



Roj: **SAP M 9753/2016 - ECLI: ES:APM:2016:9753**

Id Cendoj: **28079370302016100496**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **05/07/2016**

Nº de Recurso: **619/2016**

Nº de Resolución: **488/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ROSA MARIA QUINTANA SAN MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386

Fax: 914934390

GRUPO 3

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0083367

251658240

### **Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 619/2016 M-12**

**Origen** :Juzgado de lo Penal nº 02 de Móstoles

Procedimiento Abreviado 362/2013

Apelante: Octavio , Enma y MINISTERIO FISCAL

ProcuradorDña. MARIA ICIAR DE LA PEÑA ARGACHA y Procurador Dña. ANA DIAZ DE LA PEÑA LOPEZ

Letrado D. JOSE MARIA DE PABLO HERMIDA y Letrado D. ALEJANDRO LOPEZ-ROYO MIGOYA

Apelado: Octavio y Dña. Enma

Procurador Dña. MARIA ICIAR DE LA PEÑA ARGACHA y Procurador Dña. ANA DIAZ DE LA PEÑA LOPEZ

### **SENTENCIA núm. 488/2016**

#### **Magistrados:**

**Mª del Pilar OLIVAN LACASTA**

**Carlos MARTÍN MEIZOSO**

**Rosa Mª QUINTANA SAN MARTÍN (ponente)**

En Madrid, a cinco de julio de dos mil dieciséis.

Este Tribunal ha deliberado sobre los recursos de apelación interpuestos el Ministerio Fiscal, al que se adhirió parcialmente la representación procesal de Enma y otro; y el interpuesto por la representación procesal de Octavio , contra la sentencia dictada por el Magistrado- Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Móstoles el 10 de noviembre de 2014 , en la causa arriba referenciada.

El apelante Helmut Octavio estuvo asistido de abogado, en la persona de D. José María de Pablo Hermida.



## ANTECEDENTES PROCESALES

I. El relato de hechos probados de la sentencia apelada dice así:

"De lo actuado en el juicio resulta, y así, expresamente, se declara probado:

I. A muy pocos días de enero de 2011 el acusado, Octavio , comenzó a regentar un local de negocio sito en Brunete, paseo de Ronda núm. 9, planta baja, que montó como pub, que rotuló al público como Pub Dragón y para el que obtuvo licencia municipal bajo la categoría de <bar especial>.

Accedió al local después de que la explotación de éste la llevara otra persona, también como arrendatario, y entonces realizó en el mismo las adaptaciones que estimó procedentes o de su gusto.

El pub estaba dotado con un equipo de **música**, que contaba con limitador de potencia, y que el acusado hacía funcionar cotidianamente, como un atractivo más para los clientes, pero con el limitador desactivado, por él o por otro, de suerte que muy pronto los vecinos del piso de arriba se sintieron molestos.

El edificio cuya planta baja ocupa el mentado local de negocio no tiene sino una planta justamente encima de él, y se encuentra en zona residencial.

Concretamente la vecina, que no es otra que la aquí acusadora particular Enma , contactó con el acusado, hacia el mes de marzo de 2011, como muy tarde, después de observar como explotaba su negocio, y le hizo ver que el **ruido** que le llegaba de la **música** que ponía en este, amén del billar y del extractor de aire viciado, les impedía dormir, a ella, a su hija menor de edad ( Valle ) y a su compañero sentimental, a la sazón el aquí acusador particular Celestino .

El acusado, después de conocer tales reclamaciones de su vecina, no modificó su conducta, y la vecina, comprobando que de nada le valieron sus quejas ante él, presentó una denuncia manuscrita, en fecha 19 de abril de 2011, en el registro del Ayuntamiento de Brunete, en la que ya exponía, grosso modo, su descontento por los **ruidos** que se le metían en la casa, procedentes del equipo de **música** del pub del acusado, y de otras fuentes, todas derivadas del funcionamiento al público de ese negocio.

A esa denuncia sucedieron varias otras, que insistían una y otra vez en el mismo problema, y que fueron la base de incoación de un expediente administrativo por parte del Consistorio.

En ese expediente acordó el Ayuntamiento que se realizaran estudios, por perito, sobre lo concerniente a las fuentes de **ruido**, y al **ruido** en sí, a los que venimos haciendo referencia. Hasta el 13 de julio de 2011, empero, no entró el perito designado por el Ayuntamiento en el pluricitado local, y en esa oportunidad examinó todo el equipo de **música** del mismo, incluido el aparato limitador.

Por ahí se conoció que el **ruido** procedente del equipo de **música** del pub del acusado, durante los días 1, 2, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 28 y 30 de abril de 2011, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 27, 28, 29 y 30 de mayo de 2011, 1, 3, 4, 5, 10, 12, 18 y 25 de junio de 2011, y 9 y 12 de julio de 2011, superó, en algún momento, los cien decibelios, lo que comportó que la inmisión de ese **ruido** en el dormitorio principal de la vivienda de la acusadora superara los 46 decibelios. El nivel de emisión de **ruido** del equipo de **música** citado, para las fechas indicadas, se quedó, como media, en 89 decibelios.

Igualmente se supo que el **ruido** que emitía el mismo equipo de **música**:

- a) El 23 de abril alcanzó los 94 decibelios durante casi tres horas;
- b) El 30 de abril alcanzó los 93,2 decibelios durante una hora;
- c) El 8 de mayo alcanzó los 93,6 decibelios durante más de una hora;
- d) El 12 de junio alcanzó los 92,6 decibelios por más de una hora.

Por esas cuatro medidas resultaron inmisiones de **ruido** en el dormitorio principal de la vivienda de Enma que superaron los 25 decibelios, y sucedieron en horario entre las 23 horas y las 7 horas del día inmediato siguiente.

II. Los referidos Celestino , Valle y Enma eran los moradores de la vivienda ubicada justo encima del local de negocio que, como se viene diciendo, explotaba el acusado como Pub Dragón.

Como consecuencia de los **ruidos** mencionados, los tres sufrieron las siguientes lesiones:

- a) Valle , ansiedad, con trastorno del ritmo del sueño y labilidad emocional, con somatizaciones, de lo que curó, no sólo con una primera asistencia facultativa, sino también con tratamiento médico, y farmacológico, en el plazo de sesenta días, ninguno de ellos impeditivo para sus ocupaciones habituales, y restándole como secuela un trastorno neurótico;



b) Celestino , ansiedad, insomnio y depresión, de lo que curó, no sólo con una primera asistencia facultativa, sino también con tratamiento médico especializado en salud mental, y con terapias de apoyo, en el plazo de 60 días, ninguno de ellos impeditivo para sus ocupaciones habituales, y restándole, como secuela, un trastorno neurótico; y

c) Enma , ansiedad, trastorno del ritmo del sueño, de lo que curó no sólo con una sola asistencia médica, sino también con tratamiento médico, especializado en salud mental, y con terapia de apoyo, en el plazo de 78 días, ninguno de ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole, como secuela, un trastorno neurótico".

La resolución impugnada contiene el siguiente fallo:

A) Que debo condenar y condeno al acusado Octavio , con D. N.J. núm. NUM000 , como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, previsto y penado en el artículo 325 del Código Penal , arriba definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, (a) a la pena de prisión por tiempo de dos años y nueve meses; (b) a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese mismo periodo; (c) a la pena de multa por tiempo de doce meses, con cuota diaria de seis euros, y aplicación, si impago, del artículo 53.1 del Código Penal (un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas); y (d) a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del oficio de regente o encargado de bar, restaurante, pub y negocios análogos, por el tiempo de un año y seis meses.

B) Que debo condenar y condeno al acusado Octavio , con D. N.I. núm. NUM000 , como autor responsable de tres delitos de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.1 del Código Penal , sin la Concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por cada uno de ellos, de prisión por tiempo de seis meses y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

C) Que debo condenar y condeno al acusado Octavio , con D.N.I. núm. NUM000 , en el ámbito de la responsabilidad civil, a pagar

a) A la acusadora Enma , la suma de 9500 euros,

b) Al acusador Celestino , la suma de 5800 euros;

c) A Valle , hija de la acusadora, la suma de 4400 euros.

En los tres casos de principal, más los intereses, computados de conformidad con lo establecido en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento Civil .

D) También le debo condenar y le condeno al acusado Octavio al pago de las costas generadas por el presente proceso penal, incluidas las que se debieren a la acusación particular".

II. La parte apelante, EL Ministerio Fiscal, interesó que se anulara la sentencia y la devolución de las actuaciones al juzgado de procedencia a fin de que dicte nueva resolución ajustada a derecho. Subsidiariamente, la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra sondeando por la conducta subsumible en el segundo inciso del artículo 325 del CP .

Al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se adhirió la representación procesal de Enma y otros pero solo en el sentido de que la pena a aplicar al acusado es la mitad superior del artículo 325 del CP .

A la estimación del recurso se opuso la representación procesal de Octavio .

III. El también apelante, Octavio , solicitó la revocación de la sentencia y el dictado de otra absolutoria. Subsidiariamente, que se redujera el número de delitos de lesiones a dos y se le absolviera por las lesiones de Valle ; que se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas y se le imponga la pena de dos años de prisión; que se aprecie la existencia de concurso medial entre el delito del artículo 325 y los dos delitos de lesiones y se calcule la pena a imponer conforme a los criterios del artículo 77 CP

El Ministerio Fiscal y la representación procesal de Enma y otros se opusieron a la estimación del recurso.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los que constan relatados en la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . - El delito contra el medio ambiente del artículo 325.1 del Código Penal , en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos, es decir, tras la reforma por LO. 5/10, establecía que " *será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años (frente a los seis meses a cuatro años de la anterior regulación), multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior* ". Este delito, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pasa a ser un tipo agravado. El nuevo tipo básico no requiere un grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, basta que la actividad contaminante por si misma o conjuntamente con otras, cause o pueda causar daños sustanciales en la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

Según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 916/08 de 30 de diciembre , el precepto entonces vigente requiere, como indica, la concurrencia de los siguientes elementos:

1º) Uno de naturaleza **objetiva** que por exigencias típicas descriptivas ha de consistir en la provocación o realización directa o indirecta, de alguna de las actividades aludidas en el precepto (en el caso **ruidos**), realizadas sobre alguno de los elementos del medio físico también enumerados (atmósfera, suelo, subsuelo, o aguas terrestre, marítimas o subterráneas).

2º) En segundo lugar, la **infracción de una norma extrapenal** , elemento normativo igualmente exigido de manera explícita en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades.

3º) Creación de una **situación de peligro grave** para el bien jurídico protegido.

Las irregularidades administrativas no constituyen ni dan vida sic et simpliciter al delito medio ambiental ( sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.118/05 de 26 de septiembre ).

Por otra parte, el delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial ( sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2.002 ; 1 de abril de 2.003 ; 24 de junio de 2.004 ; 27 de abril de 2.007 ; 20 de junio de 2.007 ), "a medio camino entre el peligro concreto y abstracto" ( sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2.004 ), en el que "no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más; **que la conducta sea potencialmente peligrosa** ; lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta; esto es, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2.004 , debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo (...) es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

El art. 325 exige como elemento de tipicidad, la **gravedad del peligro** a que se somete al **equilibrio de los sistemas naturales** , o en su caso, **a la salud de las personas** . De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas.

Desde la jurisprudencia se han proporcionado criterios que permiten otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 96/02 de 30 de enero , decía que "esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor ( sentencia del Tribunal Supremo núm. 105/99 de 27 de enero ; en el mismo sentido STS 96/02, de 30 de enero , 81/08, de 13 de febrero )". La valoración que hace el tribunal es inmune (...) en lo que dependa de la inmediatez, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código Penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro".

En la sentencia del Tribunal Supremo núm. 194/01 de 14 de febrero , se afirmó, en el mismo sentido que "el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba (...). Parece



seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2.003 señala por su parte, que para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho Penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho Penal.

El propio artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Y "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

El **ruido** aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código de 1.995, a diferencia del texto derogado, como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas (...).

4º) Tipo **subjetivo** : actuación dolosa.

En la sentencia de 19 de mayo de 1.999 dijo el Tribunal Supremo que el "conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto".

Aplicando lo expuesto al presente supuesto, debemos dar la razón al Ministerio Fiscal cuando sostiene que el precepto a aplicar, conforme al relato de hechos de la sentencia de instancia, es el segundo inciso del artículo 325 del Código Penal pues consecuencia de las **ruidos** emitidos en el establecimiento que explotaba el acusado se produjo un grave riesgo para la salud de las personas que residían en la vivienda inmediatamente superior al pub del que provenían, materializado en lesiones causadas a Valle (trastorno del ritmo del sueño y labilidad emocional, con somatizaciones); a Celestino (ansiedad, depresión e insomnio) y a Enma (ansiedad y trastorno del ritmo del sueño), por las que todos ellos precisaron tratamiento médico y farmacológico.

Así pues, procede estimar **el recurso del Ministerio Fiscal**, al que se adhirió Enma y otros, para revocar la sentencia en el sentido indicado, sin necesidad de declarar la nulidad de la sentencia dictada en la instancia con retroacción de las actuaciones para que el juez "a quo" dicte otra en el sentido que se interesa y se acuerda por la Sala. Pues no incurre la resolución que se recurre en apelación en contradicción con los hechos probados sino que efectúa una errónea interpretación del tipo en el que se subsumen los mismos, susceptible de corrección en la segunda instancia desde el respeto al relato de hechos probados de la misma y al tratarse de una cuestión netamente jurídica.

Así, de no concurrir como elemento de tipicidad la gravedad del peligro (a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las persona), de no alcanzar ese nivel, el comportamiento sólo podría dar lugar, en su caso, a sanción administrativa, sería atípico, no subsumible en el primer inciso del artículo 325, como se hace en la instancia. Alcanzándose este nivel, como ocurre en el caso, necesariamente ha de aplicarse el inciso segundo del artículo 325, que exige imponer la pena en su mitad superior.

**SEGUNDO** .- Y lo expuesto con anterioridad determina la desestimación del recurso formulado por **Octavio** en cuanto a la solicitud de revocación de la sentencia y el dictado en su lugar de otra absolutoria, basado en vulneración de la presunción de inocencia y error en la apreciación de la prueba, que concreta, en síntesis, en negligencia de las acusación por ausencia de mediciones reales en la vivienda y nulidad de las efectuadas con el limitador por ser del local y carecer tal limitador del control metrológico del Estado.

Debemos decir con carácter previo, como ya hemos reiterado en otras resoluciones, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 16/2/1989 , 3/10/1989 , 28/11 de 1989 y 4 de



julio de 1989 , por regla general son conceptualmente incompatibles la alegación conjunta de error de hecho y vulneración del principio de presunción de inocencia, por cuanto denunciar un error es partir de la existencia de pruebas de cargo y lo que realmente constituye la esencia del derecho a la presunción de inocencia es la constatación de una prueba de cargo en la causa que pueda ser reputada suficiente y obtenida en forma regular en la acepción procesal sometida a los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

En síntesis, si se denuncia inexistencia de mínima actividad probatoria constitucional y directamente relacionada con el objeto realmente investigado, mal puede después hablarse de equivocación en la valoración de una prueba que se dice inexistente.

Con objeto de evitar cualquier tipo de indefensión a la parte y dando respuesta a la supuesta falta de prueba, se debe significar que contrariamente a lo indicado en el recurso existe prueba suficiente y legalmente obtenida que acredita la comisión por parte de Octavio del delito contra el medio ambiente por contaminación acústica, aún cuando no se cuente con mediciones del **ruido** en el interior de la vivienda con aparatos sonométricos, y las mismas han sido correctamente valoradas.

Así, de la documental aportada a la causa no se desprende otra cosa que una incesante actividad de denuncia por parte de Enma . Inicialmente ante quien consideraba causante de las insoportables molestias por **ruidos** de todo tipo que provenían desde enero de 2011 del local de negocio Pub Dragón, sito en la planta baja del Paseo Ronda nº 9 de Brunete, explotado precisamente por Octavio y que estaban sufriendo ella, su hija menor de edad y su compañero sentimental al situarse la que constituía su vivienda familiar en el piso inmediatamente superior al citado Pub. Al no obtener de él una respuesta satisfactoria formuló una primera denuncia el 19 de abril de 2011 en el Ayuntamiento de Brunete. A esta siguieron otras muchas denuncias ante el Ayuntamiento por idéntica causa, más de 30 en el periodo comprendido entre esta inicial y el 20 de diciembre de 2011 (folios 14 a 55 de la causa).

A través del informe emitido por el perito Gustavo , Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones designado por el Ayuntamiento de Brunete para la evaluación de la transmisión del **ruido** ambiental del Pub Dragón a la vivienda situada en la primera planta, sobre la planta baja en la que se encuentra el local dedicado a bar, se ha obtenido el convencimiento de que se superaron en el interior de la vivienda sita en la primera planta los límites legales: **40 dBA** para el horario diurno y de tarde y **30dBA** para el horario nocturno, límites establecidos por el RD 1367/2007 (aplicado ya el coeficiente corrector previsto en su artículo 25 para supuesto en los que, como el presente, la emisión de **ruidos** no es constante y permanente -a diferencia de lo que, por ejemplo, ocurriría en un fábrica de producción ininterrumpida en la que el nivel de **ruido** permitido se reduciría en cada supuesto en 5 dBA, en lo que los tres peritos coinciden). Tales datos se obtuvieron a través de los ensayos realizados el 13 de julio de 2011 en el local directamente y a través de las mediciones registradas por el limitador acústico del que disponía el equipo de **música** del Pub en el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2011 a la fecha del volcado de datos, 13 de julio de 2011, como hemos dicho. Las características del limitador son las siguientes: limitador CESVA LRF-04, número de serie T222312, registradores sonométricos acústicos que funcionan mediante sensor y detectan incidencias por exceso de nivel de presión sonora programado para el recinto en cuestión, desconexiones en la red y cualquier manipulación del sensor. Fue volcada la información registrada en el limitador por el perito el día 13 de julio de 2011, registraba las mediciones correspondientes, al menos, a 60 días antes y los datos registrados se obtuvieron informáticamente. La limitación había sido expresamente programada el 23-03- 2007 por el perito citado a petición del Ayuntamiento con la finalidad de proteger a la vivienda sita en la planta superior del pub de la emisión del **ruido** de le precedente. Detectó el perito que dicho limitador, a cuya instalación o programación interior nadie salvo él podía acceder por contar en exclusiva con la clave para ello, estaba "puenteado" no a través de la propia instalación sino del chaveado, simplemente desconectando el cable de la mesa de mezclas, lo que necesariamente exige una actividad humana. Incluso con tal manipulación se detectó que el **ruido** transmitido al dormitorio de la vivienda, producido por el extractor de aire del local, era de 34dBA por lo que no cumplía con el horario nocturno; que el **ruido** transmitido al patio del local, producido por el funcionamiento del extractor de aire es de 62dBA, no cumpliendo con el horario diurno de tarde y nocturno.

Y claro que no es de aplicación e l Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida, precisamente porque el limitador CESVA LRF-04, número de serie T222312, no es un instrumento de medida sino de almacenamiento y registro sonográfico de los niveles sonoros existentes en el interior de la actividad sonora que se limita, en el caso el equipo de **música** con el que cuenta el pub.

El perito Ramón , que efectuó junto al Sr. Gustavo la medición del sonido in situ en el local y después en la vivienda afectada el 13 de julio de 2011, ratificó la realidad de la manipulación del limitador y efectuó además una traslación de los datos registrados en dicho limitador que arrojó resultados de una inmisión del **ruido** en el dormitorio principal de la vivienda que superaba los 46 dBA. Así, durante los días 1, 2, 7, 8,



9,10,12,13,14,15,16,17,18, 20, 21, 23, 24, 28 y 30 de abril de 2011; 3, 4, 7, 8,13,14,15,18,19,20,21,27, 28, 29 y 30 de mayo de 2011; 1, 3, 4, 5,10,12,18 y 25 de junio de 2011; 9 y 12 de julio de 2011 se comprobó una emisión en el interior del local que superó en algún momento los cien decibelios lo que generó una inmisión de ese **ruido** en el interior de la vivienda, concretamente en el dormitorio principal, que superaba los 46 decibelios. Y, en concreto, el 23 de abril el **ruido** que emitía dicho equipo de **música** alcanzó los 94 decibelios durante casi tres horas; el 30 de abril los 93,2 decibelios durante una hora; el 8 de mayo los 93,6 decibelios durante más de una hora y el 12 de junio los 92,6 decibelios durante más de una hora.

Qué duda cabe que hubiera sido lo deseable contar con mediciones exactas los días citados, tanto del sonido en el interior del local como después su repercusión o inmisión en la vivienda, no con los resultados ofrecidos por la traslación, no exenta de una cierta especulación -eso sí, efectuada por técnicos- de los datos registrados en el limitador. Pero como los peritos afirmaron, la manipulación del limitador fue a la baja; las inmisiones detectadas en la vivienda superaron notoriamente los límites permitidos; y, las conclusiones alcanzadas por los dos peritos citados en modo alguno pueden quedar minoradas por las conclusiones de perito de parte Sr. Pedro Jesús . Porque dicho perito no acudió al pub en cuestión ni por tanto vio y el local ni la vivienda afectada. Y, lo que es más relevante, porque según recalcó el perito Sr. Gustavo , el espectro sonoro empleado por dicho perito -un espectro de emisión de 100 decibelios que a su juicio no excedería de los 30 decibelios de inmisión en la vivienda- en absoluto se correspondía con el adecuado. Explicó Gustavo que un espectro de emisión de 100 decibelios como aquel al que se refirió el perito de parte se equipararía, en sonido, con una obra en la que se empleara un martillo neumático "a toda pastilla" o un concierto de rock "con batería y todo", lo que provocaría en la vivienda una inmisión muy superior a los 30 decibelios. Que en realidad el espectro empujado por Don Pedro Jesús no tenía nada que ver con la **música**, se correspondía con siseos o silbidos.

Así pues, ha resultado acreditado a través de la abundante prueba practicada que el comportamiento objeto de enjuiciamiento tuvo ese plus que justificó la intervención del derecho penal pues se ha constatado que los **ruidos** superaban reiteradamente y pese a los mecanismos adoptados por el Ayuntamiento para evitarlo claramente el nivel de lo permisible y además tal conducta generó un grave peligro para la salud de las personas, en el caso con resultado lesivo para los tres moradores de la vivienda, como se constata mediante la abundante documentación medica relativa a la menor Valle y sus progenitores Celestino y Enma , no cuestionadas. Si la relación causal existente entre el **ruido** proveniente del pub y dicho resultado lesivo para los moradores de la vivienda de referencia, en base a que aduce el apelante que no se ha acreditado la superación de los límites legales del **ruidos**, superación que, como hemos dicho ha resultado acreditada. Po último, las fotografías unidas a los folios 547 y 548 revelan que el dato de que la medición de la inmisión del sonido en la vivienda solo se llevara a cabo en el dormitorio principal es irrelevante e impide excluir por ello la relación casual con las lesiones que sufrió Valle , que no dormía en tal habitación. Primero, por **ruidos** no solo se generaban en periodos de sueño -como hemos dicho- pues se detectaron múltiples excesos en horario de tarde y noche. El pub ocupaba toda la parte baja de la vivienda por lo que las inmisiones se propagaban a todo el domicilio, también a la habitación en la que dormía Valle .

**TERCERO** .- En el caso, además de la condena por la producción de **ruidos** excesivos procedentes del Pub debe procederse, como se ha hecho en la instancia, a la condena de Octavio por cada uno de los tres delitos de lesiones debido a que los perjudicados por las inmisiones ruidosas sufrieron ansiedad, trastorno del ritmo del sueño, insomnio, depresión, para cuya curación precisaron tratamiento médico especializado en salud mental de forma prolongada en el tiempo.

Pero asiste la razón al recurrente cuando sostiene que nos encontramos en presencia de un concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente -como es el caso-, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código Penal , como tiene reconocido el Tribunal Supremo (SS. 10/oct/2000 , 11/jun/2001 ). En estos casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones pues, en tal caso, se sancionaran las infracciones por separado, cuestión que abordaremos posteriormente toda vez que con carácter previo analizaremos si concurre o no la atenuante de dilaciones indebidas como simple.

**CUARTO** .- No cabe apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

Debemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2014 , ponente Alberto Jorge Barreiro, pues determina los parámetros en los que debe sustentarse la apreciación, en su caso, de la circunstancia invocada:

1.- La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente



atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional - derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional - traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante.

2.- De otra parte, se ha advertido en algunos precedentes de este Tribunal que la obligación de denunciar las dilaciones indebidas con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de la inactividad procesal. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que provienen de su propia naturaleza ( SSTS 1497/2002, de 23-9 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 269/2010, de 30-3 ; y 590/2010, de 2-6 ).

Sólo queda añadir, por último, que no puede configurarse como verdadero artículo de previo pronunciamiento, cuya omisión en el trámite previsto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal provoque la preclusión de su invocación a efectos de apreciación por el tribunal. Ni figura en el catálogo del artículo 666 del mismo texto legal , ni pasa de ser una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (artículo 21.6) que perfectamente puede exponer la defensa como alegato legítimo.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo del mismo ponente, nº 1035/2013, de 9 de enero , dice cuáles son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante: "Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3 )".

El fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005 ). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6 ).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6 <sup>a</sup> las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Por consiguiente, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes:

- 1) que la dilación sea indebida;
- 2) que sea extraordinaria; y



3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

El apelante Octavio considera que debe apreciarse la atenuante simple de dilaciones indebidas porque han transcurrido seis meses desde la celebración del juicio oral hasta la sentencia, vulnerando lo establecido en el artículo 789.1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal .

Pero, a la vista de los datos y argumentos anteriores, estimamos que el recurso en este punto no debe estimarse.

El periodo de paralización para el dictado de la sentencia, se celebra el juicio oral el 30 de mayo de 2014 y no se dicta sentencia hasta el 10 de noviembre de 2014, qué duda cabe excede con creces el plazo de cinco días que otorga el artículo 799.1 de la Ley Procesal Penal . Aun así, el Tribunal Supremo ha apreciado la atenuante simple en supuestos de paralización completa durante periodos tales como un año y medio aproximadamente ( STS 388/2013, de 7 de mayo ); dieciséis meses (STS 211/3013, de 8 de marzo); diecinueve meses ( STS 122/2013, de 15 de febrero ); demora de cinco años y medio desde su inicio hasta la resolución de instancia de un asunto de sencilla tramitación ( STS 113/2013, de 11 de febrero ); etc. Y esta Sección, con carácter general, no aprecia o no otorga los efectos que se pretenden a las paralizaciones por periodos dilaciones de hasta un año (superiores a un año y hasta tres permitiría apreciar la dilación como simple). No nos encontramos en tal supuesto y además debemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremos 327/2016, de 20 de abril de 2016 en la que se decía "A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que la tramitación de una causa penal no consiste en la sucesión ininterrumpida de trámites procesales yuxtapuestos de manera que cada uno venga seguido de forma inmediata por el siguiente. Por el contrario, ordinariamente, y en función de la complejidad de los hechos investigados, el desarrollo correcto de la tramitación requiere de la dedicación de tiempo de reflexión y estudio antes de la toma de decisiones así como de las gestiones necesarias para hacerlas efectivas".

En el caso la dilación para el dictado de la sentencia de instancia, aunque excesivo, es comprensible por la relativa complejidad del asunto y por si solo es insuficiente para justificar la apreciación de la atenuante que se interesa.

#### QUINTO .- Determinación de la pena.

Por el delito contra el medio ambiente (castigado en su tipo básico con será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años) imponemos a Octavio dichas penas pero en la mitad superior, al ser de aplicación el segundo inciso, y en su mínimo; por tanto, le imponemos las penas de: tres años, seis meses y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena; dieciséis meses multa -con la cuota fijada en la instancia de seis euros- o responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas y dos años de inhabilitación especial para el ejercicio del oficio de regente o encargado de bar, pub, restaurante o negocio análogo .

Respecto de los tres delitos de lesiones, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, obliga a la revisión de oficio de la pena impuesta en la instancia (seis meses de prisión por cada uno de los delitos), de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena letra a) de la citada Ley Orgánica, al ser la pena prevista en el actual artículo 147.1 del Código Penal más beneficiosa que la del derogado y en vigor en la fecha de los hechos pues aquel castigaba el ilícito con pena de prisión de seis meses a tres años y el actual con pena de prisión de tres meses a tres años **o multa de seis a doce meses** procediendo imponer al recurrente la pena de multa -por ser más beneficiosa que la privativa de libertad, ser posible su pago aplazado e incluso la revisión de la cuota- y en concreto al mínima de SEIS meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas.

Presupuesto lo anterior, concluimos que resulta más beneficiosa la punición de las conductas por separado. Porque, de castigar por la infracción más grave en su mitad superior (artículo 77. 2), delito contra el medio ambiente, la pena mínima a imponer sería la de cuatro años, tres meses y un día de prisión. Penando las infracciones por separado resultarían más beneficioso pues la pena privativa de libertad por el delito contra el medio ambiente sería la de tres años, seis meses y un día de prisión y, por cada uno de los delitos de lesiones, la pena de SEIS meses multa.



**SEXTO** .- No apreciándose temeridad o mala fe en la interposición del recurso de apelación, procede declarar de oficio las costas de esta segunda instancia.

## ACUERDO

Se **ESTIMA** parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, al que **parcialmente se adhirió** la representación procesal de **Enma y otros**, contra la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2014 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Móstoles que **revocamos parcialmente** en el sentido de apreciar el grave perjuicio para la salud.

Se **ESTIMA PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal **de Octavio** contra la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2014 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Móstoles en el sentido de apreciar la existencia de concurso medial de delitos.

Imponemos a **de Octavio**, por los delitos en concurso indicados, las siguientes penas:

a) Por **el delito contra el medio ambiente** las penas de **tres años, seis meses y un día de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena; **dieciséis meses multa con cuota diaria de seis euros** o responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas y **dos años de inhabilitación especial para el ejercicio del oficio de regente o encargado de bar, pub, restaurante o negocio análogo**.

b) **Por cada uno de los tres delitos de lesiones** a la pena, de **SEIS meses multa con cuota diaria de 6 euros** y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas.

Mantenemos el resto.

Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí el Secretario, de lo que doy fe.