



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº 3 - 2ª Planta
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 34 94 51-49
Fax: 922 34 94 50
Email: s06audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito
Nº Rollo: 0001224/2019
NIG: 3800641220090026280
Resolución: Sentencia 000217/2020

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000429/2017-00
Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelante	MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS S.A,	Carmen Arozena Abad	Javier Hernandez Berrocal
Apelante	Daniel Robert Ewing	Santiago Saenz Pinto	Manuel Angel Alvarez Hernandez
Apelante	Jose Javier Rodriguez Rodriguez	Manuel Fredys Santos Padron	Buenaventura Alfonso Gonzalez
Apelante	Celso A. Gonzalez Gonzalez	Juan Manuel Fernandez Del Torco Alonso	Buenaventura Alfonso Gonzalez
Acusador particular	Josefa Romera Linarejo	Jorge Navarro Massip	Francisca Adan Diaz
Acusador particular	Sergio Hernandez Romero	Maria De Las Nieves Garcia Sanchez	Francisca Adan Diaz

SENTENCIA

Iltrmos. Sres.

Presidente

D. Carlos de Millán Hernández

Magistrados

D. José Luis González González

Dña. María Vega Alvarez (ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 14 julio de 2020

Visto en grado de apelación, en nombre de S.M. el Rey, el rollo n.º 1224/2019 seguido en el Juzgado de lo Penal nº 8 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de procedimiento abreviado 429/2017 procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona (antiguo mixto n.º 3) y habiendo sido partes como apelantes, D. JOSE JAVIER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, que actuó representado por el procurador, D. Buenaventura Alfonso González y asistido por el letrado, D. Manuel Freddy Santos Padrón; D. CELSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, que actuó representado por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y asistido por el letrado, D. Juan Manuel Fernández del Torco Alonso; D. JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS, que actuó representado por el procurador D. Pedro Antonio Ledo Crespo y asistido por el letrado, D. Manuel Rayco Cabellón León y la entidad aseguradora MAPFRE ESPAÑA SA, que actuó representada por el procurador D. Javier Hernández Berrocal y asistida por la letrada Dña. Carmen Arozena Abad y

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



como apelados, la acusación particular Dña. JOSEFA ROMERA LINAREJO, que actuó representada por la procuradora Dña. Francisca Adán Díaz y asistida por el letrado, D. Jorge Navarro Massip; la acusación particular D. SERGIO HERNÁNDEZ ROMERA, que actuó representada por la procuradora, Dña. Francisca Adán Díaz y asistida por la letrada Dña. María Nieves García Sánchez; la acusación particular D. DANIEL ROBERT EWING que actuó representado por el procurador D. Manuel Angel Alvarez Hernández y asistido por el letrado, D. Alberto Alvarez Hernández, siendo parte el Ministerio Fiscal y Magistrado Ponente la Iltrma. Sra. Dña. María Vega Alvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Penal nº 8 de los de Santa Cruz de Tenerife, resolviendo en el procedimiento abreviado nº 429/2017, con fecha 16 de enero de 2019 se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a **CARLOS GONZALEZ PEREZ** de los delitos de HOMICIDIO IMPRUDENTE de que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables. Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS HANNOVER INTERNATIONAL HDI** de la responsabilidad civil de que venía siendo acusada con todos los pronunciamientos favorables. Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a **JUAN DAMIAN GORRÍN RAMOS** , como autor de un delito de PREVARICACIÓN del art 404 CP concurriendo dilaciones indebidas cualificadas del art 21,6 del CP, conforme art 77 CP, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de CINCO AÑOS. Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a **JUAN DAMIAN GORRÍN RAMOS** como autor de DOS DELITOS DE HOMICIDIO IMPRUDENTE del art 142,1 CP concurriendo dilaciones indebidas cualificadas del art 21,6 del CP, conforme art 77 del CP, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION , con la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante de DOS AÑOS y especial para el derecho de sufragio pasivo UN AÑO Y SEIS MESES. Se le condena en costas incluidas las de las acusaciones particulares en 1/4 parte. Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a **CELSO A GONZALEZ GONZALEZ** , como autor de DOS DELITOS DE HOMICIDIO IMPRUDENTE del art 142,1 CP, concurriendo dilaciones indebidas cualificadas del art 21,6 CP, conforme art 77 del CP, a la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISION, con la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de DOS AÑOS además la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por un UN AÑO Y SEIS MESES y costas en 1/4 parte incluidas las de las acusaciones particulares. Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a **JOSE JAVIER RODRIGUEZ RODRIGUEZ** como autor de DOS DELITOS DE HOMICIDIO IMPRUDENTE del art 142,1 CP, concurriendo dilaciones indebidas cualificadas del art 21,6 CP, conforme el art 77 CP , a la pena de UN AÑO Y SEIS DE PRISION , con la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de DOS AÑOS , y especial para el derecho de sufragio pasivo durante UN AÑO Y SEIS MESES y costas en 1/4 parte incluidas las de las acusaciones particulares . Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a la **Compañía MAPFRE** como **responsable civil directo** junto con don Juan Damián Gorrín Ramos, Celso A González González y José Javier Rodríguez Rodríguez y de forma solidaria todos ellos y además **subsidiariamente al Ayuntamiento de Santiago del Teide y la Administración del Estado (Costas)**, a satisfacer en concepto de indemnización a Doña Josefa Romera Linarejos la cantidad de 48.050,52 euros por los perjuicios sufridos por el fallecimiento de su hija Vanesa, la cantidad de 2.773,56 euros por los gastos de sepelio, más daños morales cuantificados en



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



14.415,15 euros, debiendo añadirse los intereses del art 20 de la LCS y además los intereses legales del art 576 LECI. Igualmente deberán indemnizar a don Sergio Hernández Romera en 17.472,92 euros perjuicios sufridos por la muerte de su hermana Vanesa, más los daños morales cuantificados en 5.241,87 euros, más intereses del 20 % de la LCS y además intereses legales del art 576 LECI . Igualmente deberán indemnizar a don don Daniel Robert Ewing por el fallecimiento de su madre doña Marión April O'hara Carece, en la cantidad de 52.418,76 euros por perjuicios sufridos, más los daños morales cuantificados en 15.725,62 euros y los intereses del 20 % de la LCS y los intereses legales del art 576 LECI. **Se acuerda deducir testimonio por falso testimonio** contra don Eduardo Manuel Pérez Álvarez. ”.

SEGUNDO.- Que la referida resolución declara como probados los siguientes hechos: “En la Playa de los Guíos, sita en el termino municipal de Santiago del Teide, se llevaban produciendo desde tiempo inmemorial desprendimientos de piedras pequeñas y tierra para lo que el Ayuntamiento construyó en 2004 un muro jardinera, con el fin de recoger pequeños escombros y colocó en la playa un cartel en el que, además de advertir sobre las prohibiciones de juegos de pelota y de traer perros a la playa, se indicaban dichos chineos. Este talud resultaba atravesado desde al menos los años 50 por un canal de agua propiedad de la “Comunidad de aguas El Jurado”, el cual ha sufrido sendas roturas dando lugar a filtraciones que han provocado la porosidad y desgaste de la tierra que lo compone.

Don JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS, mayor de edad, con DNI 45523662-S sin antecedentes penales, a la sazón Alcalde del municipio en el año 2009 y Concejal de seguridad, fue conecedor de que sobre las 18:20 horas del día 2 de octubre de 2009, en el acantilado de la playa de los Guíos se produjo un desprendimiento sin víctimas ni heridos. Tras inspeccionar la zona, personal voluntario del cuerpo de bomberos y agentes de la Policía Local elaboraron dos informes de fecha 2 de octubre donde se advertía del “peligro inminente” de que se repitieran nuevos desprendimientos. Ambos informes fueron entregados por los jefes de ambas unidades el día seis de octubre en la oficina de registro del Ayuntamiento de Santiago del Teide, teniendo como destinatario final de los mismos a la persona de su Alcalde y acusado JUAN DAMIAN GORRÍN RAMOS, quien a su vez por decreto de delegación y vacancia de tu titular ocupaba por esa misma fecha la titularidad del área de seguridad ciudadana. El alcalde había sido además informado verbalmente de tales circunstancias.

El día 5 de octubre, CELSO GONZALEZ GONZALEZ acusado con DNI 41925834P y sin antecedentes penales, en su condición de arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal, el cual por su posición y competencias asumidas, estaba obligado a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona, se personó en la Playa de los Guíos para inspeccionar el estado de la pared del acantilado. En dicha visita se comprobó que el terreno afectado era de poca consistencia y que la pared seguía siendo inestable presentando diversas grietas de gran tamaño a lo largo de toda su superficie; en consecuencia, se recomendó por su parte en el informe realizado a tal efecto, el desalojo de la zona, balizado de la misma acotándola con cinta, tomar las medidas necesarias para impedir el acceso a personas y colocación de carteles advirtiendo del peligro de desprendimientos. Dichas medidas eran notoriamente insuficientes pues debido a la subida de la marea y el fuerte oleaje desaparecían sin que hubiera vigilancia permanente de personas designadas para



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



su reposición lo que las hacía completamente ineficaces. Dicha deficiencia era fácilmente observable apelando al sentido común.

El 27 de octubre de 2009, tuvo lugar una visita a efectos de inspeccionar la zona del Ingeniero de Caminos C. y P. don Javier Velasco Núñez de la empresa ICINCO (Instituto Canario de Investigaciones en la Construcción S.A) recomendada por el Servicio Provincial de Costas de Tenerife para el estudio del área acompañado por el acusado JAVIER RODRIGUEZ RODRIGUEZ con DNI 42091712X, sin antecedentes penales arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal. En dicha visita, pudo constatarse la escasa consistencia y estabilidad que seguía teniendo la pared de tierra y piedras que rodeaba la playa, dejándose reflejo en el informe redactado por Francisco Javier Velasco del riesgo de que la pared del acantilado pudiese “caer en cualquier momento” y habiendo dicho tal circunstancia a Don Javier Rodríguez que estuvo presente en la visita a dicho talud sin que conste que éste aconsejara medidas de inmediato más eficaces o se actuara de forma alguna para evitar el riesgo de caídas . Esto fue puesto en conocimiento del Concejal de Seguridad Ciudadana y Alcalde el acusado JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS y a sabiendas del grave peligro tampoco adoptó medida eficaz alguna diferente a las ya ejecutadas con anterioridad. Ambos por su posición y competencias asumidas, estaban obligados a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona. A pesar de ello, teniendo pleno conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación, y priorizando su voluntad a la consecución de una situación justa, don Juan no dictó resolución alguna ordenando el cierre de la playa, como tampoco acordó vigilar la zona 24 horas ni colocar carteles que avisaran de su peligro.

La seguridad en las playas le corresponde al Ayuntamiento sin que conste que el acusado don CARLOS GONZALEZ GONZALEZ, con DNI 42041644J, jefe de la Demarcación de Costas tuviera competencia para cerrar la playa. El día 1 de noviembre de 2009, como quiera que la marea había subido, se había retirado la baliza y las varillas dónde iba acoplada y se habían colocado al final de la playa, cerca del muro bañera, no existiendo ningún aviso del riesgo que suponía estar cerca del talud dejando así la playa libre y expedita para el tránsito y sosiego de los bañistas. Así las cosas, varias personas se colocaron en la zona potencialmente peligrosa, ignorantes del riesgo lo que dio lugar a que terminaran falleciendo dos de ellas sobre las 15:00 horas, Dña. Marion Avril O’Hara y Dña. M^a Vanesa Arias Romera, al desprenderse gran volumen de arena y piedras de una de las grietas que asomaban sobre la ladera y cayendo de lleno sobre ambas bañistas que estaban tomando el sol, quedando ambas completamente sepultadas. Las mismas fallecieron de asfixia mecánica por sepultamiento, además de por politraumatismos en el caso de Marion Avril O’Hara.

Los perjudicados reclaman las posibles indemnizaciones que les pudieran corresponder.

TERCERO.- Que impugnada la sentencia, con emplazamiento de las partes se remitieron a este Tribunal las actuaciones, que se recibieron el pasado 5 de diciembre de 2019, formándose el rollo n.º 1224/2019 y dado el correspondiente trámite al recurso, se celebró la deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- No se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia apelada y se sustituyen por los siguientes: “En la Playa de los Guíos, sita en el termino municipal de Santiago del Teide, se llevaban produciendo desde tiempo inmemorial desprendimientos de



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



piedras pequeñas y tierra procedentes del talud conformado bajo el acantilado que cierra uno de sus extremos. En 2004 el Ayuntamiento construyó un muro jardinera, con el fin de recoger pequeños escombros y colocó en la playa un cartel en el que, además de advertir sobre las prohibiciones de juegos de pelota y de traer perros a la playa, se indicaba el peligro asociado a dichos chineos.

El talud está atravesado, desde al menos los años 50, por un canal, propiedad de la “Comunidad de aguas El Jurado”, que sufre pérdidas de agua que han provocado la porosidad y desgaste de la tierra que lo compone.

Don JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS, mayor de edad, con DNI 45523662-S sin antecedentes penales, Alcalde del municipio y Concejal de Seguridad, fue conecedor de que sobre las 18:20 horas del día 2 de octubre de 2009, en el acantilado de la playa de los Guíos se produjo un desprendimiento sin víctimas ni heridos. Tras inspeccionar la zona personal voluntario del cuerpo de bomberos y agentes de la Policía Local elaboraron dos informes de fecha 2 de octubre donde se advertía del “peligro inminente” de que se repitieran nuevos desprendimientos. Ambos informes fueron entregados por los jefes de ambas unidades el día seis de octubre en la oficina de registro del Ayuntamiento de Santiago del Teide, teniendo como destinatario final de los mismos la persona de su Alcalde y acusado JUAN DAMIAN GORRÍN RAMOS, quien a su vez por decreto de delegación y vacancia de tu titular ocupaba por esa misma fecha la titularidad del área de seguridad ciudadana. El alcalde había sido además informado verbalmente de tales circunstancias.

El día 5 de octubre, CELSO GONZALEZ GONZALEZ acusado con DNI 41925834P y sin antecedentes penales, arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal, se personó por indicación del Alcalde en la Playa de los Guíos para inspeccionar el estado de la pared del acantilado. En dicha visita comprobó que el talud no tenía consistencia y emitió informe en el que recomendó medidas iniciales hasta que un técnico competente examinara el lugar y se emitiera informe geológico. Recomendó el desalojo de la zona, el balizado de la misma acotándola con cinta, que se tomaran las medidas necesarias para impedir el acceso a personas y la colocación de carteles advirtiendo del peligro de desprendimientos.

La medida de balizamiento fue ejecutada para lo cual se clavaron en la arena varillas a las que se ató en su parte superior una cinta plástica, delimitando una área determinada. Sin embargo debido a la subida de la marea y el fuerte oleaje desaparecían sin que hubiera vigilancia permanente de personas designadas para su reposición.

El 27 de octubre de 2009, acudió a la playa el ingeniero de caminos, canales y puertos don Javier Velasco Núñez de la empresa ICINCO (Instituto Canario de Investigaciones en la Construcción S.A), empresa que había sido recomendada al ayuntamiento por el Servicio Provincial de Costas de Tenerife para que procediera al estudio del área y emitiera un informe sobre causas del derrumbe y soluciones para corregir la situación. Durante la visita estuvo acompañado por el acusado JAVIER RODRIGUEZ RODRIGUEZ con DNI 42091712X, sin antecedentes penales arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal. En dicha visita pudo constatarse la escasa consistencia y estabilidad que tenía la pared de tierra y piedras que rodeaba la playa. El ingeniero indicó a Javier Rodríguez que el Ayuntamiento debía mandarle la topografía para poder hacer el estudio y que cuando la recibiera haría un presupuesto del importe. Asimismo comentó a Javier Rodríguez que el talud se podía caer en cualquier



momento pero no le indicó nada acerca de medidas de seguridad o que se actuara de forma inmediata para evitar el riesgo de derrumbe.

No consta que Javier Rodríguez Rodríguez le trasladara a JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS el comentario que le había hecho Javier Velasco. Tampoco quedó determinado que el alcalde o los técnicos municipales llegaran a tener conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación.

La seguridad en las playas le corresponde al Ayuntamiento sin que conste que el acusado don CARLOS GONZALEZ GONZALEZ, con DNI 42041644J, jefe de la Demarcación de Costas tuviera competencia para cerrar la playa.

El día 1 de noviembre de 2009, como quiera que la marea había subido, se había retirado la baliza y las varillas dónde ésta iba acoplada y no existía ningún aviso del riesgo que suponía estar cerca del talud la playa parecía libre y expedita para el tránsito de los bañistas. Así las cosas, varias personas se colocaron en la zona potencialmente peligrosa, ignorantes del riesgo, lo que dio lugar a que terminaran falleciendo dos de ellas sobre las 15:00 horas, Dña. Marion Avril OHara y Dña. M^a Vanesa Arias Romera, al desprenderse gran volumen de arena y piedras de una de las grietas que asomaban sobre la ladera, que cayó de lleno sobre ambas bañistas que estaban tomando el sol, quedando ambas completamente sepultadas. Las mismas fallecieron de asfixia mecánica por sepultamiento, además de por politraumatismos en el caso de Marion Avril O'Hara.

Los perjudicados reclaman las posibles indemnizaciones que les pudieran corresponder.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son cuatro los recursos de apelación formulados contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de los de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento abreviado 429/2017. La recurren cada uno de los tres condenados así como la compañía de seguros MAPRFE, declarada responsable civil directa, por lo que es preciso hacer un análisis individualizado de cada uno de ellos.

SEGUNDO.- El primer recurso es el formulado por la representación procesal de don José Javier Rodríguez Pérez, arquitecto técnico del Ayuntamiento de Santiago del Teide, quien resultó condenado como autor de dos delitos de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 del Código Penal con la atenuante de dilaciones indebidas cualificadas de su artículo 21.6 a penar conforme al artículo 77 del texto punitivo a la pena única de un año y seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante dos años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año y seis meses y costas en una cuarta parte, incluidas las de las acusaciones particulares.

Expone como primer motivo de su recurso que se ha producido vulneración del derecho de defensa y del principio acusatorio. Alega para sostener este motivo que la única parte que formuló acusación contra su patrocinado fue la acusación particular de don Daniel Robert Ewing y lo hizo por un único delito de homicidio por imprudencia grave por el fallecimiento de su madre. Calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio imprudente por omisión sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal e interesó la imposición de una pena de tres años de prisión pero ni el Ministerio Fiscal ni las restantes acusaciones particulares solicitaron su condena. Sin embargo, resultó condenado



por dos delitos de homicidio por imprudencia grave en comisión por omisión lo que supone la alegada vulneración de su derecho de su defensa y del principio acusatorio.

El principio acusatorio, la imparcialidad judicial, el principio de contradicción y el derecho a ser informado de la acusación con proscripción de toda indefensión tienen como referentes legales los arts. 733, 851.4 ° y 789 LECrim. Este último señala en el ámbito del procedimiento abreviado que la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3. .

Sintéticamente expuesto, lo que exige el principio acusatorio es que que el Tribunal al dictar sentencia no pueda ir más allá de lo solicitado por las acusaciones. Estrictamente interpretado, se traduce en la imposibilidad del tribunal de introducir hechos no recogidos por las partes acusadoras y cuya consecuencia sea una agravación de la responsabilidad penal. Sin embargo la jurisprudencia, en concordancia con un amplio sector doctrinal, lleva más lejos las imposiciones del principio acusatorio ya que tampoco el tribunal puede realizar en la sentencia una valoración jurídica más grave de los hechos que la alegada por las acusaciones. Nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y debe entenderse por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. En la sentencia no pueden introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho también, pese a que no haya datos novedosos, cuando se trata de valoraciones jurídicas agravatorias en la medida en que desbordan los límites de la acusación frente a la que se articuló la defensa.

La jurisprudencia ofrece ejemplos en los que pese al ajuste mimético a los hechos objeto de acusación, se niega capacidad para alterar la valoración jurídica, sin previo planteamiento de la tesis del art. 733, so pena de vulnerar el principio acusatorio. La STS 1913/2005, de 12 de mayo es una muestra. Del relato de hechos se derivaba la existencia de dos hechos de agresión sexual, por los que el Fiscal acusaba en relación de continuidad delictiva. Se condenó por dos delitos independientes. Esta Sala entendió vulnerado el principio acusatorio: "**e l Tribunal sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 LECrim, que le permite plantear la tesis y es en la sentencia donde se rechaza la calificación jurídica definitivamente efectuada (en lo que aquí interesa) por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador. De suerte que no parece dudoso que con este proceder, el Tribunal de instancia ha vulnerado la piedra angular sobre la que descansa todo el edificio del principio acusatorio que no es otra que la proscripción de la indefensión que se proclama en el art. 24 C.E"**"



Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre esta cuestión. La STEDH de 5 de marzo de 2013, Caso Varela Geis c. España , ha puesto de manifiesto el papel determinante que en los enjuiciamientos penales tiene el escrito de acusación : «teniendo en cuenta su significación, la persona acusada está oficialmente advertida de la base jurídica y fáctica de las acusaciones en su contra. (Kamasinski contra Austria, 19 de diciembre de 1989 (TEDH 1989, 24), ap. 79, serie A, núm. 168 y Pelissier y Sassi contra Francia (TEDH 1999, 10) GS, núm. 25444/94, ap. 51, TEDH 1999 II).

El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los hechos que se le imputan y sobre los que se basa la acusación, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos, y esto, de forma detallada. El alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a la luz del derecho, más general, a un juicio justo, garantizado por el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (véase, mutatis mutandis, Ártico contra Italia, 13 de mayo de 1980, ap. 32, serie A, núm. 37; Colozza contra Italia, 12 de febrero de 1985 (TEDH 1985, 2), ap. 26, serie A, núm. 89 y Pelissier y Sassi (TEDH 1999, 10), ya citado, ap. 52). El Tribunal considera que en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a su cargo.» (apartados 41 y 42).

Expuesto lo que antecede y constatado que efectivamente la única parte procesal que formuló acusación contra el recurrente fue la acusación particular de don Robert Ewing y que en sus conclusiones solo lo hizo por un único delito de homicidio imprudente por omisión no cabe su condena por dos delitos. por lo que es procedente estimar este motivo de recurso revocándose el pronunciamiento de condena referido a la muerte de doña María Vanessa Arias Romera.

TERCERO.- El siguiente motivo del recurso es por vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa al haberse condenado por un delito de mayor gravedad que el calificado por la única acusación que se dirigió contra él, así como por haberle impuesto una pena distinta y más grave que la solicitada. Alega nuevamente que contra su defendido únicamente dirigió acusación la representación procesal de Daniel Robert Ewing, Calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave por omisión y solo interesó una pena de prisión. Sin embargo en la sentencia fue condenado a tres penas: prisión, inhabilitación especial para profesión u oficio y privación del derecho de sufragio pasivo. Dejando de lado la pena de privación del derecho de sufragio pasivo, accesoria a la de prisión, se impuso a su patrocinado una inhabilitación especial que nadie solicitó y ello como consecuencia de una calificación de delito más grave, el de de homicidio por imprudencia grave profesional.

Debe comenzarse por aclarar, al hilo de los argumentos del recurrente acerca de la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, que la pena de inhabilitación para profesión u oficio puede ser también pena accesoria a la de prisión, además de pena principal. Señala el artículo 54 del Código Penal que las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo. Así el artículo 56.1 del Código Penal señala que “En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:



1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

Asimismo el artículo 142 del Código Penal, tanto en la redacción a la fecha de los hechos como en la actual señala que “Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años”, lo que sí sería pena principal.

En este caso, si bien la magistrada no lo precisa, porque no menciona que estemos ante una imprudencia profesional, debemos interpretar que impone la inhabilitación como pena principal, dado que la duración de esta es diferente a la de prisión y que en la individualización hace referencia a los intervalos fijados en el artículo 142 del Código Penal. Por tanto impone la pena asociada a un delito de homicidio por imprudencia profesional pese a que nadie formuló acusación en esos términos.

Revisado el escrito de acusación formulado por Daniel Robert Ewing, que es la única parte procesal, como apuntamos, que dirige la acción penal contra el recurrente, se constata que éste no acusa por delito de homicidio por imprudencia profesional sino por delito de homicidio imprudente y en su relato no hace mención a infracción de *lex artis* señala que “La responsabilidad de los imputados radica en que sabiendo perfectamente el peligro que suponía que en cualquier momento se derrumbara el talud, a tenor del preaviso claro del día 2 de octubre de 2009, que no tuvo consecuencia para las personas y de los informes periciales que constan en la causa, los imputados que son los únicos competentes para ordenar y ejecutar las obras de aseguramiento y fortalecimiento del acantilado que hubieran evitado el desprendimiento mortal, y en todo caso, si se produjera el desprendimiento, adoptar las medidas de protección y prohibición que hubieran salvaguardado las vidas de las personas, no solo no ejecutaron tales obras sino que no adoptaron ninguna medida de seguridad para evitar todo esto, por lo que son todos responsables criminalmente por omisión y culpa in vigilando. La imprudencia de todos ellos es evidente, pues, siendo los competentes legalmente sobre la materia, conocían perfectamente dicha peligrosidad y no tomaron ninguno, las medidas de protección y seguridad ciudadana que tendrían que haber sido realizadas desde el día 2 de octubre cerrando totalmente la playa al uso público, lo que sí se hizo tardíamente ya sin remedio para la vida de las dos mujeres fallecidas después del día del trágico y traumático fallecimiento, según consta en las actuaciones”

El Tribunal Supremo ha declarado que la «imprudencia profesional» es más grave que la imprudencia común del profesional. Las razones de tal mayor gravedad las expresa en los siguientes términos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 “... **inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisciplpable que una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate y a la que se presumen especiales conocimientos**



y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo ignaro e indocto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las reglas deontológicas que rigen el ejercicio de la profesión, arte u oficio. La «imprudencia del profesional» tiene como fundamento no el «ser profesional», sino la confianza cualificada de terceros y la consiguiente confianza reforzada del profesional y en que el sujeto asume efectivamente el cuidado de una determinada actividad que afecta de modo sustancial a la vida y salud de las personas»

Si bien la actuación conforme a la "*Lex Artis*" supone la observancia del cuidado objetivamente debido, no puede decirse estrictamente lo contrario, es decir, que la no actuación conforme a ella suponga la inobservancia del deber de cuidado, de tal manera que ello sea suficiente para calificar la imprudencia como profesional. Pues pueden surgir supuestos inesperados, desconocidos o nuevos en los que las reglas clásicas no sirvan o sean inapropiadas o insuficientes. Hay por tanto una distinción entre culpa profesional y culpa del profesional. Esta última no es ni impericia, falta de conocimientos o de actualización de los mismos, ni negligencia profesional, sino una imprudencia agravada por la transgresión de deberes técnicos de competencia del profesional, la cual hace muy peligroso el ejercicio de su profesión por el autor, que nos situaría delante del párrafo tercero del artículo 152 del Código Penal.

Esto nos conecta nuevamente con el principio acusatorio analizado en el fundamento jurídico anterior. El Sr. José Javier Rodríguez resultó condenado por cosa distinta de la que fue acusado, ya que como se ha analizado "cosa" no es únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. La imposición de la inhabilitación profesional como pena principal es una consecuencia necesaria asociada al hecho que la imprudencia sea profesional y por tanto que alguna de las partes hubiera formulado acusación en esos términos, que no es el caso de autos.

En consecuencia debe estimarse este motivo del recurso y dejar sin efecto la condena a la pena de inhabilitación especial.

CUARTO.- El siguiente motivo de recurso es por vulneración del principio de presunción de inocencia e infracción de los artículos 142 y 11 del Código Penal. Por atipicidad de los hechos imputados, al no existir una concreta posición de garante en relación con las medidas provisionales adoptadas.

Argumenta el recurrente que los hechos de interés a efectos de responsabilidad jurídico penal por el resultado lesivo son las medidas provisionales efectivamente adoptadas y las que se dejaron de adoptar por el ayuntamiento antes del derrumbe pero su patrocinado ni propuso las medidas ni las ejecutó ni las controló. No tenía posición de dominio real, ni la tenía atribuida por norma jurídica ni asumió deberes de vigilancia o control sobre las medidas con lo que no se le puede atribuir posición de garante. Se le atribuye una posición de garante derivada de una norma genérica, el artículo 115 de la Ley de Costas, que sería extensible a todo el personal del ayuntamiento y por unas competencias que nunca ostentó.



Expuesto de forma sucinta el argumento del recurrente es preciso acudir a la sentencia para examinar cómo fundamenta o en qué basa la magistrada a quo la responsabilidad del recurrente en las muertes en comisión por omisión por aplicación del artículo 11 del Código Penal.

En los hechos probados la magistrada a quo individualiza la participación del recurrente de la siguiente manera: *“El 27 de octubre de 2009, tuvo lugar una visita a efectos de inspeccionar la zona del Ingeniero de Caminos C. y P. don Javier Velasco Núñez de la empresa ICINCO (Instituto Canario de Investigaciones en la Construcción S.A) recomendada por el Servicio Provincial de Costas de Tenerife para el estudio del área acompañado por el acusado JAVIER RODRIGUEZ RODRIGUEZ con DNI 42091712X, sin antecedentes penales arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal. En dicha visita, pudo constatarse la escasa consistencia y estabilidad que seguía teniendo la pared de tierra y piedras que rodeaba la playa, dejándose reflejo en el informe redactado por Francisco Javier Velasco del riesgo de que la pared del acantilado pudiese “caer en cualquier momento” y habiendo dicho tal circunstancia a Don Javier Rodríguez que estuvo presente en la visita a dicho talud sin que conste que éste aconsejara medidas de inmediato más eficaces o se actuara de forma alguna para evitar el riesgo de caídas . Esto fue puesto en conocimiento del Concejal de Seguridad Ciudadana y Alcalde el acusado JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS y a sabiendas del grave peligro tampoco adoptó medida eficaz alguna diferente a las ya ejecutadas con anterioridad. **Ambos por su posición y competencias asumidas, estaban obligados a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona.** (negrita y subrayado es nuestro). A pesar de ello, teniendo pleno conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación, y priorizando su voluntad a la consecución de una situación justa, don Juan no dictó resolución alguna ordenando el cierre de la playa, como tampoco acordó vigilar la zona 24 horas ni colocar carteles que avisaran de su peligro.”*

En el fundamento de derecho segundo precisa *“a partir del relato de los hechos probados hemos de destacar que todos los acusados a excepción de don Carlos E. González Pérez mantenían la posición de garante respecto a la vida e integridad física de los bañistas que el día de autos, 1/11/2009 estaban en la Playa de los Guños”* También destaca en ese fundamento que José Javier en su condición de arquitecto técnico podía y debía recomendar el cierre antes del día 1 de noviembre y que el hecho que solo el alcalde fuera el competente para cerrar la playa no quita ni un ápice de responsabilidad a los técnicos, pues ninguno, pudiendo hacerlo y sabedores del riesgo que se corría tomaron las medidas esperadas. Reseña en el folio 48 que *“se permitió el lujo sin tener competencias, sin ser ingeniero, de hacer una memoria o proyecto de gunitado que agravaba el problema y cuando va alguien que sí sabe del tema no se molesta en escucharlo, francamente si grave es no decirle al Alcalde lo que dijo Javier Velasco más grave es aún omitir, no preguntar, ignorar lo que ocurría y no escuchar. Uno u otro comportamiento claman al cielo y confirman el absoluto desprecio hacia las mínimas normas de responsabilidad. Es otro episodio de una negligencia inexcusable que deriva en consecuencias nefastas. **Es este extremo el que concurre junto a las conductas de los demás acusados en incrementar el riesgo** (negrita y subrayado nuestro)”* y al folio 58 *“Los tres tenían posición de garantes por el cometido que desempeñaban y además no ejercieron de forma correcta su deber de cuidado. Los tres estaban vinculados pero a la vez ejercieron*



de forma independiente sus actividades omisivas sin que exista dependencia entre ellos pues podían de forma individual haber evitado cada uno el riesgo y desde luego las consecuencias con sus estatus de garantes” y al folio 63 “Conoce las normas y las obligaciones que pesan sobre él como técnico y así no los hace constar al folio 638 cuando son competencias del Ayuntamiento el salvamento y seguridad de vidas humanas conforme al artículo 115 de la Ley de Costas”. [...] “Se atribuyó la competencia de que su informe de cerrar la playa fuera definitivo y nos lo demostró al día siguiente pues gracias a éste el Alcalde dictó el bando, consta al folio 238. Por tanto, en el caso de los arquitectos, también su labor de asesores, estaban en posición de garantes, había un riesgo conocido por ambos, era previsible y evitable igualmente”

Estos son los argumentos por los que la magistrada concluye que el recurrente ostentaba posición de garante pero la Sala no comparte esta aseveración.

El sujeto activo en un delito en comisión por omisión requiere cierta cualificación. No basta con que haya tenido capacidad de acción y el poder real de evitar el resultado, es necesario que a él en particular le sea exigible el comportamiento en contraposición a los demás. Tiene un deber de actuación y se le imputa el resultado porque él particularmente tenía la obligación de haberlo impedido y no lo hizo. Dicho de otra manera, por alguna razón se le impone el deber de evitar el resultado y como no actúa se fija la consecuencia jurídica de que su omisión es equivalente a la comisión. Este deber puede nacer, según indica el artículo 11 del Código Penal, de una específica obligación legal o contractual o porque ha sido él quien ha creado una ocasión de riesgo mediante una acción u omisión precedente, habiendo interpretado el Tribunal Supremo que estos supuestos no son un listado cerrado sino que cabe cualquier otro en el que pueda imputarse el resultado material pese a existir una omisión por poderse fijar una equivalencia entre la infracción del deber jurídico de actuar con la realización activa del tipo (STS n.º 257/2009, “Probablemente es mayoritaria la opinión de quienes sostienen que el segundo párrafo del artículo 11 CP debe ser interpretado **“como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero, considerando que la cuestión decisiva seguirá siendo, entonces, cuando se da esa equivalencia material”**”)

Desde una perspectiva doctrinal y de forma resumida podemos señalar que los deberes podrían clasificarse de la siguiente manera :

- 1) Deber de protección relativo a determinados bienes jurídicos que puede surgir:
 - a) de una vinculación familiar,
 - b) de una estrecha relación comunitaria o
 - c) de una asunción voluntaria
- 2) Deber de control de una fuente de peligro:
 - a) porque se encuentra bajo su dominio como podría ser el dueño de un animal o de una instalación o maquinaria peligrosa
 - b) porque está bajo su autoridad o vigilancia
 - c) porque ha creado, con un hacer precedente, un peligro (injerencia)



En el caso de autos la magistrada atribuye al recurrente posición de garante por el cometido que desempeñaba en el ayuntamiento, esto es, por los deberes que derivaban de su puesto de trabajo (deber de protección de bien jurídico asumido voluntariamente al aceptar el trabajo) pero también -por eso se ha transcrito el pasaje- parece apuntar y utiliza como argumento un posible un incremento del riesgo por haber hecho una memoria de gunitado que agravaba el problema.

Comenzando por este último argumento, que nos conduce a la figura de la injerencia, debe indicarse que la posición de garante solo surge por este motivo cuando el sujeto realiza un hecho previo peligroso del que surge el resultado lesivo. El que ha creado un peligro con una actuación precedente debe evitar que el riesgo se materialice y se produzca la lesión de bienes jurídicos. Tiene la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, tiene la una obligación de actuar para evitar el resultado dañoso al bien jurídico protegido penalmente derivado de una situación de riesgo previamente originado.

En este caso debemos recordar que la fuente de peligro era natural. Un acantilado con riesgo de desprendimientos en el no hubo ninguna manipulación ni intervención activa por parte de los acusados. El recurrente planteó una respuesta técnica frente al peligro de derrumbe, el gunitado, pero aún cuando la misma no fuera idónea, nunca llegó a materializarse y por tanto ninguna influencia tuvo en el resultado lesivo. El riesgo de derrumbe no se incrementó porque el acusado hiciera aquel proyecto. Esto excluye que tuviera una posición de garante por injerencia. El que supiera que había un peligro y no actuara, dejando que el acontecimiento siguiera su curso natural y ello desembocara en una lesión del bien jurídico no genera posición de garante en los términos del artículo 11 del Código Penal.

En la STS sec. 1ª, S 18-10-2017, nº 682/2017, rec. 10129/2017 se destaca "**Cuando se realiza un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que con su hacer, interviniendo en el curso natural de las cosas, el sujeto causa de modo objetivamente imputable y con control o dominio del hecho un resultado típico. Es decir, que la acción del sujeto, modificando una situación pacífica o de no peligro, provoca, crea el riesgo de lesión para un bien jurídico que hasta entonces no estaban en peligro. Es esta la estructura de la comisión activa de un delito de resultado: la causación activa produce la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro concreto de lesión, por eso puede decirse que esa conducta ha matado, dañado, estafado, etc.**

Situación que no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión procedente de actuaciones de terceros y consiguientemente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico.

Esta omisión, no debe equivaler sin más a producir la lesión por el solo hecho de que el sujeto tenga un deber de garante de evitar el resultado respecto del bien jurídico. Nadie



niega que hay casos en que la omisión constituye comisión por omisión. Los ejemplos clásicos de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, o el jefe de estación que no acciona la señal de parada de un tren. Pero la razón de que haya delito de comisión por omisión en estos casos radicaría en que la omisión misma en la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante. Pero cuando la omisión no crea peligro alguno para la vida, sino que se encuentra con un peligro que ya está ahí procedente de la acción de un tercero, tal omisión no supone la creación del riesgo, se trata de una omisión propia y no de comisión por omisión subsumible en el tipo de homicidio y equiparable en su desvalor a la causación del mismo.

Por tanto descartado que el recurrente tuviera posición de garante por haber incrementado el riesgo debemos analizar si la tenía por tener un deber legal específico de cuidado del bien jurídico.

La sentencia recurrida es parca o escueta en la descripción de los hechos, al identificar la fuente del deber de actuar de José Javier. Simplemente señala que por su posición y competencias asumidas estaba obligado a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona. En el fundamento jurídico tercero detalla algo más. Señala que conocía las normas y las obligaciones que pesaban sobre él como técnico y, en particular, el artículo 115 de la Ley de Costas, 103 de la Constitución Española y artículo 11 de la Ley 7/2015 de los municipios de Canarias pero, como se ha indicado, el art. 11 CP requiere que el deber de actuar provenga de una obligación legal o contractual específica. Se debe tratar de un deber jurídico específico y determinado de protección del bien jurídico lo que no se puede equiparar con el cumplimiento general de las leyes, ni con imperativos de naturaleza moral. No puede fijarse una equivalencia entre acción y omisión por el incumplimiento de cualquier deber genérico de actuar. El juicio normativo requiere que exista ese deber específico de actuar y que su infracción sea equiparable, según el sentido de la ley a la comisión activa del delito.

Tal y como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 37/2006, de 25 de enero, "**La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa...**"

Aun cuando corresponda al municipio vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de vidas humanas (artículo 115 Ley de Costas), tenga competencias en materia de protección civil y seguridad ciudadana (artículo 11 de la Ley 7/2015 de los municipios de Canarias), así como el deber de vigilar la observancia en los lugares de baño de las normas generales e instrucciones sobre mantenimiento del material de salvamento y demás medidas de seguridad para las vidas humanas y el recurrente formara parte de los órganos de gestión administrativa del ayuntamiento, concretamente estuviera integrado en la Oficina Técnica Municipal, esto no supone que tenga un deber específico de protección. En el juicio no quedó determinado que tuviera asignada de manera específica alguna de esas tareas o funciones. No se detalló cuáles eran las que él tenía asignadas dentro de las funciones generales de las escalas y subescalas



de su Oficina o unidad. Imputar un resultado lesivo por la omisión de un deber genérico asignado al municipio, aún cuando pudiera conocer la fuente de peligro, no se corresponde con los términos del artículo 11 del Código Penal. No puede fijarse una equivalencia entre la omisión y la causación activa del resultado.

Por tanto considera la Sala que la omisión del recurrente - no emitir informe proponiendo el cierre de la playa- no puede equivaler a la acción típica de causar la muerte de otro por imprudencia grave profesional. La posición de garante depende precisamente de tener atribuida esa competencia específica y en este caso no la tenía.

En consecuencia el motivo del recurso debe ser estimado, lo que lleva a la revocación del pronunciamiento de condena y al dictado de una sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables a su favor, salvo la condena en costas a la acusación particular al no haber méritos para ello. Esto lleva a que no sea preciso el examen del resto de alegaciones formuladas en el recurso.

QUINTO.- La representación procesal de Celso González González también recurre la sentencia por diversos motivos, siendo el primero de ellos por infracción de ley puesto que rebate que su patrocinado ostentara posición de garante a los efectos del artículo 11 del Código Penal.

Alega que su patrocinado, en su condición de arquitecto técnico municipal, no tenía atribuido ningún deber especial en orden a la seguridad y protección de la playa. La normativa que regula el régimen de las entidades locales no atribuye tal deber al arquitecto técnico ni tampoco es una función encomendada o asignada al puesto que ocupaba en la Oficina Técnica Municipal. La simple pertenencia al organigrama del Ayuntamiento no puede implicar que se le atribuyan todas y cada una de las competencias que la ley otorga a esta entidad local. Tampoco puede concluirse que se irrogara la posición de garante por haber estado en la playa para poner las balizas ya que para llegar a constituirse en garante, conforme al criterio de injerencia o actuar precedente, sería preciso que su patrocinado hubiese creado el riesgo típicamente relevante o haberlo incrementado con una actuación precedente y no fue así. Tampoco asumió voluntariamente el riesgo generando la expectativa a terceros de que no era necesaria o precisa otra medida de protección. Intervino porque se le indicó su superior jerárquico y en sus informes aclaró que era necesaria la intervención posterior de técnicos competentes para tomar medidas adecuadas.

Como en el caso de José Javier entiende la Sala que debe descartarse que la actuación del recurrente haya supuesto un incremento de riesgo. Recomendó medidas urgentes de seguridad pero estas no aumentaron el peligro de derrumbe. En este no influyó la actuación del recurrente. Las medidas ejecutadas fueron dirigidas a paliar las consecuencias adversas asociadas al derrumbe, no éste en sí por lo que en nada afectaron a su producción.

En los hechos probados de la sentencia únicamente se hace mención a Celso González en los siguientes términos literales: “El día 5 de octubre, CELSO GONZALEZ GONZALEZ acusado con DNI 41925834P y sin antecedentes penales, en su condición de arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal, el cual por su posición y competencias asumidas, estaba obligado a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona, se personó en la Playa de los Guíos para inspeccionar el estado de la pared del acantilado. En dicha visita se comprobó que el terreno afectado era de poca consistencia y que la pared



seguía siendo inestable presentando diversas grietas de gran tamaño a lo largo de toda su superficie; en consecuencia, se recomendó por su parte en el informe realizado a tal efecto, el desalojo de la zona, balizado de la misma acotándola con cinta, tomar las medidas necesarias para impedir el acceso a personas y colocación de carteles advirtiendo del peligro de desprendimientos. Dichas medidas eran notoriamente insuficientes pues debido a la subida de la marea y el fuerte oleaje desaparecían sin que hubiera vigilancia permanente de personas designadas para su reposición lo que las hacía completamente ineficaces. Dicha deficiencia era fácilmente observable apelando al sentido común.”

De todo lo anterior parece desprenderse que le otorga de posición de garante por los deberes legales inherentes a su puesto de trabajo, esto es por haber asumido el deber de protección del bien jurídico como parte de las funciones asociadas a su trabajo. Esta interpretación queda ratificada con la lectura del fundamento de derecho segundo cuando apunta que el recurrente tenía competencias asumidas y estaba obligado a garantizar la seguridad de la zona, aconsejando la adopción de medidas o cuando destaca que entre sus competencias obraban el adoptar medidas en la playa - folio 427 de su escrito de defensa- y vigilarlas.

Pese a los anteriores argumentos y al igual que en el caso de José Javier Rodríguez entiende la Sala que esto no es suficiente para atribuirle posición de garante debiendo darse por reproducidos, a efecto de evitar repeticiones innecesarias, los argumentos expuestos en el anterior fundamento. La posición de garante surge de tener atribuida esa competencia específica, de haber asumido esa función de protección del bien jurídico y en este caso no ha resultado que fuera así. A través del documento n.º 1 adjuntado con el escrito de defensa (obrante al folio 427 del tomo IX) quedó determinado que la Unidad de Oficina Técnica n.º 1 en la que el recurrente ejercía como funcionario técnico tenía asignadas las siguientes funciones:

- 1) Informe y seguimiento de obras mayores
- 2) Informe de proyectos de organismos públicos a ubicar en Santiago del Teide
- 3) Memoria y valoraciones de obras a llevar a cabo por el Ayuntamiento
- 4) Memoria y presupuestos para expedientes de subvenciones
- 5) Informes para el catastro
- 6) Informes de licencias de aperturas
- 7) Informe de la calificación territorial y obras menores
- 8) Informes para expedientes sancionadores
- 9) Informes segregaciones, agrupaciones y prescripciones
- 10) Informes periciales de los contratos de adquisiciones de terrenos
- 11) Certificaciones de obras, suministros y otros
- 12) Mediciones varias
- 13) Colaboración con el inventario de bienes municipal



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



- 14) Inspección de obras y servicios, así como control de las obras municipales
- 15) Informe previo y licencias de cédulas de habitabilidad
- 16) Informe previo licencias de primera utilización/ocupación
- 17) Alineaciones y rasantes
- 18) Informes expedientes de ruina
- 19) Informes ofertas expedientes de contratación
- 20) Pliegos de cláusulas técnicas de contratación
- 21) Informes sobre normativa urbanística
- 22) Informe técnico en la tramitación de planes urbanísticos

La magistrada indica que en ese catálogo de funciones obraban adoptar medidas en la playa, pero según es de ver en la anterior relación, esa labor específica no figura. Tenía asignadas funciones de asesoramiento pero el que deba informar o inspeccionar obras o expedientes de ruina no es un deber específico en salvamento y seguridad de vidas humanas así como protección civil y seguridad ciudadana. Tampoco puede concluirse que asumiera la posición de garante por el hecho que se le asignara de forma puntual la labor de inspección de la playa tras el desprendimiento del 2 de octubre y recomendara medidas urgentes de protección: el inmediato desalojo de la zona, el balizamiento de la zona afectada, acotando la misma con cinta, que se tomaran las medidas necesarias para impedir el acceso de personas, se colocaran carteles advirtiendo del peligro de desprendimientos, así como se emitiera informe por técnico competente que dictaminara las soluciones a tomar en evitación de males mayores y se realizara un estudio geológico del talud por laboratorio homologado que determinara la consistencia del terreno. Con esta intervención no asumió el deber de proteger a los usuarios de la playa. Intervino puntualmente y emitió un dictamen pero ello no supone que asumiera la responsabilidad específica de proteger a los usuarios de la playa. Carecía de dominio efectivo y no tenía el deber jurídico de neutralizar el riesgo.

En consecuencia el motivo del recurso debe ser estimado, lo que lleva a la revocación del pronunciamiento de condena y al dictado de una sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables a su favor, salvo la condena en costas a la acusación particular al no haber méritos para ello. Esto lleva a que no sea preciso el examen del resto de alegaciones formuladas en el recurso.

SEXO.- Recurre también la sentencia la representación procesal de don Juan Damián Gorrín Ramos.

Su primera alegación es por error en la valoración de la prueba. Dicho de forma resumida, sostiene que no podía concluirse de la prueba practicada que las medidas adoptadas tras el desprendimiento ocurrido el 2 de octubre, fueran notoriamente insuficientes ya que en el momento en que se adoptaron no había datos para prever el derrumbe de la práctica totalidad del talud. Entonces no había elementos para considerar que era preciso el cierre total de la playa y las medidas adoptadas eran objetivamente idóneas para proteger el foco de peligro creado a partir del pequeño desprendimiento. No había datos para inferir la magnitud del derrumbe que luego se produjo el día 1 de noviembre y ninguno de los técnicos ni personal del



ayuntamiento que pasó y examinó la playa puso en cuestión las medidas recomendadas por D. Celso González ni recomendó el cierre completo de la playa.

En el desarrollo del motivo resume las declaraciones de algunos testigos, acusados y peritos que apoyan esa aseveración de que no había datos para inferir la magnitud del derrumbe y que nadie aconsejó el cierre total de la playa y detalla lo que considera que son contradicciones dentro de la valoración y entre ésta y los hechos probados.

El recurso de apelación regulado en los artículos 790 a 792 de la LECrim se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva "**[...] la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto [...]**" (STC Pleno 184/2013 de 4 nov. FJ7, con cita de otras SSTC).

En principio y con ciertas limitaciones, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma (STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º).

En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación.

La función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia. Si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación.

En caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "**[...] El único límite a esa función viene determinado por la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]**" (STS 107/2005, de 9 de diciembre).



Por tanto el campo de actuación de esta Sala debe limitarse a realizar un análisis crítico de la valoración probatoria en todos aquellos aspectos no comprometidos con la intermediación para concluir si la inferencia de la juez a quo de que las medidas adoptadas tras el desprendimiento del 2 de octubre eran notoriamente insuficientes ya que los tres condenados, uno en condición de alcalde y los otros como técnicos despreciaron de forma incomprensible con su errática actuación la valoración de la situación de peligro que se cernía de forma clara y evidente sobre la Playa de los Guíos es acorde con la prueba practicada y es racional.

El delito que estamos analizando es un delito de comisión por omisión de homicidio por imprudencia grave. Este, en los términos de la STS n.º 225/2014 de 5 de marzo es un tipo penal estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción del deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión) que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y de, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado) que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de este le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico) y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por esta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado con una probabilidad rayana en la certeza la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

En este caso, según la sentencia, la infracción del deber de cuidado interno fue incumplir el deber de advertir el peligro que se cernía sobre la playa –que era la producción de un nuevo desprendimiento desde el acantilado- y la vulneración del deber de cuidado externo fue no neutralizar el riesgo asociado a la materialización del evento probable – que sería que el material que se desprendiera cayera sobre la playa y dañara a los bañistas-. Por último concluyó que el recurrente y los otros dos condenados tenían el deber de garantizar la seguridad de la playa por sus posiciones y competencias asumidas derivadas de sus puestos de trabajo y que si hubieran ordenado el cierre de la playa se habría podido evitar con una probabilidad rayana en la certeza la desgraciada muerte de las bañistas.

Debemos partir que no fue objeto de discusión, aceptándolo todas las partes, que en esa playa se llevaban produciendo desde tiempo inmemorial desprendimientos de piedras pequeñas y tierra. Asimismo, que el día 2 de octubre se produjo uno de mayor alcance, quedando descrito en el informe emitido por Celso A. González como un desprendimiento de una zona del talud aproximadamente en el centro de la playa, con un ancho de seis metros y en la parte inferior del canal de aguas de la Comunidad del Jurado, en la trasera del murete existente, ayudando este a la contención del material desprendido. El terreno desprendido fue un aglomerado de piedras, tierras y arenas, terreno por lo tanto y según apreciación visual de poca consistencia estando sometido a la erosión tanto del viento como de agua, convirtiendo la pared en



inestable, apreciando en la misma diversas grietas”. Sin embargo el del día 1 de noviembre fue de una magnitud mucho mayor. Cayó material rocoso voluminoso. Así en los hechos probados se indica que cayó gran volumen de arena y piedras de una de las grietas que asomaban sobre la ladera, que sepultaron completamente a dos bañistas que estaban tomando el sol en la arena de la playa.

Obviamente, el cierre total de la playa, cualesquiera hubiera sido el alcance del desprendimiento, siempre habría sido una medida óptima o prudente de conjurar el peligro de daños personales pero lo dirimente para otorgar relevancia penal a la omisión es si hubo infracción del deber de cuidado interno, esto es, si era notoriamente previsible el riesgo de un derrumbe de esa magnitud ya que el alcance del deber externo iría dirigido a neutralizar los riesgos asociados a él. Cuanto mayor fuera la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor sería el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave sería su vulneración y a la vez, cuanto mayor fuera el peligro hacia los bienes jurídicos merecedores de protección asociado según esa previsibilidad, mayor debería haber sido la medida de prevención. Además debe también valorarse el grado de utilidad social de la conducta y el tipo de bien jurídico amenazado puesto que ha indicado la jurisprudencia que el nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado a su vez por el grado de utilidad social de la conducta (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo) y a mayor valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente menor nivel de riesgo permitido (STS 1089/2009, “El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado”)

Para la magistrada “el riesgo era previsible por cualquier persona profana, no se necesitaba ser un experto, pues en palabras del perito don Pablo era cuestión de sentido común” (fundamento de derecho tercero) pero la Sala no comparte esta afirmación.

Don Pablo Oramas, ingeniero de caminos, canales y puertos emitió un dictamen pericial sobre la idoneidad para la seguridad de los bañistas y usuarios de la Playa de los Guíos atendidas sus características físicas y de la marea, y de las actuaciones y proyectos municipales obrantes en la causa, respecto a las medidas que se indican en el informe técnico municipal de 5/10/09, tras el desprendimiento de talud del día 2/10/09. En el plenario declaró que él no vio el acantilado, sino que partió del informe emitido por el Sr Velasco, también ingeniero de caminos, que sí que tuvo ocasión de ver el talud antes del derrumbe. Ambos en sus declaraciones en el juicio coincidieron en la afirmación de que eran precisos conocimientos de ingeniería para valorar el riesgo de caída. Concretamente Javier Velasco declaró que no sabría decir si alguien ajeno a su profesión, sin conocimientos podría ver el peligro, que sí sería obvio para un profesional que conociera del tema. Que hay que tener ciertos conocimientos para saber si era previsible el riesgo de caída. Dijo que la visión del talud estaba muy peligroso, como es bastante normal en playas, taludes y costas pero había que hacer un estudio geológico.

Estas declaraciones apoyan el informe de don Celso A González, emitido tras el



desprendimiento del día 2 de octubre, puesto que en él indicaba que era preciso la emisión de informe por técnico competente que dictaminara las soluciones a tomar en evitación de males mayores y que era aconsejable realizar un estudio geológico del talud que determinara la consistencia del terreno.

También la magistrada incide en la declaración del mencionado Javier Velasco, otro ingeniero de caminos que inspeccionó visualmente el talud el día 27 de octubre como paso previo a la elaboración de un estudio geotécnico para el Ayuntamiento de Santiago del Teide acerca de las causas del desprendimiento del día 5 de octubre y qué se podía hacer para arreglarlo. La enjuiciadora resalta de su testimonio el que recordara haberle dicho al técnico del ayuntamiento que le acompañó durante la visita de inspección (José Javier Rodríguez) que en cualquier momento podía caerse (refiriéndose al talud). Interpreta que con este comentario los condenados tuvieron conocimiento del riesgo inminente de desplome.

Revisada la grabación y si bien el Sr. Velasco ratificó haber hecho ese comentario al técnico es preciso contextualizarlo. Lo primero, porque lo que realmente dijo en el juicio es que el lunes, en la oficina, tras saber del siniestro, hablando con el geólogo que había estado con él en la visita, fue este quien le recordó que había dicho que se podía caer en cualquier momento, lo cual permite inferir que al hacerlo no le dio tanta importancia o énfasis. Lectura que también se ve apoyada en el hecho que aunque no fuera experto en seguridad, como reiteró varias veces en el plenario, no indicara la necesidad urgente de una medida de intervención o seguridad inmediata sino que simplemente quedara a la espera de la remisión desde el ayuntamiento de un informe topográfico para elaborar un presupuesto del estudio. Además en Sala precisó que en geotecnia tiempo no es normal, tiene otras dimensiones. Tiene que haber algún efecto exterior y alguna cosa, hay muchos efectos que tienen que concurrir para que conjugados en tiempo y lugar produzcan el fenómeno. A su vez en la declaración prestada en fase de instrucción, en la que se ratificó, dijo que se podía caer en cualquier momento por la grieta que se veía y precisó que al referirse a cualquier momento en términos geológicos no significa que vaya a ser en segundos o minutos que también puede ser en años o decenas de años.

Con estas declaraciones no puede concluirse que el riesgo era previsible para cualquier persona profana. Ambos técnicos incidieron en la necesidad de tener conocimientos especializados y Javier Velasco además apuntó que en aquellos momentos, que aún no se usaban drones u otras tecnologías más avanzadas, era necesario un estudio geológico. Por tanto por la mera observación de las grietas del talud y el que hubieran habido desprendimientos de mayor calado no era previsible para cualquiera que aquel se pudiera caer. Además debe destacarse que el ayuntamiento llamó de manera urgente a la empresa ICINCO para que hiciera la valoración al recomendarlo la Demarcación de Costas.

Por otro lado, como apunta el letrado recurrente, aún cuando la magistrada considere probado que el comentario se hizo a José Javier Rodríguez (este lo negó en el plenario) no puede considerarse acreditado que trasladara la información al Sr. Gorrín ni al Sr. González González. En el folio 48 introduce ambas hipótesis. Destaca que el Sr. Rodríguez declaró que no oyó el comentario del Sr. Velasco porque se quedó por fuera de la playa pero que consideraba que tan negligente era permanecer por fuera de la playa como oírlo y no decírselo al alcalde. A continuación declara que “lo cierto es que don Javier acompañó al Sr. Velasco e hizo caso omiso de lo que le dijo no sugiriendo a don Juan Damián medidas efectivas para evitar el riesgo como eran el cierre total de la playa” y finaliza indicando que no es creíble que el



alcalde dijera que él creía que ICINCO no dijo que hubiera problemas. Pese a introducir estas hipótesis en el hecho probado cuarto declara que el comentario fue puesto en conocimiento del Concejal de Seguridad Ciudadana y Alcalde, el acusado JUAN DAMIAN GORRIN RAMOS y a sabiendas del grave peligro tampoco adoptó medida eficaz alguna diferente a las ya ejecutadas con anterioridad ...

El principio «"in dubio pro reo"» es una norma de interpretación de las pruebas a valorar, y así lo ha calificado el Tribunal Supremo: «Apotegma jurídico que se convierte en auxiliar del Juez a la hora de interpretar y valorar la prueba» (Sentencia de 4 de mayo de 1988); «Orientación o norma moral de conducta y equidad dirigida a la conciencia del Juzgador de instancia» (Sentencia de 19 de mayo de 1988). Sólo cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda y no puede descartar con certeza que los hechos hayan ocurrido de manera distinta y más favorable al acusado, pero, a pesar de ella, adopta la versión más perjudicial al mismo puede decirse que se ha vulnerado el principio «"in dubio pro reo"» (según la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981) como ha dicho esta Sala en su Sentencia de 23 de octubre de 1996 (Fundamento de Derecho 6º).

En este caso la magistrada expresa la duda e introduce la alternativa pero opta por la versión más perjudicial, lo que vulnera el mencionado principio por lo que el conocimiento del comentario no puede darse por probado, lo que excluye que tuviera conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación puesto que hasta ese momento tampoco quedó determinado que nada se hubiera dicho o informado y, en todo caso, ese comentario dicho de manera aislada tampoco permite llevar a la conclusión que a partir de ese momento hubieran tenido que advertir que existían un grave peligro de derrumbe y por tanto que el balizamiento era notoriamente insuficiente para la protección de los bienes jurídicos.

Por último está la cuestión de las filtraciones del canal de agua. La magistrada incide en ello por considerar que fueron determinantes en el deterioro del talud según el informe emitido por Javier Velasco, tras el desprendimiento del 1 de noviembre y concluye que todos conocían esa fuente de peligro, por lo menos potencial, pues el agua iba perforando y ablandando la tierra pero no precisa de donde obtiene que el alcalde supo de las filtraciones de agua antes del derrumbe y que era una fuente de peligro potencial. Aun cuando supiera que había un canal y que en el ayuntamiento hubiera documentación sobre éste no aclara el hecho probado de que él conocía que era una fuente de peligro por lo menos potencial pues el agua iba perforando y ablandando la tierra.

Por todo lo anterior la Sala estima la alegación de error en la valoración de la prueba, debiendo corregir los hechos probados que quedan redactados como se expresa en el antecedente de hecho cuarto, siendo lo más significativo que no queda probado que JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS llegara a conocer, antes del derrumbe, el comentario que le hizo Javier Velasco a José Javier Rodríguez de que el talud se podía caer en cualquier momento ni tampoco, que él o los técnicos debieran haber advertido el riesgo que se cernía sobre la playa, esto es la gravedad y urgencia de la situación por un posible derrumbe.

Excluido que haya habido infracción grave del deber de cuidado interno, pues de la practicado no puede concluirse que cualquier persona hubiera podido advertir que se podía caer el talud de manera inminente no podemos afirmar que estemos ante una omisión del deber de cuidado penalmente relevante, pronunciamiento que se realiza ponderando la función social



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



desempeñada por los acusados y la despenalización de la imprudencia leve. Por todo ello debe igualmente estimarse el siguiente motivo de alegación de recurso por infracción del artículo 142 del Código Penal.

SEPTIMO.- También recurre la representación procesal del Sr. Gorrín Suárez la sentencia por infracción de norma legal por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal.

Argumenta que la sentencia condena a su patrocinado por un delito de prevaricación en comisión por omisión, reprochándole penalmente que no hubiese dictado una resolución administrativa que acordarse el cierre total de la playa de Los Guíos después del desprendimiento ocurrido el día 2 de octubre de 2009.

En los hechos probados, concretamente en el cuarto, se declara que El 27 de octubre de 2009, tuvo lugar una visita a efectos de inspeccionar la zona del Ingeniero de Caminos C. y P. don Javier Velasco Núñez de la empresa ICINCO (Instituto Canario de Investigaciones en la Construcción S.A) recomendada por el Servicio Provincial de Costas de Tenerife para el estudio del área acompañado por el acusado JAVIER RODRIGUEZ RODRIGUEZ con DNI 42091712X, sin antecedentes penales arquitecto técnico adscrito a la Oficina Técnica Municipal. En dicha visita, pudo constatarse la escasa consistencia y estabilidad que seguía teniendo la pared de tierra y piedras que rodeaba la playa, dejándose reflejo en el informe redactado por Francisco Javier Velasco del riesgo de que la pared del acantilado pudiese “caer en cualquier momento” y habiendo dicho tal circunstancia a Don Javier Rodríguez que estuvo presente en la visita a dicho talud sin que conste que éste aconsejara medidas de inmediato más eficaces o se actuara de forma alguna para evitar el riesgo de caídas . Esto fue puesto en conocimiento del Concejal de Seguridad Ciudadana y Alcalde el acusado JUAN DAMIÁN GORRÍN RAMOS y a sabiendas del grave peligro tampoco adoptó medida eficaz alguna diferente a las ya ejecutadas con anterioridad. Ambos por su posición y competencias asumidas, estaban obligados a garantizar y a adoptar las medidas adecuadas en orden a la seguridad de la zona. A pesar de ello, teniendo pleno conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación, y priorizando su voluntad a la consecución de una situación justa, don Juan no dictó resolución alguna ordenando el cierre de la playa, como tampoco acordó vigilar la zona 24 horas ni colocar carteles que avisaran de su peligro.

Sin embargo, dada la modificación de los hechos probados por la apreciación del error en la valoración de la prueba y no quedar probado que tuviera conocimiento de la gravedad y urgencia de la situación debe excluirse también la comisión de este delito.

En consecuencia el motivo del recurso debe ser estimado, lo que lleva a la revocación de todos los pronunciamientos de condena y al dictado de una sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables a su favor, salvo la condena en costas a la acusación particular al no haber méritos para ello.

OCTAVO.- Por último recurre la sentencia la representación procesal de la responsable civil directa, Mapfre rebatiendo los importes fijados en concepto de responsabilidad civil. Ello por entender que no había quedado acreditado que Vanesa Hernández Romero conviviera con sus progenitores, ya que era abogada en ejercicio que vivía independiente de sus padres, tampoco que don Marion fuera viuda en el momento del fallecimiento y porque no procedía imponer un recargo del 30% por daños morales a su patrocinada. También indicó que debía ponderarse la contribución de las víctimas al resultado lesivo así como el pronunciamiento relativo a las costas procesales.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Dado que el pronunciamiento de condena queda sin efecto no procede hacer pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad civil, artículo 109 y siguientes del Código Penal así como artículo 116 LECR por lo que los argumentos de la recurrente relativos al importe de la indemnización carecen de objeto.

En atención a todo lo que antecede, así como por lo dispuesto en las demás normas de general y pertinente aplicación y por la Autoridad conferida por el Pueblo español a través de la Constitución y las Leyes,

FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de JOSE JAVIER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, CELSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, JUAN DAMIAN GORRIN RAMOS revocando los pronunciamientos de condena de cada uno de ellos contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife, acordando, en su lugar, su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables así como la libre absolución de la compañía de seguros MAPFRE, del Ayuntamiento de Santiago del Teide y de la Administración del Estado (Costas), de la responsabilidad civil de que venían siendo acusados con todos los pronunciamientos favorables. Se mantienen el resto de pronunciamientos y se declaran las costas procesales de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y, de haberlas, a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma es firme. Remítase testimonio de dicha resolución al Juzgado de lo Penal que corresponda, con devolución al mismo de sus actuaciones, y, una vez acuse recibo, archívese este rollo

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará unida al Rollo, con inclusión de la literal en el Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia, ha sido dada, leída y publicada, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.