núcleos, identificados con las letras A a K. El mástil de la grúa atravesaba los núcleos D y E, en tanto la pluma se encontraba entre los núcleos D y F.

Los operarios se instalaron en la azotea del núcleo E, lo que se determinó como zona de exclusión.

En el desempeño de su labor, los trabajadores cortaron uno de los extremos de la linga de acero, la que no se encontraba ajustada en

forma adecuada, por lo que un trozo de 30 metros se soltó y tras arrastrar la baranda de seguridad del sector, cayó desde el piso 11, impactando contra el patio central de la obra luego de golpear contra las barandas de los pisos inferiores.

Cayó en un espacio donde el personal circulaba permanentemente por estar próximo a los baños y a una escalera de acceso a los pisos superiores” (fs. 899/899 vto.).

III) Expresado el marco fáctico que encuadra la presente litis, debe señalarse que la Defensa, en primer lugar, se agravió por considerar -con respaldo en la posición del consultante, Prof. Gonzalo FERNÁNDEZ- que AA no es sujeto activo del delito porque, en su calidad de trabajador, Jefe de Obra, no ostentaba por delegación material el poder de dirección del empleador.

A su juicio la interpretación literal -única posible- impide considerar alcanzado por el tipo a aquellos trabajadores que, por su rol funcional, cumplían tareas de supervisión y vigilancia en materia de siniestralidad laboral. De otro modo -siempre a juicio del impugnante- se estaría extendiendo analógicamente el tipo penal, criminalizando a personal no alcanzado originariamente por la norma penal.

A juicio de la Corpora-

ción, no le asiste razón en su planteo.

En efecto, el impugnante pretende considerar que la referencia del tipo al poder de dirección, refiere a la dirección de la actividad empresarial en lo que refiere al pago de salarios y ejercicio del poder disciplinario del empleador.

Gráficamente advierte SIMAZ que el legislador puede haber sido lo más preciso posible en una formulación normativa y, no obstante, la misma puede interpretarse en dos sentidos: uno más amplio y otro más restrictivo. O en la misma situación, existen dudas respecto al alcance del término utilizado (en nuestro caso "poder de dirección") ¿Por qué deberíamos dejar fuera del campo de aplicación supuestos que claramente el legislador quiere que queden comprendidos, pero que por una limitación del lenguaje no le fue posible hacerlo?

Siguiendo a MAZZARESE el autor señala que la noción de significado literal no permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma incontrovertida; como máximo su papel debe circunscribirse al de conducir al oyente en la identificación de los puntos relevantes del contexto de la información, que deben ser utilizados para dar cuenta de una interpretación. Aún desde la perspectiva del literalismo moderado el significado literal es

considerado como punto de partida, pero no necesariamente como el marco en el que circunscribir la interpretación (SIMAZ, Alexis Leonel: "Principio de legalidad e interpretación", Nova Tesis Editorial Jurídica, 1ª Edición, Rosario, 2013, págs. 64 y 150).

La interpretación de la formulación normativa que hace la Defensa determina una conclusión absurda o apagógica. Claramente la voluntad del legislador fue la de reprochar la conducta antijurídica de aquellos que, por delegación material del empleador, tienen a su cargo el cumplimiento del deber de vigilancia en materia de siniestralidad.

No se está extendiendo analógicamente el tipo penal, muy por el contrario, si se siguiera y compartiera la interpretación literal formulada por la Defensa, se estaría criminalizando a personas que *no tienen dominio del hecho o situación*.

Pero, además, el sentido literal al que refiere el consultante, no es unívoco, otras acepciones de poder de dirección, control o mando a nivel organizativo, sin dificultades, alcanza el cumplimiento de normas de seguridad. Es, ni más ni menos, que una faceta o porción de la actividad organizativa y de control de la actividad que desarrolla la constructora.

Si el rol funcional del

trabajador ("mando medio") es únicamente el pago de salarios, la adquisición de bienes o herramientas o la contratación de personal, por ejemplo, entonces se estaría consagrando una suerte de responsabilidad objetiva prescindiendo de la organización interna en la ejecución de tareas y el rol funcional relevante en la dirección de la obra.

Como señala REMERSARO CORONEL cuando la ley refiere a "poder de dirección de la empresa" no se refiere a cuestiones económicas, financieras o de disciplina laboral, sino estrictamente al cumplimiento de medidas y reglamentos de seguridad en materia laboral, si bien pueden coexistir varias de estas funciones en el mismo sujeto. Así, el poder de dirección en este ámbito puede segmentarse o delegarse de forma tal que puede surgir más de un obligado, atendiendo a las obligaciones que le competen, de modo que, con el agregado de este apartado, se entiende que puede responsabilizarse a otros trabajadores que tengan en su dominio las medidas de seguridad, siendo así los gerentes, supervisores o capataces, considerando siempre el caso concreto.

Desde esta perspectiva, los sujetos responsables deben tener facultades suficientes para ejercer el poder de dirección en nombre del empleador y éste debe posibilitar, evitar o reducir

la situación de peligro del trabajador mediante la adopción de las medidas de resguardo y seguridad laboral (REMERSARO CORONEL, Lucía: "El delito de riesgos laborales", FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2016, págs. 116/117).

Lo esencial será determinar, en palabras de COS EGEA, acudir a criterios materiales para identificar, en cada caso, al autor del delito. El criterio material en este caso para identificar al autor de este delito será el determinar quién ejerce realmente el poder de dirección en lo relativo a materia preventiva y tiene, por tanto, la función de vigilar y controlar que en la empresa se están adoptando las medidas preventivas legalmente exigibles.

La fórmula abierta e indeterminada utilizada por esta norma penal para extender la autoría contra la seguridad y salud en el trabajo a personas distintas del empresario plantea el problema de concretar quién es la persona realmente responsable, para lo cual y dada la vigencia estricta en el ámbito penal del principio de culpabilidad lo principal será determinar qué persona tiene encomendada material (y no formalmente) las funciones preventivas en la empresa.

Es claro que en la empresa

pueden ser varios los sujetos que tienen encomendadas funciones en materia de prevención por lo que dentro de este círculo de potenciales sujetos activos deberá tenerse en cuenta que la autoría ha de fijarse a partir de cada creación de peligro, considerándose únicamente autores a aquellos en cuyo ámbito de competencias se encuentre la fuente de peligro, para lo que se habrá de *"estar al caso concreto y analizar la intervención de cada uno, a fin de individualizar la responsabilidad en que cada interviniente haya podido incurrir"* (sentencia de la AP de Cádiz de 20 de marzo de 2003) (COS EGEA, Manrique: "La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales", LA LEY, 1ª Edición, Madrid, 2010, págs. 461, 463, 464 y 465).

En la misma línea, destaca MALET que *"es esencial desentrañar quién de hecho, responde por la seguridad de los trabajadores y restringir la noción a quienes están en condiciones de cumplir la protección desde sus facultades de organización de la actividad. Para ello hay que tomar muy en cuenta la referencia a quien `efectivamente` cumpla la dirección de la empresa en ese aspecto (...) El deber de seguridad alcanza al titular de la empresa y a quienes están equiparados a él, reciben poderes de mando, organización y control, cuando el empleador los*

inviste de su poder de dirección con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro, proporcionándoles los medios para ello” (MALET, Mariana. Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la ley N.º 19.196. en “Derecho penal del trabajo y responsabilidad penal del empleador” SILVA FORNÉ, Diego (cord.). FCU. Montevideo. 2017. Pág. 45-46).

La autora señala que, sin forzar el texto legal ni caer en la analogía, pueden ser sujetos activos del delito “los encargados de obra, los arquitectos técnicos y los vigilantes de seguridad, en cuanto quedan atrapados en la segunda modalidad de sujeto activo, con las cortapisas indicadas” (Ob. Cit. pág. 46).

En el presente caso, AA era el Jefe de obra -en el FORUM-, quien dirigía las actividades y quien mandó reparar la grúa, ni siquiera el recurrente controvierte lo afirmada por la Sala de que era quien ordenaba la ejecución de tareas y el cumplimiento estricto de las normas de seguridad.

La empresa contaba con Técnico Prevencionista, pero quien supervisaba la ejecución de las actividades, tenía el dominio y señorío en el cumplimiento de las normas de seguridad era el imputado.

De modo que, en este

punto, no cabe objetar el criterio técnico-jurídico de la Sala. En tal sentido, el órgano de alzada consideró que el Sr. AA -Jefe de Obra- a pesar de las particularidades de la intervención que se iba a realizar, no alertó a los operarios que cumplían funciones y tampoco al Técnico Prevencionista.

En definitiva, el órgano de mérito consideró que AA era quien efectivamente ejercía, en materia preventiva, el poder de dirección de BB.

Por otra parte, véase que la interpretación literal impulsada por la Defensa vaciaría de contenido el tipo penal, porque desatiende la materialidad de la conducta que se reprocha. En el caso, la creación o el aumento del riesgo -grave, objetivo y concreto- para la vida, salud o integridad de los trabajadores. Obviamente, la omisión en el ejercicio del poder de dirección, en este concreto plano de cumplimiento de las normas de seguridad, es lo que causalmente puede generar el riesgo objetivo de este tipo de delito de peligro.

Si atendemos al organigrama funcional de la empresa, el Jefe de Obra, es la autoridad en la obra en cuestión, encontrándose por debajo del Gerente de "Obras". Debe tenerse presente que el Capataz de Obra quien debía controlar el cumplimiento

de las medidas de seguridad impartidas, no era más que un eslabón en la organización funcional, recayendo sobre el imputado la adopción efectiva de las normas de seguridad (ver fs. 382 y 384/385).

IV) En segundo lugar, el recurrente centro su embate crítico sobre las normas de seguridad extra-penales aplicables al tipo y el juicio de reproche formulado por la Sala.

En este punto, la Corte entiende que asiste plena razón a la Defensa.

La sentencia impugnada discurre, en lo inicial, sobre aspectos conceptuales generales sobre el delito en cuestión (art. 1° de la Ley No. 19.196).

Luego, en el CONSIDERANDO V) se realiza una descripción explicativa de lo acontecido, de hecho la Sala refiere a que el imputado señaló que el "lanzacabos" zafó por "falta de ajuste y grasa por lo que se desprende la misma", esas carencias en el mantenimiento -anota la Sala- es lo que convierte el desenlace en previsible. El ajuste adecuado y el correspondiente engrase "hubieran sido la diferencia" (fs. 902).

La Corte no comparte tal enfoque.

El error de Derecho en el

que incurre la Sala supone parificar el incumplimiento de una medida de seguridad con un error de ejecución de la tarea por parte de los funcionarios apostados al arreglo de la grúa.

Este último se trata de personal capacitado, con experiencia de varios años en la materia, que fueron enviados por el Jefe de Mantenimiento a raíz del pedido del imputado para reparar la linga de la grúa.

El Tribunal hace referencia al motivo que desencadenó el evento, pero lo cierto es que lo que está en juego es si, en forma dolosa, el Sr. AA no adoptó medidas de seguridad en la materia. Es decir, si estando en conocimiento del hecho tuvo voluntad de querer el resultado o, en su caso, se representó la situación como probable en su desenlace, pese a lo cual, se desentendió de adoptar los recaudos mínimos que la actividad exigía conforme a la normativa.

De hecho, como bien expone la Defensa al recurrir, el Tribunal ni siquiera identifica el decreto No. 125/014, ninguno de sus preceptos que consagran medidas eventualmente requeribles.

Como señala TERRADILLOS BASOCO, como todos los delitos de omisión se construyen y se interpretan normativamente: lo castigado no es un

naturalístico no hacer, sino omitir la acción dirigida por el Derecho (TERRADILLOS BASOCO, Juan María: *“Protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores. Ley uruguaya N° 19.196 y experiencia española”* en Revista de Derecho Penal No. 22, FCU, Montevideo, 2014, pág. 67).

Al respecto agrega MALET que *“la remisión a normativa extrapenal específica está justificada porque si no hay integración a la ley penal de esa normativa, quedan difusos los contornos de lo prohibido penal a través de considerar de modo genérico solo la superación del riesgo permitido. El castigo de esa superación implica la extralimitación excesiva, más allá de lo razonable. Adviértase que en particular en la disposición que analizamos se exige que se provoque por ello un peligro concreto y grave; por lo que aún violando las disposiciones de seguridad si no se da ese efecto, no hay delito. Insistimos, dada la nota de gravedad, se puede predecir que serán situaciones groseras que deben estar previstas en todo reglamento...”* (MALET, Mariana. *Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la ley N.º 19.196*. En Revista de Derecho Penal No. 22. FCU. Montevideo. Pág. 33).

A su vez, no puede perderse de vista que al analizar la constitucionalidad

del artículo 1 de la Ley No. 19.196, este Alto Cuerpo ha dicho: "Resulta aplicable -en lo esencial- lo resuelto por la Corte en Sentencia No. 25/2014 que, remitiéndose a los Pronunciamientos Nos. 61/05 y 18/2010, en oportunidad de analizar la 'Ley penal en blanco' sostuvieron su constitucionalidad (...) En general, se afirma la necesidad de estas remisiones por lo complicado y variante de las materias en que se utiliza la Ley penal en blanco. Véase por ejemplo lo relativo al medio ambiente, a la materia sanitaria, a la laboral, etc. El Código Penal no puede recoger todos los matices con los que la conducta puede darse (o configurarse); por ello resulta inevitable recurrir al reglamento para completar la definición. No se puede pretender que se relacionen en forma expresa y detallada todas y cada una de las posibles acciones, omisiones, o situaciones en que puede incurrir un posible agente; ello sería imposible, ya que no se concebiría un código que detalle en cada artículo todas las hipótesis fácticas que pueden darse en la realidad y que, obviamente, son infinitas. La amplitud con que una norma describe una figura, ya sea mediante otra Ley o a través de normas de naturaleza administrativa, no colide con la Constitución, siempre que se advierta en forma inequívoca que está dentro del sistema de significaciones que la propia Ley consagra (en el caso

concreto la conducta del agente debe, necesariamente, traducirse en una vulneración de la obediencia, que es el bien jurídico protegido o tutelado por la Ley). Modernamente, se admite que exista colaboración reglamentaria de la Ley sancionadora, pero condicionado a que en la Ley queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta (v. MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARAN, Mercedes. 'Derecho Penal. Parte General', Valencia 1993, pág. 104). Se ha dicho con precisión: 'Naturalmente la Ley puede hacerlo también (describir) remitiéndose a esquemas trazados en otros textos legales, incluso de jerarquía inferior, pero siempre que ellos satisfagan los requisitos indispensables para dar certeza a los destinatarios respecto a lo que está impuesto o vedado' (CURY URZUA, Enrique, 'Derecho Penal. Parte General', Edito. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, tomo 1, págs. 154 y 155). En general pues, se admite la validez de la Ley penal en blanco siempre que no deje a los ciudadanos cierta incertidumbre sobre la licitud o ilicitud de sus actos. Pueden resumirse estos conceptos señalando que la Ley penal en blanco es aceptable cuando tiene caracteres capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una norma penal. Para ello pueden establecerse varios principios, a saber: 1) La Ley

penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión sancionable, abandonando a la disposición complementaria la precisión de las condiciones en que ello sucederá. 2) La Ley penal en blanco que se remita a una norma inferior jerárquicamente, debe determinar por sí misma la sanción. 3) Las normas complementarias deben ser conocidas por quienes deben cumplirlas. 4) Como el contenido de la norma complementaria integra el tipo de la Ley en blanco, tiene que determinar el hecho punible, o sea precisar los contornos de lo que está prohibido...' (Sentencia No. 74/1997 de la Suprema Corte de Justicia).

VII) Aplicando los conceptos que vienen de señalarse al caso de autos, la impugnada resulta adecuada a los preceptos contenidos en nuestra Carta Magna, en tanto no obstante su generalidad, reúne los elementos esenciales que le son exigibles a todo tipo penal, a saber: sujeto activo, bien jurídico protegido, conducta típica y la pena (Cfme. dictamen del Sr. Fiscal de Corte obrante a fs. 104 vto.). No vulnera en consecuencia el principio de legalidad, que, como lo señalara esta Corporación en Sentencia No. 70/97: 'En el principio de legalidad se suelen advertir tradicionalmente una dimensión técnica y una dimensión política. En el primer aspecto, dicho

principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan -en la medida de lo posible, dados los mecanismos a través de los cuales se adquiere tal conocimiento- qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución (Cf. 'Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo', Ed. José María Bosch - Barcelona, 1992, p. 252)'.

En el caso, como se expresara, todos los requisitos enumerados se cumplen.

En primer lugar, la norma describe la conducta típica como aquella omisión de adoptar los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la Ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador. Por lo que está correctamente descrita, delegándose a la inferior que ésta precisara las condiciones en que dicha omisión se habría de verificar.

En segundo lugar, el art. 1 de la Ley No. 19.196 fija la sanción que recaerá sobre aquél cuya conducta resulte atrapada por este tipo penal, la que será de tres a veinticuatro meses de prisión.

En tercer lugar, resulta

por demás razonable que sea el empleador o aquella persona que ejerza el poder de dirección en la empresa quien deba, necesariamente, conocer la normativa legal y reglamentaria que le impone salvaguardar la vida y la integridad física de los trabajadores que tiene a su cargo” (sentencia No. 272/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

Ahora bien, aclarado tal extremo, se observa que si bien la sentencia recurrida constantemente hace caudal de que se infringieron leyes y reglamentos, lo cierto es que no existe ley ni reglamento individualizado del cual se desprenda que el empleador debía, ante una hipótesis determinada, tomar tal o cual medida.

Más aún, la propia acusación Fiscal incurre en igual omisión.

Véase, incluso, que el MTSS al requerírsele informe sobre si existe protocolo respecto de las medidas de seguridad, contestó: *“En materia de grúas, el decreto 125/14 dispone en sus artículos 2016 -rectius 206- en adelante varias medidas específicas para la seguridad de las personas que trabajan con dichos equipos tales como: la documentación que deberán llevar las empresas que las utilicen, a saber Manual del fabricante, que deberá contener especificaciones de reparaciones y repuestos.*

Además de ello deberá disponer de las instrucciones del usuario donde se dispondrán los criterios y la forma de actuar para las verificaciones diarias y los controles periódicos, averías, modificaciones, accidentes. También deberán disponer las instrucciones de inspecciones de cables, de comprobación de mecanismos, dispositivo de seguridad y manejo de cargas. Finalmente en materia documental deberá llevarse el Registro de Trazabilidad o Libro con el historial de la grúa donde el usuario, como mínimo, deberá reseñar: montaje inicial y sucesivos montajes, verificaciones periódicas, sustitución de motores y de mecanismos, sustitución de elementos estructurales. Siguen otras especificaciones hasta el artículo 216 específicas para la operativa con estos equipos. En conclusión el artículo 206 es bastante detallado al respecto de la consulta efectuada. Por otra parte el Capítulo XII del Decreto 125/14 refiere a las competencias del Servicio de Seguridad en el Trabajo que son las de asesoramiento al empleador respecto de la prevención de riesgos en la obra" (fs. 177).

Ninguna de estas medidas es objeto de reproche por parte de la Sala.

Así las cosas, por ejemplo, la exigencia de redes de protección colectiva están especialmente indicadas durante la "realización de

la estructura" (supuesto que difiere al de autos).

El Sr. Fiscal de Corte en su dictamen (específicamente a fs. 949) señala que lo actuado en la órbita administrativa no condiciona ni limita las decisiones de los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal. Con lo cual, el hecho de no haber multado a la empresa a la que pertenece el imputado no impide que el Juez examine si su obrar omisivo encarta en la figura contemplada en el art. 1° de la Ley No. 19.196.

En rigor, no está en discusión la independencia de esferas (la administrativa y la penal), sino que a la luz de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por las dependencias del MTSS se puede apreciar que, el órgano técnico de la Administración no logró identificar incumplimiento específico a las normas de seguridad y prevención en materia laboral.

Obviamente, los jueces pueden analizar, con absoluta independencia de criterio, si determinados hechos encartan o no en una figura delictiva, pero a la hora de apreciar si se incumplieron deliberadamente normas de seguridad, lo resuelto por el órgano de aplicación en la materia es un hecho indicador que refuerza la convicción judicial de que no se asiste al delito omisivo en cuestión.

No es posible imputar al barrer, en forma genérica, incumplimiento de normas de seguridad, es necesario para ello que el juzgador identifique y especifique en qué consistió la omisión, que normas de Derecho que consagran o exigen determinadas medidas fueron completamente soslayadas.

En concreto, la Sala no logró identificar ninguna norma infringida lo que hace imposible que la incriminación prospere ya que se trata de un elemento esencial del tipo, al que está dirigida la conducta omisiva.

A juicio de los Sres. Ministros Dres. Morales, Martínez y el redactor, el acogimiento del presente agravio como error de derecho impone per se la absolución del imputado, sin perjuicio de lo que se señalara en párrafos subsiguientes cuando se analice el agravio sobre la valoración probatoria efectuada por la Sala.

V) Como tercer agravio, la Defensa centró sus esfuerzos en cuestionar la valoración realizada por la Sala con relación al cúmulo obrante en la causa.

Sobre la temática, corresponde señalar que en el seno de esta Corporación existen diversas posiciones.

a) A juicio de los Sres.

Ministros Dres. Morales, Martínez y el redactor en cuanto a la infracción a las normas de valoración probatoria en materia penal, no es posible ingresar a la revalorización de los hechos en aquellos supuestos en que se constate una valoración probatoria que resulte absurda o arbitraria. En efecto, la norma procesal penal (art. 270 del CPP) es distinta a la prevista en materia procesal civil (art. 270 del CGP); y la primera no ha sido derogada por la segunda. En materia procesal civil, contando con la habilitación del inc. 2 del art. 270 del CGP, se acotó el control casatorio de las normas de valoración de la prueba para aquellos supuestos en que la valoración resulte "absurda o arbitraria". Pero, la referida limitación se aplica partiendo de la base de la habilitación legal del inc. 2 del art. 270. Al no existir tal previsión en el CPP, no resulta posible acudir al mecanismo al que sólo se puede ingresar a través de una norma habilitante no consagrada para este supuesto.

Es dable destacar que los hechos son intangibles y debe estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula -extremo que no acaece en el caso de marras-, por entenderse que la subsunción de los

hechos y la normativa aplicada por el ad-quem es correcta.

En idéntico sentido, sobre el alcance del recurso de casación, se ha expresado prestigiosa doctrina de nuestro país. A saber, Vescovi, en su clásica obra sobre el recurso de casación, señaló: "*(...) nuestro régimen legal de la casación penal ha excluido el error en la apreciación de la prueba como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados (...)*" (Cfme. VESCOVI, Enrique, *La casación civil*, Idea, Montevideo, 1996, pág. 83). También, se pronunció en tal sentido Veiras, quien afirmó: "*(...) la existencia de una previsión legal específica sobre el punto en el C.P.P. (artículo 270 inciso 2), contraria a la solución genérica establecida en el C.G.P. (artículo 270 inciso 1) -y salvo la excepción que se mencionará-, impide trasladar analógicamente esta última por vía de integración normativa (...)*" (Cfme. VEIRAS, Jorge, "Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso", en AA. VV., *XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2009, pág. 347).

b) Por su parte, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, en hipótesis de ilogicidad, arbitrariedad o absurdo evidente, este

colegiado puede revalorar el material probatorio al amparo efectuado por el <<Ad Quem>>.

La Sra. Ministra Dra. Minvielle estima que en nuestro derecho procesal penal el recurso de casación únicamente puede fundarse en una errónea aplicación del derecho, ya sea en el fondo (juzgamiento error <<*in iudicando*>>) o en la forma (procedimiento, error <<*in procedendo*>>) (cfme. GARDERES, S. y VALENTÍN, G., <<Código del Proceso Penal Comentado>>, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 638). Consigna que, al decir de Barrios de Angelis, la máxima fundamental de la casación es que ella solo comprende el punto de derecho y no tiene intervención en la cuestión de hecho (cfme. BARRIOS DE ANGELIS, D., <<Cuestiones de hecho y de derecho en la casación>>, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Año XIII (No. 3), Montevideo, 1962, pág. 579).

Agrega que, no obstante lo antedicho, la jurisprudencia de la Corporación ha admitido la posibilidad de revisar las decisiones sobre valoración probatoria cuando estas resultan arbitrarias, irracionales o contrarias a las reglas de la lógica. Como señala Colombo, si bien la revalorización de la prueba resulta excepcional, la Corte -en base a la teoría del absurdo evidente- puede hacerlo cuando media

error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible. De este modo se abre un nuevo campo para la casación, el cual se admite con un entorno sumamente restrictivo, para realizar y actuar la justicia como último instrumento para evitar la iniquidad del fallo (COLOMBO, E., <<Casación: Teoría del absurdo evidente>>, RUDP 1/1983, págs. 57/58).

Puntualiza, como bien postulan Valentín y Garderes, que el CPP no contiene una referencia similar a la del art. 270 del CGP (que incluye expresamente como error de derecho la infracción a las reglas legales sobre valoración de la prueba) por cuya vía se permite revisar la aplicación de los criterios legales de valoración de la prueba en la casación civil. Sin embargo, cabe convenir que, en esencia, la sana crítica es una regla legal y si las conclusiones probatorias del fallo resultan claramente absurdas esa regla legal de valoración probatoria se encuentra afectada (teoría del <<absurdo evidente>>, recogida en la jurisprudencia civil de la Suprema Corte de Justicia).

Subraya en efecto, como expresan los comentaristas en términos plenamente compartibles, que el artículo 270 inciso 2° del CPP no establece algo distinto de lo previsto con carácter general en el artículo 270 del CGP (<<el recurso sólo

podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho... >>).

En definitiva, concluye la Sra. Ministra que la aclaración referida a la intangibilidad de los hechos debe interpretarse en ese marco conceptual clásico, sustentado en la distinción entre hechos y derecho, que no supone negar el carácter normativo (derecho) de las reglas legales sobre valoración de la prueba (cfme. autores citados, <<Código del Proceso Penal Comentado>> citado, pág. 638).

c) Finalmente, en posición del Sr. Ministro Dr. Sosa, no se requiere denuncia de absurdo o arbitrariedad, pues la solución es idéntica tratándose de CGP, CPP 1980 o NCPP 2017. En ese sentido, afirma el precitado Ministro que en cuanto a la prueba penal y el recurso de casación, se debe recalcar el contexto funcional en la interpretación de las normas que regulan la prueba judicial en la materia.

Tal criterio se ve respaldado porque es de fácil constatación que el juez busca corroborar la cualidad de veraz de los hechos, su real existencia; y, a tal fin, debe usar criterios racionales siempre, en todos los casos. Puede estar libre de ataduras legales, pero no de criterios de valoración racional, los que siempre son controlables en casación.

En efecto, el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen "*verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación...*" (Hitters, J. "Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación", 2ª Edición, Editorial LEP, La Plata, 1998, pág. 460).

Sin detenerse en el problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada, para interpretar el significado y alcance normativo de "hechos dados por probados" (cuya discusión en casación obturaría "*ab initio*" el texto del inciso 2 del artículo 270 del CPP), es decisivo tener en cuenta que es el principio de inmediación procesal lo que ha llevado a que en casación no pueda controlarse la valoración de la prueba, pero sólo entendida como limitación referida al proceso interno del juez; nada obtura controlar la expresión que el juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de la sentencia. Ello es así, como baluarte garantista que haga realidad el derecho a la prueba que debe reconocerse a las

partes.

En el punto, se aceptan los certeros conceptos de Binder Barzizza ("El proceso penal", ILANUD FORCAP, San José, Costa Rica-1991, págs. 80-81) cuando enseña: *"En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de inmediación.*

Aquí el problema es el siguiente: el juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los hechos y determinó o definió el derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de inmediación? He aquí el problema.

Tradicionalmente, el recurso de casación 'respondió' circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De ahí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso

'técnico', limitado a las 'cuestiones de derecho'.

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y las propias necesidades políticas de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, capaces de ejercer un mayor control.

No obstante, el recurso de casación tiene un límite que ha sido, hasta ahora, infranqueable: ejerce, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por imperativo del principio de inmediación, no puede ir más allá. Esto da lugar a dos consecuencias principales.

La primera consiste en que el recurso de casación es, fundamentalmente, un recurso que solamente anula ('casa') la sentencia de primera instancia ('reenvío'). En circunstancias excepcionales, es decir, cuando el error en la aplicación del Derecho es tan evidente que no se necesita prueba para tomar la decisión -por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito que no existe-, el juez revisor puede dictar un nuevo fallo directamente, sin 'reenvío'.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es la expresión

que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto”.

Entonces, como los jueces, de conformidad con el artículo 174 del CPP, deberán apreciar la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica: *“puede afirmarse que el criterio de valoración de la prueba penal deberá ajustarse a las ‘reglas de la sana crítica’ concebidas como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, según la imperecedera concepción de Eduardo J. Couture, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna”* (Bermúdez, V. “Los medios de prueba en Curso sobre el Código del Proceso Penal. Ley No. 15.032”, FCU, pág. 319).

Dicha pauta coloca a la sana crítica como una regla legal y, de conformidad con el artículo 270 inciso 1 del CPP, el recurso de casación puede fundarse *“en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma”.*

Y cabe observar que las reglas del raciocinio, como explica Fairén Guillén

("Reglas de la sana crítica y casación", en Revista de Derecho Procesal 1991, 1 -española- pág. 14) no se aplican en "pura conciencia", antes bien, debe ésta formarse racionalmente.

Hace más de treinta años, en el año 1987, con una claridad meridiana, Gelsi Bidart decía: *"Hemos sostenido en otra oportunidad que en el recurso de casación la Suprema Corte puede revisar de qué manera se ha aplicado la norma que impone al juez la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, por tratarse de una disposición jurídica y por ende, ingresar directamente en la órbita competencial de la S. Corte. Las disposiciones de la casación, se refieren al 'material de hecho' (a.280) que existe en el expediente y atenerse a los hechos probados en el mismo. Pero si resulta que se dan por probados hechos por la aplicación inadecuada de la norma jurídica, la S. Corte puede y debe hacer la aplicación de ésta que corresponde. ¿De dónde surge que la S. Corte debe velar por la correcta aplicación de algunas normas jurídicas y no de todas? ¿Qué disposición concreta lo establece?. No se trata de 'discutir los hechos dados por probados en la sentencia... que se tendrán por verdaderos (a. 270 inc.2) sino de establecer si 'los jueces' han apreciado la eficacia de la prueba 'de acuerdo con las reglas de la sana crítica' (art. 174)" (Bidart, G;*

"Casación penal: garantías procesales y sana crítica", RUDP, número 4, año 1987, FCU, pág. 523).

En definitiva, lo expresamente previsto en el inciso 2 del artículo 270 del CPP -"*No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos*"- no colide en forma alguna con el mandato previsto por el codificador en el artículo 174 del CPP al exigirle al Magistrado que valore las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

Dicha norma no se encuentra exceptuada, de forma alguna, en su control en casación y puede ser objeto de agravio dado que la sana crítica es una regla legal y procesable ante esta Corporación al amparo del artículo 270 del CPP "*existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma*".

Asimismo, la posición antes sostenida encuentra total asidero en la reciente legislación sobre el recurso de casación en el Nuevo Código del Proceso Penal. En tal sentido, como se sostuvo en sentencia No. 212/2017 de esta Corporación: "*Agrega el Dr. Pérez Manrique que su posición se ve reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el artículo 372 de la Ley No. 19.293 que:*

'Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso'".

Por último, forzoso es significar que el universo de las pruebas judiciales no está inserto en un ámbito imperturbable, ajeno a los valores y a las concepciones sobre la sociedad y el proceso. Basta observar que la verificación de los hechos en sede jurisdiccional cambia según las visiones de la sociedad que se encuentra detrás de todo problema procesal y detrás de cualquier solución técnico-jurídica para resolverlo. Los principios que han de regir y sus particularizaciones no son abstracciones definibles dentro de categorías absolutas, sino realidades cuyo perfil verdadero se observa a la luz del contexto de valores en que se encuentra inserto el legislador y el intérprete. No puede desconocerse que la norma del art. 270 inc. 2 fue generada en el año 1980, como mecanismo de control y con sus también conocidas finalidades. Hoy, en contexto democrático y republicano, estrictamente garantista y respetuoso con los derechos fundamentales, el criterio hermenéutico no puede ser otro que el evolutivo a la luz de la actual realidad.

VI) Reseñadas las distintas posturas existentes en el seno de la Corporación,

corresponde analizar el caso concreto y contrastarlo con las mismas.

a) Bajo tales lineamientos, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Morales y el redactor corresponde señalar que lo resuelto con relación al agravio anterior, es suficiente para acoger el recurso, sin necesidad de ulteriores desarrollos. En efecto, es estéril (aun a partir de la plataforma fáctica tenida en cuenta por la Sala, inmutable en casación), dirimir el acaecimiento del peligro grave y concreto, el dolo, y el eventual error de hecho, en tanto estos elementos guardan relación con la conducta omisiva que se le reprocha al sujeto activo. En tanto ni siquiera se identificó cuáles fueron las normas de seguridad y salud que se omitió cumplir, no es posible valorar de qué manera esto guarda relación con el peligro concreto y grave.

b) Por su parte, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, el error en la conclusión probatoria que denuncia el recurrente califica, con creces, como absurdo evidente. En base a ello, considera que de ningún modo los elementos probatorios disponibles en la causa ambientan una decisión condenatoria del Sr. AA. Al respecto, comparte el criterio del Prof. Gonzalo FERNÁNDEZ - consultante en la causa- en cuanto a que, en puridad, lo

que existió fue un error de percepción, una incorrecta delimitación de la zona de incidencia a los efectos de la realización del trabajo, lo que migra del dolo a la imprudencia o negligencia que no está alcanzada por el tipo penal.

La única valoración técnica sobre el evento que se cuenta en la causa es el informe técnico del Ing.CC solicitado por la Cámara de la Construcción del Uruguay, en el que se hace referencia a que: *"En el caso que nos ocupa, y según la información suministrada por la empresa, el servicio de reparación es una unidad propia de la empresa que funciona de manera externa a todas las obras de la compañía.*

Esta unidad de servicio externa, conocida con el nombre de 'taller', está formada por personal con más de 10 años de experiencia en este tipo de tareas.

(...)

Previo a la tarea de sustitución de la eslinga, la misma cayó fuera del área de exclusión que se había definido y liberado de personal previamente.

(...) *corresponde notar que la organización y la dinámica de una obra implican la determinación de las zonas de transporte y elevación*

de materiales, la determinación de los lugares de circulación de los trabajadores y de los movimientos en general, estén señalizados de manera específica o no.

Los lugares de circulación adecuados, la forma de cómo ubicarse el personal en el caso de movimiento de cargas suspendidas y mucha otra información de cómo funciona la obra y cómo deben comportarse y del comportamiento e idoneidad de todo el personal dentro de la obra.

(...)

A la vista del incidente ocurrido corresponde informar que ocurrió un error de apreciación en la distancia de afectación, a lo que se agrega una falla humana durante la realización de la tarea.

(...)

La zona de incidencia fue mayor a la prevista, y afectó una zona donde se argumenta que podrían haber circulado trabajadores, poniéndolas en situación de riesgo de vida" (fs. 515/516).

De la mano de lo anterior, el imputado señaló que no es probable que al momento de caer la linga fuera probable que circulara personal en el momento de realización de las tareas. Precisamente, porque todo lo que son vestuarios, comedores, depósitos

de subcontratos, pañoles, estaban debajo del primer subsuelo, por ende estaba bajo loza y los accesos a los núcleos eran por escaleras que llegaban al subsuelo. En el momento del incidente tanto la escalera del núcleo E como el F que son los sectores afectados estaba clausurado el acceso a planta baja (fs. 757).

Por igual, el Ing. CC al deponer en la causa, como experto, señaló que la secuencia de hechos en el lugar donde cayó la linga es una secuencia altamente improbable. En una obra con unas órdenes de trabajo y de mando ordenados, la circulación del personal no ocurre por cualquier parte (fs. 751).

En idéntica orientación conceptual, el Encargado de Obra, Guillermo GG señaló que el día del evento se encontraba en su sector, que en ese momento era el F y que le comunicó el Capataz por "handy" que iban a hacer el mantenimiento de la linga por lo que debía bajar todo el personal de la loza y clausurar la salida de la escalera que pasaban por planta baja, no se podía salir en la planta baja por estar cerrado con las tablas pintadas de color rojo, que fueron las que colocaron con seguridad en el bloque E. Luego se fueron a almorzar en el subsuelo (fs. 744).

Por su parte, el Sr. HH -encargado de Carpintería- señaló que al sector donde cayó la linga no tenían acceso. Los accesos a ese bloque

estaban cerrados. Las escaleras del E y F estaban cerradas con barandas y tablas rojas y el perímetro estaba cerrado con cinta que no se podía pasar (fs. 739 y ss.).

Asimismo, el Sr. II - encargado de albañilería- al declarar en el proceso penal, interrogado sobre si los trabajadores tenían acceso al lugar donde cayó la linga, indicó que no lo tenían, que se había cerrado el acceso al patio de planta baja del bloque E, lugar donde cayó la linga (fs. 734).

La Técnico Prevencionista, por su parte, en línea con lo expresado reconoció que las medidas de previsión en el momento fueron las adecuadas, en el sector no había ningún tipo de trabajo ni gente trabajando, en el sector E no había gente trabajando (fs. 137).

Véase, por otra parte, que el Ing. DD, recordó que enviaron desde Punta del Este personal reparar la grúa. Se dio cuenta al encargado de sector que estaba en la azotea, habló con el Jefe de Obra y le avisó que repararían la grúa. Se le avisó al encargado de área que no hubiese gente trabajando abajo. Se le notificó al encargado del sector "F" que no dejara pasar a nadie para el sector "E" que era dónde iban a trabajar.

No puede obviarse que los denunciantes aportaron como prueba testimonial la declaración como testigo del Sr. JJ quien señaló que en ese momento -en el que cayó la linga- había tránsito de personas pero sugerentemente más adelante advirtió que: *"...no realizo tareas en el lugar, incluso yo estaba en el piso 8 por un accidente de un compañero que había resbalado de una escalera, cuando llego al piso la linga estaba caída"* (fs. 48).

En el mismo sentido, el otro testigo aportado por los denunciantes señaló que *"habían tirado una linga de unos 30metros aproximadamente de largo, en lo que es el patio de la estructura, estando los baños químicos a unos 3 metros de distancia"* y que no se tomaron todos los recaudos necesarios como vallado perimetral.

Sin embargo, el testigo señaló que en ese momento se encontraba socorriendo a un compañero que había caído de una escalera. La linga cayó en el patio y él estaba en un 7° u 8° piso (fs. 43).

De hecho, la declaración de este testigo se contrapone a la de los restantes testigos quienes son contestes en señalar que en el sector donde cayó la linga no había trabajos indicados, se había retirado el personal.

En suma, no hay prueba de

la intencionalidad ni del riesgo cierto y objetivo verificado, antes bien, todo lo contrario. En la zona donde cayó la linga no había trabajos asignados y las salidas al pateo estaban bloqueadas, conforme surge de las declaraciones testimoniales.

c) Finalmente, para el Sr. Ministro Dr. Sosa corresponde acoger el agravio que guarda relación con la errónea valoración de la prueba por los siguientes fundamentos.

En primer lugar, en lo que refiere a la plataforma fáctica resumida en el Considerando III, se observa que el reproche se centró en que un trozo de la linga de acero se soltó y tras arrastrar la baranda de seguridad del sector, cayó desde el piso 11, impactando contra el patio central de la obra.

En otras palabras, se cayó en un espacio donde el personal circulaba permanentemente por estar próximo a los baños y a una escalera de acceso a los pisos superiores.

De tal extremo no surge plena prueba. En ese sentido, los únicos medios de prueba que identifica la Sala para cimentar una sentencia de condena refieren a las declaraciones de los dos operarios que maniobraron la grúa y el propio acusado. La Sala omite los restantes testimonios y demás

medios de prueba al punto tal que tampoco existió una valoración en su conjunto, lo que determina que se haya vulnerado el límite de la razonabilidad en la valoración de la prueba.

Si bien no surge de la plataforma fáctica, en el Considerando V señaló además que no alertó a los operarios que cumplían funciones, tampoco informó al técnico prevencionista. Además, dio por probado que no se delimitó la zona en forma adecuada.

Más aun, remarcó que el lanzacabos zafó por falta de ajuste y grasa, *"el ajuste adecuado y el correspondiente engrase hubieran sido la diferencia"*.

Por lo cual, estima el precitado Sr. Ministro que: i) acierta la Sala en señalar que los operarios se instalaron en la azotea del núcleo E, lo que se determinó como zona de exclusión. ii) que la linga se cortó y tras arrastrar la baranda de seguridad del sector, cayó desde el piso 11, impactando contra el patio central de la obra luego de golpear contra las barandas de los pisos inferiores. iii) si bien es un espacio en el que circulaba personal y donde existían baños, no quedó acreditado que el día de los hechos el personal circulaba permanentemente y que la escalera de acceso se encontraba siendo utilizada.

Más aún, surge de la prueba rendida en autos que en el sector donde cayó la linga ese día no existían trabajos asignados y ambas escaleras de salidas del núcleo E y F se encontraban clausuradas.

Asimismo, quedó ampliamente acreditado que al encargado del sector "F" se le comunicó que no podían pasar operarios para el sector "E".

En igual senda, de las únicas declaraciones que se desprende lo contrario es la de los dos testigos (Clivio y Viera) ofrecidos por los denunciantes. Sin embargo, dichas declaraciones deben ser relativizadas, pues no condicen con el resto del cúmulo probatorio y, asimismo, se desprende de ambos testimonios que al momento de los hechos se encontraban en el piso 8 socorriendo a otro compañero que había caído por las escaleras.

Véase incluso que al presentar su escrito inicial, los denunciantes señalaron *"de milagro en el momento que cayó la linga no había nadie circulando aunque un compañero que se dirigía al baño pasó por el lugar un momento antes"*, el cual a la postre resultó ser un sujeto de apellido Larrosa, al que oportunamente se solicitó su declaración, pero, tal extremo jamás aconteció en la causa.

No existe prueba acabada en la causa que dé cuenta de que ese día se encontraban trabajadores transitando por la zona.

Lo único que sí quedó plenamente probado es que existió errónea apreciación de la zona de incidencia de la caída de la linga. En otras palabras, el acusado no previó que la caída ocurriría en una zona más allá de la de exclusión prevista.

En otro orden, la Sala confundió el incumplimiento de una medida de seguridad con el error en la ejecución de la tarea. Es totalmente desajustado a derecho fundar la responsabilidad del acusado por el mero hecho de que *"el ajuste adecuado y el correspondiente engrase hubieran sido la diferencia"*, pues tal extremo ni siquiera fue invocado en la acusación y, al mismo tiempo, en el peor de los casos, refiere a la ejecución de una tarea y no a la medida de seguridad en sí misma, de la cual la Sala ni siquiera identificó la fuente normativa de donde surgiría.

A los efectos de fundar las conclusiones que anteceden se pasará a historiar toda la prueba obrante que da cuenta de tales extremos.

i) Declaración de los testigos ofrecidos por los denunciados.

Viera declaró: *"yo trabajo en el lugar, soy trabajador de la estructura, ese día*

estábamos llevando el hormigonado de una losa. Yo dependo de 'Norte Construcciones' que es la constructora del edificio. El día de los hechos, aproximadamente a las 15:45 hubo un accidente: un trabajador se cae por el ojo de la escalera, nosotros acudimos al lugar en ese momento se estaban realizando tareas en la pluma de la grúa. En ese momento los compañeros que estaban en el lugar indican que habían tirado una linga de unos 30 metros aproximadamente de largo, en lo que es el patio de la estructura, estando los baños químicos a una distancia de unos 3 a 4 metros. De dicho hecho no se tomaron los recaudos necesario como vallado perimetral (...) había trabajadores desempeñando tareas en la zona donde se tira la linga y en el perímetro. Por suerte no sufrieron lesiones (...) Preg. Que distancia había entre el lugar que socorren al compañero caído y donde cae la linga. RESP. Estábamos en el 7mo u 8vo piso, la linga cae al patio (...) Preg. La linga como era. RESP. Era una linga de acero, de un largo como de 30 metros, esa linga se utiliza para levantar 3000 a 4000 kilos, según la posición de la pluma (...) PREG. Es comprobable si se cortó o se dejó caer. RESP. No porque yo constato la linga caída, no en el momento que cae (...) Preg. Que precauciones se toman cuando hay trabajos superpuestos. RESP. Los trabajos superpuestos

son los que se realizan por debajo y otros por encima, las precauciones que se tomarían serían determinar el trabajo de un sector solo, trabajando solo los de arriba o los de abajo. Si fueran los de arriba se tomarían precauciones de vallado por cualquier elemento que pueda caer, en caso de no uso de redes protectoras. Se fija una zona de exclusión, se hace para eso un 'plan de acción' que cada tarea superpuesta debería venir con un plan de acción, más cuando se trata de una tarea que viene de afuera" (fs. 43-45).

KK: "yo trabajo en el lugar, en principio lo que puedo decir que cayó una linga al patio; supuestamente desde la grúa de una altura de por encima del edificio que en ese momento estaba por una altura de 8 pisos y calculo que la pluma estaría dos pisos más arriba. PREG. En la zona donde cae la linga, es una zona de tránsito de personas. RESP. Sí, en ese momento había tránsito de personas, es un patio interior en un edificio redondo. PREG. Quien estaba manipulando la pluma. RESP. En ese momento eran dos muchachos de mantenimiento que habían venido de Maldonado, pertenecen a la empresa. PREG. Ud. es empleado en el lugar y que tareas realiza. RESP. Si soy empleado, no realizo tareas en el lugar, incluso yo estaba en el piso 8 por un accidente de un compañero que había resbalado en una escalera, cuando llego al

piso la linga estaba ya caída” (fs. 48).

ii) Declaración del imp.-
tado (ayudante de arquitecto) *“soy el jefe de obra de BB que es la constructora de la obra (...) lo que sucedió con esa liga es que se deshilachó y se solicitó a la gente de mantenimiento de la empresa que se tomaran las medidas para corregir esa situación de la linga. Yo informe el 30.11 al jefe de manteni-miento de la empresa que me tenía que mandar personal idóneo en la tarea para realizar el cambio de la linga. El 1.12.2015 me confirma que mandará la gente y que resolverá el problema que teníamos en bobka y que repararían la linga. Los funcionarios vienen, EE y otro muchacho que son los que hacen el trabajo de mantenimiento en las grúas, son los que las montan y las desarman, ellos suben a hacer la tarea, trabajando encima de la azotea del núcleo E, uno de los más altos. En ese momento no había nadie trabajando en ese núcleo y el cambio de la linga se realizaría sobre ese núcleo. Los muchachos verifican que hay que sacar 30 metros de linga a la grúa, cortan una de las puntas y la amarran a la punta de la grúa con dos prensa cabos, cuando cortan el otro extremo de la linga, cae sobre el núcleo E una de las puntas y la otra punta -se ve que el lanzacabos no estaba bien fijo- entonces zafa del lanzacabos por falta de ajuste y grasa, por lo que se*

desprende la misma. Cae sobre la baranda del sector y arrastra el resto y cae como una víbora hacia abajo, cayendo sobre la planta baja (...) PREG. En la planta donde cae la linga, había gente trabajando. Resp. No. La zona de exclusión era la azotea del núcleo E y en la planta baja no estaba determinado ningún tipo de trabajo en ese lugar. PREG. Hay en el lugar baños químicos, que están en uso. RESP. En la planta baja los baños químicos estaban bajo la losa del Núcleo F, estamos hablando de una distancia de unos 10 a 12 metros y además están bajo una loza, por lo que la linga nunca podría caer sobre los baños químicos (...) PREG. Quien debería avisar al sector donde estaba la grúa trabajando. RESP. No había nadie trabajando en ese sector (...) PREG. La grúa no sobresalía del piso donde estaba trabajando, de los costados cuando se mueve. Resp. Cuando va a trabajar en ella los muchachos la posicionan sobre la azotea del núcleo E. PREG. La baranda donde pega, está situada sobre ese patio donde cae. RESP. Es en el perímetro del Núcleo E, la azotea termina en la baranda y luego está el vacío hasta la planta baja (...) PREG. Es posible que algún trabajador cruce por ese patio para concurrir al baño. RESP. Posible es, no debería suceder pues no había nadie en ese sector trabajando en ese momento que se estaba realizando la reparación. Hay baños en los pisos. Para

llegar a los baños que dice pueden acceder por debajo del núcleo F. Es posible que suceda que crucen el patio para llegar al baño. PREG PEREIRA. Doga si de la forma como estaba organizado el trabajo ese día era probable que algún trabajador circulara tanto por la loza del núcleo E, así como en el patio donde cayó la linga. RESP. Probable todo, no debería. De la manera que estaba organizado el trabajo no debería haber nadie trabajando ni encima del Núcleo E, ni donde cayó la linga en planta baja (...) nosotros en obras tenemos dos contenedores de baños y por decreto se debe tener cada cuatro pisos un baño en los edificios, por lo tanto habían baños accesibles en varios lugares más de la obra (...) PREG. Cuando se desengancha según dice la linga del aprieta cabos, la linga donde se encontraba recogida. RESP. Estaba apoyada sobre el techo del núcleo E. PREG. Al estar de esa manera dispuesta, si se llegara a soltar del sujeto cabo, era previsible que se pudiera soltar y caer hacia abajo. RESP. Fue lo que sucedió. PREG. Si fue lo que sucedió a su juicio y por su experiencia, como forma de prevenir problema piensa que hubiera sido conveniente hacer una zona de exclusión en el patio abajo. RESP. Pienso que no porque no había gente trabajando abajo" (fs. 75 y ss.).

iii) La técnico preventivista Patricia Barrio declaró: "PREG. Alguien de la

empresa le consultó sobre medidas antes de que se realizaran las tareas. RESP. No, no sabía que se haría. PREG. Normalmente se le consultan dado su cargo. RESP. En general no se consulta pues los encargados capataces están instruidos por un técnico prevencionista sobre las medidas que se deberán adoptar. Esto se hace semanalmente; deben valorar el área y las medidas que son sugeridas (...) las medidas de previsión en el momento tomadas son las adecuadas, en el sector no había ningún tipo de trabajo ni gente trabajando, había gente trabajando en el F y se le avisa que se retiren los retira el encargado. Valoraron el hecho de que no hubiera gente trabajando, en el E no había gente trabajando (...) PREG. Como no se adoptó medida razonable sobre el patio. RESP. Digo que es razonable la medida de los operarios en avisar a la gente del sector F, que vieron gente de que estarían trabajando en la pluma sobre la azotea del E" (fs. 136-138).

iv) Los encargados de maniobrar ese día con la grúa declararon en los siguientes términos: FF "Ingresamos a la obra -FF y EE- nos comunicamos con el capataz Olivera para informarle las tareas -soldar una miniexcavadora bodcat- y revisar la grúa que tenía una rotura de linga, para ver si se podía reparar o había que cambiar la linga. El capataz indica que trabajo se podía hacer primero y nos

indicó la miniexcavadora, lo que nos llevó unas dos horas, se soldó debajo de una loza, en la zona donde luego cayó la linga (...) terminada la tarea con la miniexcavadora nos dirigimos a la oficina del capataz para proceder luego a revisar la linga. El capataz nos dice que la grúa está disponible que se puede trabajar con ella. Fuimos a la terraza del último piso de la zona E. Estábamos con el gruista, subimos a la pluma y vimos que había gente en la zona F, por lo que avisamos al capataz que se iban a realizar tareas con la grúa por lo que deja libre de personal la zona F. Preg. Si avisaron que con su trabajo tendrían acceso a la zona central. RESP. No, porque la pluma la tendríamos ubicada sobre la azotea del núcleo E. (...) Cortamos la linga, la atamos de una baranda de seguridad con un presa cabo, luego uno de nosotros sube a la pluma - creo que fue Mauricio- se ata a la ata con la estafa (cadena), se aprieta y se engancha en el carro, se lleva adelante al extremo de la pluma, hacia la zona F, soltamos la punta de la linga atada al extremo de la pluma, al caer sobre la loza momento en que el otro extremo se suelta de donde estaba atada, se desliza sobre la baranda y cae (...) la linga tenía que caer sobre la loza, pero al caer gira y le pega el tirón y se suelta del otro extremo cayendo. PREG. Hay una persona que pasa hacia el baño en la zona E o F. RESP.

Yo no vi a nadie trabajando en ninguna de las zonas ni en el patio central, pues se desplazan por debajo de la loza, es la zona de los baños (...) la intención nunca fue que la linga cayera, se preparó para que quedara sobre la azotea y las circunstancias hicieron que se cayera" (fs. 139-141).

EE: "Se nos indicó que había dos roturas, una miniexcavadora y una grúa, avisando a nuestro capataz en Maldonado, se coordina para venir a Montevideo. Llegamos con FF a la obra, nos presentamos al capataz de obra Sr. LL y le dijimos a que veníamos por la soldadura de la miniexcavadora y revisar la grúa para ver si se podía realizar la reparación en el día o había que utilizar más días. Por indicación del capataz comenzamos con la reparación de la miniexcavadora, estuvimos soldado debajo del alero de la zona B, debe habernos llevado 3 a 4 horas esa tarea. Mientras hicimos la soldadura había gente trabajando a nuestro alrededor en esa zona. En la zona E y F donde veíamos no había gente trabajando. En planta baja no se veía a nadie. Le planteamos que habíamos terminado si podíamos comenzar con la grúa y nos dijo que sí. Subimos al último piso de la zona E, miramos donde estaba la linga rota, vimos que se podía solucionar allí, pues eran unos 20 metros a cortar, re enhebrar y quedaba operativa nuevamente. Por lo tanto

colocamos la pluma sobre la loza de la zona E, bajamos el gancho de la grúa, se hace el corte de la linga y se la ata en la baranda de seguridad -de varilla y madera- donde la atamos con una prensa cable, la otra punta queda apoyada, queda todo el resto enroscado en el tambor, subo a la pluma ahí ato al carro de la pluma y se comienza a recoger la linga y levantar el gancho. En eso es que sube Otero desliza el carro hacia la punta con la linga, uno fue caminando por la pluma y el otro en el carro, llegamos a la punta de la pluma a hacer la atadura correspondiente. Soltamos la atada en la punta de la pluma y queda agarrada en el punto de fijación de la baranda. Se ata en la punta de la pluma, corriendo el carro un poco más atrás y soltamos la linga. Se deslizó un poco y se desengancha la que habíamos atado en la baranda y comienza a deslizarse por el borde de la baranda y cae hacia el patio central (...) cuando subimos había gente trabajando en el sector F y le gritamos al capataz que estaríamos trabajando y la gente se retira del lugar" (fs. 142-143).

v) Por su parte, los propios denunciantes declararon en los siguientes términos:

MM: "el día de los hechos estábamos recorriendo la parte de seguridad con Ceballos, estábamos en el 5to piso del Block A y B, para la parte del patio y constatamos que la pluma de

la grúa cruzaba sobre el techo del 'E' y apuntaba un poco hacia el patio. Nos quedamos observando hacia la pluma, donde los operarios estaban trabajando en una linga sobre la pluma y abajo en el patio había una serie de baños químicos y por debajo de la pluma se pasaba a los baños (...) nos dimos cuenta que no está vallado el perímetro y en ese momento de observar se larga gente al baño y un par de segundos de salir los que estaban en el baño, cae la linga (...) PREG. Manifestó que la pluma de la grúa estaba sobre el patio central en el momento que cae la linga, como explica que en una fotografía tomada por la técnico prevencionista no se vea que la grúa este en la posición que Ud. Indica. En este estado se le exhibe la foto de autos. RESP. No sé' Además expresó que en el Block 'E' se encontraban haciendo los trabajadores tareas de maquillaje 'o algo así'" (fs. 144-145).

NN: "Nosotros [re-fiere a MM] estábamos en el 4to piso del B, salimos al balcón que da al patio y teníamos casi de frente a la grúa y pudimos apreciar que en realidad estaban enganchados los operarios con el cinto de seguridad. En eso que estamos mirando cae la linga pegando en todas las barandas en todos los pisos, hasta llegar al suelo frente a los baños químicos. Baje corriendo y llame a la prevencionista y en eso nos reunimos (...) PREG.

Había gente trabajando en el núcleo E. RESP. Sé que estaban llenando la losa del 'F' pero en la terraza del E no se ve; y en los pisos adentro puede haber pero no corren riesgo. No vi, no había ninguno" (fs. 147-148).

vi) El capataz de obra LL, declaró: "el 2.12.2015 estando yo de recorrida en mi área de trabajo en el edificio de autos, me llaman por radio informándome que los operarios de mantenimiento se encontraban en planta baja junto a la mini excavadora que yo había solicitado arreglar, y que querían hablar conmigo. Yo me encuentro con ellos y ellos me informan de que aparte del arreglo por mí de la miniexcavadora se les había solicitado hacer una inspección de linga en la grúa que se encontraba en el núcleo D de la obra referida. Me preguntaron el orden de los trabajos y como la mini pertenecía a mi sector les sugerí que hicieran primero el servicio de la mini excavadora y que luego subieran a inspeccionar la linga. Ellos proceden a soldar el brazo de la miniexcavadora, como la grúa no me pertenecía pues pertenecía a la estructura aviso por radio al encargado del sector Sr. Guillermo Verón con la finalidad de que vaya pues estaba esperando la gente de mantenimiento para que proceda a preparar la zona pues esta gente de mantenimiento debía proceder a realizar la revisión de la linga (...) PREG. El núcleo donde se encuentra la

grúa en cuestión, tenía personal trabajando. RESP. No los trabajos estaban detenidos en ese sector, de todo personal (...) PREG. Si bien no presencié los hechos que determinó la caída de la linga o cuál fue la causa al patio interior. RESP. Mi opinión al respecto ellos contaban con una azotea suficientemente grande, hablamos de unos 600 metros cuadrados, con un largo aproximado de 40 a 42 metros, los núcleos D y E, cuya pluma colocada sobre la azotea de esos núcleos dirigiéndose al núcleo F, que era con el núcleo que estaba trabajando la grúa, en esa posición no tendría que haber pasado absolutamente nada en cualquier tipo de reparación (...) Preg. Sabe si el Sr. Verón realizó alguna acción cuando tomó noticia de la presencia del personal de mantenimiento. RESP. Si, me entero después que Verón retira la gente que estaba trabajando en el núcleo F (...) la zona de donde cayó la linga en un primer momento, tenía una baranda perimetral de hierro y madera y que era lo que se colocaba normalmente antes de empezar cualquier tipo de tarea. En el patio no estaba vallado" (fs. 430 y ss.).

El encargado de Albañilería, II declaró: "me encontraba en la obra en el apartamento 202 de la torre E, 2do. Piso, dentro del apartamento, desmontando unas paredes de yeso, y estaba a unos 70 metros del lugar de los hechos (...) Sabía

que la grúa había detenido su trabajo por problemas mecánicos, sin saber específicamente cuales eran. Sabía que estaba la gente de mantenimiento a ver y inspeccionar la grúa. Por el Handy me entero de lo sucedido, todos los encargados tenemos Handy. Yo me entero primero que van a trabajar en la grúa y no específicamente escucho cuando dan la orden de retirar la gente, tengo que presumir que lo escuche y no presté atención, por no afectar mi trabajo donde estaba (...)

PREG. Tenían acceso a donde cayó la linga. RESP. No, no lo teníamos, ya hace unos días atrás se había cerrado el acceso al patio de planta baja del bloque E, lugar donde cayó la linga (...)

PREG. Por donde circulaban los trabajadores de la obra cuando tenía que ir de un bloque a otro. RESP. El acceso y el tránsito siempre era baja loza, por dentro de las estructuras del edificio, o sea el techo, en algunos casos por primer piso bajo techo hacia el núcleo D, que es el que está al lado, que se ve en la foto de fs. 683, sobre el lado izquierdo, y en el caso que necesitáramos algo de oficina, pañol (depósito de herramientas), o depósitos íbamos directamente por la escalera del bloque E hacia el primer sub suelo, que eso ya quedaba debajo del piso de hormigón del patio, o sea todo bajo loza. Hoy son los estacionamientos del edificio (...)

PREG. Junto a donde cayó la linga como surge de la foto de fs. 683,

se advierte la presencia de tres baños químicos; diga si esos baños eran usados habitualmente por personal de la obra y cómo se accede a los mismos. RESP. No, eran los usualmente menos usados, y ese día en particular no tenían acceso. Por estar cerrado el acceso desde el núcleo E, y desde el núcleo F (...) PREG. En base a su experiencia como encargado, usted advierte que se podían haber tomado medidas adicionales para evitar el acceso en la zona donde cayó la linga. RESP. No, en lo que a mí respecta, están todas las medidas correspondientes, los accesos bloqueados, y por mi parte hubiera agregado ninguna medida de seguridad más. PREG. Dada la capacitación que tenía el personal de la empresa, era probable que alguien circulara por el lugar donde cayó la linga. RESP. No, no era probable, como lo comenté anteriormente, todo el mundo está en conocimiento de que debe circular bajo loza, o sea bajo techo, y no había manera de acceder" (fs. 732 y ss.).

El encargado de carpintería, HH declaró: "estaba trabajando en el sector H y J, estábamos en tarea de encofrado de loza, estábamos a unos 15 metros del recorrido de la linga, estábamos en el cuarto o quinto piso (...) La escalera del E y del F estaban cerradas con barandas, tablas rojas- y el perímetro estaba cerrado con cinta que no se podía pasar. Como se ve en la foto estaba cerrada la

puerta de acceso es en el tercer espacio desde la izquierda en la planta baja en esa foto. PREG. Por donde circulaban los trabajadores de la obra cuando tenía que ir de un bloque a otro. RESP. Por el subsuelo, que era donde accedía la gente, estaba el vestuario, o sino bajo techo (...) PREG. En base a su experiencia como encargado, usted advierte que se podían haber tomado medidas adicionales para evitar el acceso en la zona donde cayó la linga.- RESP. No, porque ya se habían tomado todas las medidas, los accesos estaban cerrados, clausurados con barandas, y el sector donde cayó la linga estaba cerrado con cinta pare, la zona estaba toda cerrada y clausurada" (fs. 738-742).

GG, en ese entonces encargado de obra, declaró: "me encontraba en mi sector en ese momento era el F, nosotros estábamos en la hora de descanso, o volviendo de ella, veníamos subiendo de un nivel inferior a planta baja que era donde estaba el comedor en subsuelo. En el F estábamos con el encofrado en el cuarto piso. La escalera por la que subíamos estaría a unos diez metros.- PREG. Def. Diga que conocimiento tiene del incidente relacionado con la caída de la linga en el edificio Forum. RESP. Me comunica el capataz general por vía Handy que iban a hacer el mantenimiento de la linga por lo que debía

bajar todo el personal de la loza, y clausurar la salida de la escalera que pasábamos nosotros por planta baja, no se podía salir en la planta baja por estar cerrado con las tablas de pintadas de color rojo, que fueron las que colocamos con seguridad en el bloque E. Luego nos fuimos a almorzar en el subsuelo. Luego que suena el pito a la una y subíamos para nuestro piso es cuando nos enteramos por los compañeros de lo sucedido, la linga ya había caído (...) PREG. Todos tenían acceso a donde cayó la linga, de su personal. RESP. Sí, pero en ese momento estaban advertidos que no se podía salir por el mantenimiento de la linga, y estaban las tablas rojas. PREG. En este estado se le exhibe foto de la fs. 683, para que indique cuál era el acceso del bloque E a la zona donde cayó en el patio la linga y cómo el mismo estaba bloqueado.- RESP. En el tercer espacio a la izquierda en la planta baja está el acceso, pero está bloqueado por las tablas rojas. Nosotros trabajábamos en el sector F al lado, subíamos por las escaleras y se pasaba luego a nuestro piso. Cuando nos avisan de que iban a trabajar pasamos al tercer piso, cruzamos del bloque F al E, bajo loza, y se llegaba a la escalera de hormigón al subsuelo, donde estaba el comedor.- PREG. Por donde circulaban los trabajadores de la obra cuando tenía que ir de un bloque a otro. RESP. Había lugares donde se pasaba por estar los edificios uno al lado del

otro, un puente con baranda y techo y otro piso abajo, siempre se circulaba bajo techo (...) PREG. En base a su experiencia como encargado, usted advierte que se podían haber tomado medidas adicionales para evitar el acceso en la zona donde cayó la linga. RESP. Para mí estaban todas las medidas que se podían tomar, nadie tenía que estar en ese sector. Ayudaba la hora, al mediodía que no circula nadie por ahí, al irse a comer, la obra queda prácticamente vacía. PREG. Dada la capacitación que tenía el personal de la empresa, era probable que alguien circulara por el lugar donde cayó la linga. RESP. No, por lo menos la gente que estaba bajo mi mando no, no se podía estar arriba de la loza donde estábamos trabajando y no se podía acceder a la loza de planta baja cuando se bajaba. PREG. En el caso concreto quien fue el que aviso al encargado del lugar potencialmente afectado que se iban a hacer tareas en la grúa. RESP. El capataz general que me aviso a mí, "Walter Olivera" (fs. 743-747).

vii) El imputado declaró nuevamente en los siguientes términos: "Yo soy ayudante de arquitecto formado en la escuela de construcción, y en esta obra fui el Jefe de obra de parte de BB (...) No recuerdo exacto el día, pero me llegaron fotografías por intermedio de la técnica prevencionista (Patricia Barrios) que la linga de la grúa estaba deshilachada.

En ese momento tomé la decisión de para los trabajos con la grúa, y comuniqué al jefe de mantenimiento de la empresa DD, que tenían que venir a reparar la linga en cuestión. Me informan que iban a enviar a la brevedad a la gente, y el día 2 de diciembre vino el personal de mantenimiento de la empresa a trabajar en la reparación de un bobcat (mini cargador), después de haber hecho el trabajo en mini cargador, se comunican con Gonzalo y le dan la orden de subir a ver el trabajo en la grúa, los operarios le informan cual era la situación de la linga, y resuelven hacer el trabajo del corte de la linga. En ese momento los muchachos de mantenimiento le informan al capataz de la obra LL, y este le avisa por radio al encargado del sector afectado, GG, que retirara el personal porque iban a hacer ese trabajo. Se retira el personal y empiezan a trabajar los operarios arriba en la grúa, ellos sueltan la linga en la punta de la torre, y cuando en el otro sector se le zafa del otro sector donde lo habían atado, cayendo primero a la azotea y luego al vacío. De todo esto, yo me vengo a enterar después de que había sucedido todo (...) PTA. Diga si por el lugar donde cayó la linga era probable, que circulara personal en el momento de realización de las tareas. RESP. No es probable porque la distribución y las circulaciones de la misma se debían hacer bajo loza, todo los que son vestuarios

comedores, depósitos de sub contratos, paños, estaban debajo del primer subsuelo, por ende estaba bajo loza, y los accesos a los núcleos, eran por escaleras que llegaban al subsuelo, en el momento del incidente tanto la escalera del núcleo E como el F que son los sectores afectados, estaba clausurado el acceso a planta baja. PREG. Se le exhibe la fotografía de fs 683, para que indique si los accesos a la caída de la linga estaban habilitados. RESP. En la foto visto desde la izquierda en la planta baja el tercer espacio esa es la entrada del núcleo E, la cual está clausurada con las tablas como se ve en la foto de color rojas. En esta foto no se ve el acceso al núcleo F, pero estaba como esa bloqueada (...) PREG. Diga si era probable que personal de la obra utilizara esos baños en el momento de la caída de la linga. RESP. Al estar cerrado el acceso de planta baja, y el núcleo F, no era probable que usaran esos baños”.

En definitiva, en posición del Sr. Ministro Dr. Sosa, quedó plenamente probado que existió errónea apreciación de la zona de incidencia de la caída de la linga.

VII) Finalmente, en lo que tiene que ver con el elemento subjetivo del tipo, los Sres. Ministros Dres. Minvielle y Sosa estiman del caso realizar las siguientes apreciaciones.

Para la Sra. Ministra Dra. Minvielle, AA no omitió actos mandados -prescritos por la normativa de seguridad- conforme a las circunstancias con conciencia y voluntad.

Claramente, falta el elemento "volitivo". El dolo requiere la conciencia de la posibilidad del peligro concreto, distinto de la acción peligrosa; es aceptación de ese peligro, lo que difiere de la simple conciencia de la posibilidad de producir el peligro concreto (Cf. MALET VÁZQUEZ, Mariana: "*Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196*" en Revista de Derecho Penal N° 22, cit., pág. 207).

Frente a la necesidad de reparar la grúa, por esa incidencia, se comunicó con el Jefe de mantenimiento, quien envió personal especializado para reparar la grúa, se posicionó la grúa en determinada azotea para desarrollar la labor por los trabajadores con trayectoria en este tipo de reparaciones y en el lugar donde, finalmente, cayó la linga no se realizaban trabajos por personal y, como surge de la prueba rendida en la causa estaba bloqueado el acceso al patio.

De modo que -prosigue la precitada Sra. Ministra- no puede concluirse que existiese conciencia de la posibilidad de producir el

resultado peligroso cuando se contaba con una coordinación con los otros encargados y supervisores sobre el área en la que se ejecutan trabajos. En la zona que da al patio no había trabajos asignados, se había ordenado el retiro del personal.

Tampoco es posible considerar -como lo hace el Fiscal actuante al evacuar el traslado del recurso de casación-, que la imputación lo es a título de dolo eventual. Para ello, es necesario que el sujeto se hubiese representado el resultado y, pese a ello, hubiese persistido en no adoptar medidas de seguridad.

La representación como de probable ocurrencia de la situación de peligro emerge de la prueba recolectada absolutamente descartada. Ningún riesgo cierto y objetivable puede advertirse si en esa zona no había operarios ni trabajos asignados.

Como señala el distinguido consultante: *"Como el resultado del reato -peligro grave y concreto- está incluido en la descripción tipológica, el dolo necesariamente debe abarcarlo. A mayor abundamiento, tratándose de un delito omisivo, toda la doctrina es conteste en que el omitente debe tener 'conocimiento de la situación generadora del deber de actuar'"* (fs. 541).

El riesgo cierto y

objetivable para la vida, integridad física o salud de los trabajadores, no era representable conforme a las circunstancias, porque pese a que el error de percepción en la zona de "despeje" en la azotea no fue suficiente, ni la barrera de protección pudo contener la linga, lo cierto es que no había personal circulando por la zona en donde efectivamente cayó, porque se había ora ordenado su retiro (lo que señalan los testigos) o bien porque no había tareas asignadas en esa zona.

Como señala CHAVES HONTOU la mera cognoscibilidad de los elementos de hecho que fundan el deber de actuar no es suficiente para constituir al sujeto en dolo. La previsión supone en el ámbito subjetivo de todas las circunstancias que fundan el tipo penal (Cf. CHAVES HONTOU, Gastón: "El Derecho Penal desde la Constitución", UCUDAL, Montevideo, 2016, pág. 364).

Por su parte, a juicio del Sr. Ministro Dr. Sosa, en la causa no quedó acreditado el dolo, pues existió una zona de exclusión la cual fue insuficiente, dado que existió un error de apreciación en la distancia de afectación, lo que determina que el encausado Espinosa no haya actuado con dolo.

Véase -prosigue el precitado Sr. Ministro- que a lo sumo existe discusión a nivel doctrinario con relación al dolo eventual (a la

que parece afiliarse el Tribunal -en su momento- para confirmar el auto de procesamiento), pero de lo que no cabe duda alguna es de que el delito tipificado en el artículo 1 no puede perseguirse en caso de culpa, pues la ley no lo estableció a texto expreso (artículo 19 del Código Penal).

Y bien, a su juicio a lo sumo podría haber existido un actuar culposo, pues de la plataforma fáctica que tenemos por acreditada en la presente causa se desprende que Espinosa llamó, para reparar la grúa, a trabajadores que tienen extensa trayectoria en tal labor, se estableció determinada zona de exclusión y, en el lugar donde definitivamente cayó la linga, ese día no se encontraban realizando trabajos, pues los accesos se encontraban bloqueados. Además, tal como se señaló, se comunicó con el encargado de área e informó tal operación.

Tal como señala el Prof. Gonzalo Fernández en la consulta glosada a la causa, *"el dolo típico implica, entonces, 'ver si se quiso o no adoptar los medios de resguardo sabiendo el peligro que generaba su omisión (cfr. MALET, ob. Cit. p. 41). Vale decir, 'debe probarse que el sujeto activo tuvo conciencia y voluntad de no adoptar las medidas de seguridad, y conciencia y voluntad de poner en grave y concreto peligro la vida, la integridad o la salud del*

trabajador (así cfr. PECHCO CARVE, ob. Cit. P. D-96). Como el resultado del reato -peligro grave y concreto- está incluido en la descripción tipológica, el dolo necesariamente debe abarcarlo (...) si no mediare esa prístina finalidad de generación del peligro, estaríamos ante un supuesto de imprudencia penal: la infracción de un deber objetivo de cuidado en el ámbito de la relación, que es la característica diferencial e identificatoria de la culpa; modalidad impune dentro del derecho uruguayo, según fuera adelantado, en materia de omisiones a la seguridad laboral. La postura más amplia que conozco, bien que siempre dentro de un atribución dolosa del hecho, es la que admite la viabilidad del dolo eventual (vid. REMERSARO CORONEL, ob cit, p. 131), cuestionada por el resto de la opinión doctrinaria. Pero, aun así, sería exigible que el sujeto activo hubiere previsto el acaecimiento del riesgo grave superviniente, sin adoptar las medidas precaucionales -o sea, manteniéndose en abstención- lo cual equivale a un asentimiento o 'querer indirecto' del resultado'" (fs. 541/542).

VIII) La conducta procesal de las partes no amerita la especial imposición de sanciones.

Por los fundamentos expuestos y conforme lo dispuesto por los artículos 268

y siguientes del Decreto-Ley No. 15.032, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA Y ABSUÉLVESE AL SR. AA DEL DELITO CONDENADO.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 3 BPC.

NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE, PUBLÍQUESE, CORRÍJASE LA CARÁTULA Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

**DRA. DORIS MORALES
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA