

Roj: **STS 2121/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2121**Id Cendoj: **28079120012016100407**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/04/2016**Nº de Recurso: **1906/2015**Nº de Resolución: **370/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MU 1589/2015,**  
**STS 2121/2016**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, de fecha 2 de julio de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, el Ministerio Fiscal y el acusado Agapito, representado por la procuradora Sra. Abad Salcedo. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Molina de Segura instruyó Procedimiento Abreviado 16/12, por delito contra el medio ambiente por contaminación acústica contra Agapito, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia cuya Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala 62/13 sentencia en fecha 2 de julio de 2015 con los siguientes hechos probados:

*"Primero .- Se estima probado, y así se declara que el acusado Agapito, nacido el NUM000 de 1950 y sin antecedentes penales, desarrollaba en calidad de arrendatario la explotación del "Bar Jardín", emplazado en la planta baja del núm. 6 de la calle Alejandro Medina, en la localidad de Archena, para cuyo giro y tráfico contaba con licencia de "café-bar", concedida el 11 de abril de 1995 y con los demás datos que obran al folio 175 de la causa.*

*Para hacer efectiva esta ambientación, instaló en el bar equipos musicales creando emisiones sonoras que por su importancia e intensidad perturbaban el sosiego y habitat familiar tanto de doña Edurne, como de su hija doña Emilia, su esposo don Estanislao y su también hija doña Flora, familiares que acudían a visitar, cuidar o interesarse por su madre, que por hallarse diagnosticada de Alzheimer, esas emisiones pudieran influir en su caso también negativamente en sus precarias condiciones psico-somáticas.*

*De este malestar y desasosiego fueron conscientes doña Emilia y su esposo, con su presencia en la vivienda, y doña Flora ordinariamente por quejas telefónicas y nocturnas de su madre a su casa en Mazarrón.*

*Los familiares dirigieron admoniciones al acusado para la moderación del volumen sonoro en horario nocturno, entreveradas de negociaciones frustradas para revisar el clausulado del régimen locaticio, y de la promoción por aquéllos de dos litigios civiles.*



A partir de finales de 2008, al no ver atendidas por el acusado las quejas que suscitaba el volumen de la música del bar durante la madrugada, y que personalmente le transmitían, comenzaron a impetrar el auxilio de las autoridades municipales a través de llamadas telefónicas a las dependencias municipales de la guardia urbana, registrándose las siguientes intervenciones:

- En fecha de 25 de diciembre de 2008, día de Navidad, los agentes de Policía Local NUM001 y NUM002, acudieron al domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, vivienda de Edurne, y constaron que el ruido procedente del local se percibía bastante fuerte en la vivienda y que se propagaba por vía estructural.
- En fecha de 16 de mayo de 2009, sobre las 1.50 horas del día, el Cabo de la Policía Local nº NUM005, en unión del Agente nº NUM006, en la Vivienda sita en la C/ DIRECCION000 NUM003, piso NUM004, se escucha la música proveniente del Bar Jardín, especialmente en uno de los dormitorios, transmitiéndose el ruido por vía estructural. A su vez, esos agentes comprobaron que el local poseía licencia de Café Bar, pero que, según su criterio, no disponía de la licencia de Bar especial musical que le habilitara para hacer uso de equipo musical además de que carecía de insonorización y doble puerta estanca.
- Como consecuencia de tal denuncia, el Excmo. Ayuntamiento de Archena, en fecha de 23 de junio de 2009, inició el Expediente Sancionador en materia de Medio Ambiente nº 25/09, acordándose la adopción de medida cautelar consistente en suspensión temporal de actividades que consistan en la emisión o reproducción de sonido por cualquier medio durante el plazo de tramitación del expediente administrativo, acordándose en consecuencia el precinto de los aparatos reproductores de sonido cualesquiera que sean. Dicha resolución fue notificada al acusado en fecha de 6 de agosto de 2009.
- En fecha de 14 de noviembre de 2009, sobre las 1.25 horas, ante la llamada de una vecina que le molestaba la música del Bar Jardín, los agentes de la Policía Local nº NUM002 y NUM007 constataron que, a pesar de la existencia de la medida cautelar, el local se encontraba abierto al público con música puesta.
- En fecha de 17 y 18 de noviembre de 2009, sobre las 1.00 horas, ante la llamada de una vecina que le molestaba la música del Bar Jardín, los agentes de la Policía Local nº NUM008 y NUM009 constataron que, a pesar de la existencia de la medida cautelar, el local se encontraba abierto al público con música puesta.
- En fecha de 16 de diciembre de 2009, sobre las 1.15 horas, a requerimiento de Flora, hija de Edurne, con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, los agentes núm. NUM010 y NUM011, comprobaron como el local tenía la música puesta y ésta se percibía desde el interior de la vivienda.
- En fecha de 18 de diciembre de 2009, sobre las 1.15 horas, a requerimiento de Flora, hija de Edurne, los agentes nº NUM012 y NUM010, comprobaron como el local tenía la música puesta y ésta se percibía desde el interior de la vivienda.
- En fecha de 25 de diciembre de 2009, a requerimiento de Emilia, hija de Edurne, los agentes de la Policía Local NUM005 y NUM013 acudieron las 3.30 horas al domicilio sito en el primer piso de la C/ DIRECCION000 nº NUM003, comprobando que el local tenía la música puesta, apreciándose fuertemente en toda la vivienda, observando que en la habitación principal vibraba el suelo y la pared. En esta ocasión los agentes realizaron una medición sonométrica que arrojó niveles de inmisión sonora por encima de los permitidos por la Ordenanza Municipal.
- En fecha de 1 de enero de 2010, a requerimiento de Emilia, hija de Edurne, los agentes de la Policía Local NUM002, NUM012 y NUM014 y NUM015 acudieron las 4.00 horas al domicilio sito en el primer piso de la C/ DIRECCION000 nº NUM003, comprobando mediante medición sonométrica que los niveles de inmisión sonora procedente de la música del "Bar Jardín" estaba por encima de los permitidos por la Ordenanza Municipal; en concreto, se midieron en habitación principal 49'3 dB (A) cuando el máximo permitido es de 35 dB(A). En fecha de 5 de enero de 2010, sobre las 23.50 horas, a requerimiento de Estanislao, yerno de Edurne, con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, los agentes nº NUM002 y NUM016, comprobaron como el local tenía la música puesta a pesar de la medida cautelar acordada por resolución municipal nº 1637 de 236-2009 en la que se impone la suspensión temporal de actividad que emita o reproduzca sonido.
- Ante las molestias de la música originada en la vivienda de Edurne por el Bar Jardín, en fecha de 20 de febrero de 2010, sobre las 2,30 horas, Flora, hija de Edurne solicitó la presencia policial, acudiendo los agentes nº NUM002 y NUM013 que comprobaron que el local tenía la música funcionando a pesar de la citada resolución municipal.
- Por encargo de Edurne, la empresa ATISAE, por medio del Ingeniero Técnico D. Luis Pedro, en fechas de 16 y 17 de enero de 2010, en horario nocturno, se realizaron varias mediciones sonométricas que arrojaron un valor en dormitorio principal de 40'2 dB(A) incumplándose la Ordenanza Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Archena en materia de ruidos y vibraciones cuyo máximo está fijado en 35 dB(A) en horario nocturno.



Segundo.- Durante el mes de marzo de 2010, la propietaria y arrendadora, bien personalmente o, por su delicado estado de salud, a través de sus descendientes directos, emprendió negociaciones orientadas a imprimir un cambio de rumbo y un radical replanteamiento a los vínculos contractuales que le ligaban con el acusado.

Estos designios negociales tomaron cuerpo en el nuevo diseño contractual que plasma en el contrato de arrendamiento calendado el 1 de marzo de 2010, que se somete sin éxito a la firma del acusado y uno de cuyos ejemplares está incorporado a la causa.

Se pactaba en esta convención una renta o merced de 600 ? mensuales y se elevaban a condición esencial del negocio jurídico la expiración del régimen locaticio a los 6 meses de la jubilación del arrendatario, término de gracia que se le concedía para facilitarle la retirada de enseres y mobiliario y, transcurrido el cual, se comprometía a dejar libre, vacuo y expedito el local, sin que ninguna persona física o jurídica, vinculada al arrendatario por relación de parentesco o cualquier otra, pudiera continuar en la explotación del negocio, estipulándose que el incumplimiento de esta cláusula atraería secuencia indemnizatoria que se cifraba en la suma de 50.000 ?.

El 10 de octubre de 2010 se presentó a la firma del acusado un nuevo convenio, también unido a la causa, por el que las partes acordaban la resolución del contrato de arrendamiento, y convenían la permanencia del locatario en el local en calidad de precario, sin obligación de abonar renta a la propiedad, hasta el 10 de octubre de 2010.

El acusado rehusó autorizar con su firma los documentos que se le ofrecieron.

En autos de Juicio Verbal 1189/10, promovidos por la Sra. Edurne contra el acusado, el Juzgado de 1ª Instancia núm. Uno de Molina de Segura dictó el 25 de enero de 2011 sentencia por la que estimaba la demanda introductoria, y las acciones resolutorias y de desahucio que con ella se ejercitaban, condenando en rebeldía al demandado a desalojar el local.

El 28 de febrero de 2013 la Sección Cuarta de esta Audiencia dictaba sentencia por la que se estimaba, por razones procesales, el recurso de apelación interpuesto por el acusado, declaraba nulidad de actuaciones a partir del emplazamiento y devolvía los autos al Juzgado para celebración de nuevo juicio.

Hay también constancia documental de haberse promovido litigio por la propietaria en ejercicio, sin éxito, de acción resolutoria por alteración in consentida de elementos estructurales del local.

Tercero.- El 8 de febrero de 2011 se incoó expediente sancionador por los hechos que se dejan consignados en el primer ordinal de este relato.

Por resolución de fecha 14 de mayo de 2012 se declaró su caducidad y archivo.

El 12 de abril de 2012, el Ministerio Fiscal solicitó que se recabara informe del Ayuntamiento de Archena sobre la existencia de autorización para la reproducción de música, y la remisión de actuaciones practicadas a raíz de las mediciones efectuadas.

El 13 de septiembre volvía a reiterar esos informes, ante la imprecisión y ambigüedad de la respuesta emitida el 17 de mayo de 2012.

En parte de asistencia extendido por la sanidad pública el 19 de febrero de 2010 a Dña. Edurne, se hace constar: "Paciente que a raíz de problemas de niveles altos de ruido donde vive (local de copas debajo de su casa) presenta insomnio e inestabilidad, precisando tratamiento".

El médico forense informó que los niveles altos de ruido pueden actuar como mecanismo desencadenante o agravante de la patología neuro-degenerativa reactiva, si bien en el caso concreto de la Sra. Edurne señala que no fue posible un reconocimiento específico sobre la influencia que le ocasionaba directamente el ruido (folios 153, a mitad de página), siendo el resto de su informe de carácter generalista.

El 30 de marzo de 2014 se procedió a nueva emisión sonométrica que arrojó 42,26 dB, incoándose nuevo expediente sancionador .

Las doctoras Adelina, médico de cabecera, y Delfina, médico forense, confirmaron que la Sra. Edurne fue ya diaglósticada en 2003 de patología neurodegenerativa (Alzheimer) asociada a síndrome ansioso-depresivo reactivo.

Doña Edurne falleció ya iniciado el procedimiento.

Cuarto.- El devenir procesal de los presentes autos ha sido el siguiente:

- el 15 de abril de 2010 se formula la denuncia.
- El 10 de agosto de 2010 se incoan Diligencias Previas.
- El 17 de septiembre de 2010 se dicta Providencia de personación.

- El 20 de octubre de 2010 se procede a la declaración del imputado.
  - El 26 de octubre de 2010 la acusación particular solicita la práctica de diligencias.
  - El 27 de octubre de 2010 se solicita la práctica de más diligencias
  - El 4 de abril de 2011 se solicitan más diligencias
  - El 31 de agosto de 2011 se procede a la citación de la denunciante
  - El 20 de octubre de 2011 comparece el médico forense.
  - El 19 de diciembre de 2011 se procede a la citación por segunda vez de la denunciante enferma.
  - El 27 de enero de 2012 el médico forense pide aclaración.
  - El 13 de febrero de 2012 se presenta informe.
  - El 13 de septiembre de 2012 el Ministerio Fiscal solicita diligencias.
  - El 6 de marzo de 2013 se acuerda en Providencia.
  - El 19 de abril de 2013 el Ministerio Fiscal solicita más diligencias.
  - El 22 de abril de 2013 se provee.
  - El 10 de mayo de 2013 se acuerda su unión y traslado.
  - El 6 de junio de 2013 el Ministerio Fiscal solicita más diligencias.
  - El 18 de septiembre de 2013 ingresa la causa en esta Sección Segunda.
  - El 16 de octubre de 2013 se dicta el Auto de Admisión de Pruebas.
  - El 12 de noviembre de 2013 se produce el fallecimiento y se tramita la sucesión procesal.
  - El 31 de enero de 2014 se dicta diligencia manteniendo el señalamiento del juicio ordinario.
  - El juicio oral se celebró en las fechas previstas, es decir, en sesiones comprendidas entre el 12 y 19 de noviembre de 2014 quedando los autos vistos para sentencia.
  - El 26 de marzo de 2015, el Presidente de este Tribunal dictó providencia cuyo tenor literal dice: "No habiendo merecido aceptación el último proyecto resolutorio sometido a la sala el pasado 20 de marzo, el ponente declina la redacción de la resolución y pasará a formular voto particular, encomendado su redacción al lltmo. Sr. D. Juan Miguel Ruiz Hernández, disponiendo lo necesario para restablecer la igualdad en el turno de ponencias. Así, lo acuerda, la Sala y firma el/la lltmo./lltma. Sr./Sra. Presidente/a. Doy fe".
- El 14 de abril de 2015, el magistrado que nunca fue ponente de este asunto, planteó su propia abstención por causa sobrevenida relevante que hacía que, a su juicio, hubiera perdido su propia imparcialidad.
- El día 22 de mayo de 2015 el Tribunal del Incidente de Abstención desestimó la misma por dos votos contra uno puesto que existe un voto particular favorable a la abstención.
  - El día 26 de mayo de 2015 se notificó el auto rechazando la abstención al magistrado abstenido.
  - El 16 de junio de 2015 el Presidente de este tribunal dictó providencia en esta causa por la que se ratificó en el proveído por el que, en marzo de 2015, traspasó la redacción de la sentencia al actual ponente".

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Agapito como autor criminalmente responsable de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica, del art. 325 del CP, sin aplicación de las modalidades agravadas y con la concurrencia de la atenuante básica de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, a la pena de catorce meses de prisión, multa de diez meses con cuota diaria de seis euros, lo que hace un total de 1.800 euros, y caso de impago de la misma, previa excusión de bienes, a una responsabilidad personal subsidiaria equivalente a un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, así como inhabilitación especial personal para la profesión u oficio ejercida en bares y similares por tiempo de catorce meses, y pago de costas, incluyendo las de la acusación particular. No ha lugar a la clausura del local.

En concepto de responsabilidad civil abonará a los herederos de doña Edurne por daños morales, la cantidad de 15.000 ? más el interés legalmente correspondiente".

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y por el acusado Agapito que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo



las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**4.-** Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Agapito : PRIMERO.- Por infracción de ley, fundado en el num. 1º del 849, por inaplicación del art. 21.6 en relación con el art. 66.1.2ª, ambos artículos del CPenal. SEGUNDO.- Por infracción de ley, previsto en el num. 2º del art. 849, esto es, por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos. TERCERO.- Por infracción de ley, del art. 849.2º de la LECr, por error en la valoración de la prueba. CUARTO.- Por vulneración de precepto constitucional, conforme al art. 852 LECr, en concreto, del art. 24.1 de la CE, derecho a la tutela judicial efectiva. QUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional, conforme al art. 852 LECr, en concreto, del art. 24.2 de la CE, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y a la presunción de inocencia.

**B) Ministerio Fiscal:** PRIMERO.- Por infracción de ley, del art. 849 1º de la LECr, por falta de aplicación del art. 325.2 del CP (delito contra el medio ambiente) en la redacción de la LO 1/2015, de 30 de marzo. SEGUNDO.- Por infracción de ley, del art. 849.1º de la LECr por falta de aplicación del art. 326 b) del CP en su redacción anterior a la reforma realizada por LO 5/2010, y en la redacción dada al art. 327 b) por LO 1/2015.

**5.-** Instruidas las partes, la Procuradores Sra. Abad Salcedo en nombre y representación de Agapito presentó escrito impugnando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos del recurso del acusado; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**6.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 29 de marzo de 2016 finalizando el 15 de abril de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR. 1.** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia condenó, en sentencia dictada el 2 de julio de 2015, a Agapito como autor criminalmente responsable de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica, del art. 325 del CP, sin aplicación de las modalidades agravadas y con la concurrencia de la atenuante básica de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, a la pena de catorce meses de prisión, multa de diez meses con cuota diaria de seis euros, lo que hace un total de 1.800 euros, y caso de impago de la misma, previa excusión de bienes, a una responsabilidad personal subsidiaria equivalente a un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, así como inhabilitación especial personal para la profesión u oficio ejercida en bares y similares por tiempo de 14 meses, y pago de costas, incluyendo las de la acusación particular. No ha lugar a la clausura del local.

En concepto de responsabilidad civil abonará a los herederos de doña Edurne por daños morales la cantidad de 15.000 ? más el interés legalmente correspondiente".

**2.** Los hechos objeto de la condena se resumen, a modo de introducción, en que el acusado, Agapito desarrollaba en calidad de arrendatario la explotación del "Bar Jardín", emplazado en la planta baja del núm. NUM003 de la DIRECCION000, en la localidad de Archena (Murcia), para cuyo giro y tráfico contaba con licencia de "café-bar", concedida el 11 de abril de 1995 y con los demás datos que obran al folio 175 de la causa.

Para hacer efectiva esta ambientación, instaló en el bar equipos musicales creando emisiones sonoras que por su importancia e intensidad perturbaban el sosiego y hábitat familiar tanto de doña Edurne, como de su hija doña Emilia, su esposo don Estanislao y su también hija doña Flora, familiares que acudían a visitar, cuidar o interesarse por su madre, a quien por hallarse diagnosticada de Alzheimer esas emisiones pudieran influir en su caso también negativamente en sus precarias condiciones psico-somáticas.

Los familiares dirigieron admoniciones al acusado para la moderación del volumen sonoro en horario nocturno, entreveradas de negociaciones frustradas para revisar el clausulado del régimen locaticio y de la promoción por aquéllos de dos litigios civiles.

A partir de finales de 2008, al no ver atendidas por el acusado las quejas que suscitaba el volumen de la música del bar durante la madrugada, y que personalmente le transmitían, comenzaron a impetrar el auxilio de las autoridades municipales a través de llamadas telefónicas a las dependencias municipales de la guardia urbana. De modo que desde el año 2008 acudieron en diferentes ocasiones los funcionarios policiales municipales al domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, vivienda de Edurne, y constataron que el ruido procedente del local se percibía bastante fuerte en la vivienda y que se propagaba por vía estructural.



Como consecuencia de tal denuncia, el Excmo. Ayuntamiento de Archena, en fecha de 23 de junio de 2009, inició el expediente sancionador en materia de medio ambiente nº NUM017, acordándose la adopción de medida cautelar consistente en suspensión temporal de actividades referentes a la emisión o reproducción de sonido por cualquier medio durante el plazo de tramitación del expediente administrativo. Se decidió, en consecuencia, el precinto de los aparatos reproductores de sonido cualesquiera que fueran. Dicha resolución fue notificada al acusado en fecha de 6 de agosto de 2009.

Sin embargo, los agentes de la policía municipal pudieron constatar en diversas ocasiones, durante el año 2009 que el local se encontraba abierto al público con música puesta. Los propios agentes realizaron también mediciones sonométricas a finales del año 2009 y comienzos del año 2010 en la vivienda de los denunciados, de noche y también de madrugada, comprobando que los niveles de inmisión sonora rebasaban los límites permitidos por la Ordenanza Municipal. Las mediciones también fueron realizadas por una empresa privada, por encargo de la denunciante, arrojando un valor en dormitorio principal de 40'2 decibelios incumpliendo la Ordenanza Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Archena en materia de ruidos y vibraciones cuyo máximo está fijado en 35 decibelios en horario nocturno.

En parte de asistencia extendido por la sanidad pública el 19 de febrero de 2010 a Dña. Edurne, se hace constar: "Paciente que a raíz de problemas de niveles altos de ruido donde vive (local de copas debajo de su casa) presenta insomnio e inestabilidad, precisando tratamiento".

El médico forense informó que los niveles altos de ruido pueden actuar como mecanismo desencadenante o agravante de la patología neuro-degenerativa reactiva, si bien en el caso concreto de la Sra. Edurne señala que no fue posible un reconocimiento específico sobre la influencia que le ocasionaba directamente el ruido (folios 153, a mitad de página), siendo el resto de su informe de carácter generalista.

El 30 de marzo de 2014 se procedió a nueva emisión sonométrica que arrojó 42,26 dB, incoándose nuevo expediente sancionador.

Doña Adelina, médico de cabecera, y Delfina, médico forense, confirmaron que la Sra. Edurne fue ya diagnosticada en 2003 de patología neurodegenerativa (Alzheimer) asociada a síndrome ansioso-depresivo reactivo.

3. Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado, formalizando un total de cinco motivos mediante los que interesó su absolución.

También recurrió el Ministerio Fiscal, solicitando la aplicación de los dos subtipos agravados previstos en el art. 325 del C. Penal.

#### A) Recurso de Agapito

**PRIMERO. 1.** En el **primer motivo** del recurso denuncia la defensa, por el cauce del art. 849.1º de la LECr., la vulneración del art. 21.6ª del C. Penal, en relación con el art. 66.1.2ª del mismo texto legal, por haberse apreciado la atenuante de **dilaciones indebidas** como atenuante ordinaria o básica en lugar de muy cualificada.

Alega al respecto la parte recurrente que no sólo concurre una paralización del procedimiento durante ocho meses entre la fecha en que acabó la vista oral del juicio y la de la sentencia, sino que también se dieron otras dos paralizaciones sustanciales: la primera, desde el 13 de febrero de 2012, en que se presenta informe médico, hasta el 13 de septiembre en que el Ministerio Fiscal interesa diligencias; y la segunda, desde el 31 de enero de 2014, día en que se dicta una diligencia manteniendo la fecha del señalamiento, y el 12 de noviembre, a partir de la cual se celebra la vista del juicio oral.

2. En el "factum" de la sentencia recurrida se especifican en su apartado cuarto los hitos principales en el devenir histórico de la tramitación del procedimiento. Sin embargo, ello no quiere decir que entre los diferentes episodios de trámite no se hayan practicado otras diligencias complementarias.

El examen de los trámites y de las fechas correspondientes que se plasman en la sentencia recurrida, además de las diligencias que pueden apreciarse directamente en la causa, revelan que las alegaciones del recurrente relativas a dos relevantes paralizaciones del proceso no se ajustan a la realidad documentada en el procedimiento. Pues, en primer lugar, entre el 13 de febrero de 2012 y el 13 de septiembre del mismo año constan practicadas varias diligencias. Así, el 14 de febrero de 2012 se dicta el auto de transformación del procedimiento; el 12 de abril de 2012 el Fiscal pide que se practiquen nuevas diligencias de investigación; el 25 de abril de 2012 se dicta una providencia en la que se accede a la práctica de las diligencias solicitadas por la acusación pública; y el 13 de julio se dicta providencia uniendo a la causa parte de la documentación interesada por el Fiscal.



De otra parte, tampoco se ajusta a la realidad la alegación de que el proceso estuvo paralizado desde el 31 de enero de 2014, día en que se dicta una diligencia manteniendo la fecha del señalamiento de la vista oral del juicio, y el 12 de noviembre, a partir de la cual se celebra. Pues durante ese tiempo se practicaron todas las citaciones y demás diligencias necesarias para la celebración del acto del plenario. A lo cual ha de sumarse que, habiendo fallecido la denunciante y principal víctima del delito, Edurne, se tuvieron que practicar los trámites necesarios para que se personaran en el procedimiento los herederos de la fallecida con el fin de que pudieran formalizar las pretensiones pertinentes.

Por consiguiente, no puede acogerse el argumento del impugnante de que la causa estuvo totalmente paralizada durante los dos periodos que cita en su escrito de recurso.

En otro orden de cosas, resulta imprescindible también subrayar que en la presente causa fueron enjuiciados hechos cometidos incluso el 30 de marzo de 2014, al constar dentro del "factum" de la sentencia que en esa fecha se procedió a una medición sonométrica que arrojó como resultado 42,26 decibelios, incoándose con tal motivo un nuevo expediente sancionador.

**3.** Aclarado lo anterior, y respondiendo ya a la solicitud del recurrente sobre la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, se comprueba que las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación del proceso extraordinaria, pero nunca como especialmente extraordinaria o superextraordinaria, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo art. 21.6ª del C. Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario.

Para aplicarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente ( SSTS 739/2011, de 14-7; y 484/2012, de 12-6).

A este respecto, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo ( 9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo ( 9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años).

En consecuencia, al advertirse que este procedimiento penal se celebró por hechos que incluso llegaron hasta el año 2014 y que el periodo desde que se inició la tramitación, en el año 2010, hasta que se dictó la sentencia fue de unos cinco años, no puede afirmarse ni desde la perspectiva del criterio del plazo razonable ni tampoco atendiendo al concepto de dilación indebida como tiempo de paralización, que se den las circunstancias necesarias para la aplicación de la atenuante con la condición de muy cualificada, tal como pretende la parte recurrente.

Visto lo cual, el motivo resulta inatendible.

**SEGUNDO. 1.** Los **motivos segundo** y **tercero** del recurso los dedica el recurrente a invocar la existencia de error en la apreciación de la prueba por la vía procesal del **art. 849.2º de la LECr** .

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; 109/2011, de 22-9; y 207/2012, de 12-3, entre otras).

A estos requisitos también debe añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que le compete a la parte recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 LECr.- esta Sala ha flexibilizado permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso; pero en todo caso es obligación de la parte



además de individualizar el documento, precisar los extremos concretos que acrediten claramente el error en el que se dice incurrió el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación rebuscar tales extremos (SSTS 465/2004, de 6-4; 733/2006, de 30-6; 259/2010, de 18-3; 1175/2011, de 10-11; y 771/2012, de 16-10, entre otras).

**2.** En el **caso enjuiciado** la parte recurrente hace referencia en primer lugar al informe del médico forense quejándose de que, pese a no constar en los informes médicos que obran en la causa lesión alguna de la denunciante, se acaba condenando al acusado al pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil en concepto de daños morales.

La alegación de la parte carece, sin embargo, de una base documental para constatar el error del Tribunal de instancia. En primer lugar, y dejando a un lado la cuestión relativa a que los informes periciales no ostentan de por sí los requisitos propios de una prueba documental, lo cierto es que los dictámenes que cita el impugnante no descartan en modo alguno que la denunciante Edurne sufriera un daño moral por el hecho de soportar durante años y de forma reiterada los ruidos que generaban en su domicilio los aparatos de música que tenía instalados el acusado, máxime cuando producían un sonido que superaba los decibelios que permitía la Ordenanza Municipal en vigor.

Por consiguiente, se está ante una documentación que no acredita el hecho que pretende constatar el recurrente. Y además queda desvirtuada por las pruebas testificales que obran en la causa y por las pericias sonométricas que cuantificaron el nivel de ruido ilegal que producían los aparatos de música que utilizaba el acusado dentro del local de café-bar.

**3.** En el mismo sentido hemos de argumentar sobre la improcedencia del **motivo tercero** del recurso, ya que en él se citan como documentos las pericias mediante las que se midieron la intensidad de ruido que había en la vivienda de la denunciante en varias de las ocasiones en que intervinieron los agentes municipales y también los técnicos que acudieron al inmueble llamados por los perjudicados.

En este caso, al margen de referirse de nuevo la defensa a pruebas periciales y no documentales, lo cierto es que las pericias que cita la parte registran de forma diáfana una intensidad de ruido en número de decibelios que supera el autorizado por la Ordenanza Municipal que regula el nivel de ruido en la zona donde están ubicados la vivienda de la denunciante y el bar que regenta el acusado. Por lo cual, los dictámenes periciales que se reseñan en el recurso acreditan realmente lo contrario de lo que sostiene el impugnante.

Sabedor éste de ello, alega que, aun siendo cierto que el ruido registrado es superior al normativamente permitido, ello no quiere decir que alcance un nivel de gravedad que posibilite aplicar la norma penal en lugar de los preceptos administrativos. Sin embargo, esa alegación nada tiene que ver con lo que dispone el art. 849.2º de la LECr., puesto que se trata de un precepto que, tal como advertimos *supra*, requiere que los instrumentos probatorios evidencien el error mediante el literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento. Es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, a lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas, y desde luego ninguno de tales requisitos se cumplimenta en el presente caso.

En efecto, el elemento de la gravedad del perjuicio ocasionado por el ruido de los aparatos musicales no queda desvirtuado por las pericias documentadas que cita el recurrente, pues se trata de documentos que, además de aportar datos que contradicen la tesis exculpatoria del impugnante, se complementan por otras pruebas que contribuyen a evaluar el elemento de la gravedad del perjuicio que se reseña como elemento objetivo del tipo penal.

Así las cosas, ni el motivo segundo ni el tercero del recurso pueden acogerse.

**TERCERO. 1.** En el **motivo cuarto** denuncia la parte, con sustento procesal en el art. 852 de la LECr., la vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** ( art. 24.1 de la Constitución).

Se queja aquí el acusado de que la Sala de instancia no haya valorado elementos probatorios que, a su entender, habrían conducido al Tribunal a un convencimiento de la falta de culpabilidad, o cuando menos a una duda relevante respecto de la misma. Y a partir de ahí vierte una serie de argumentos evaluativos sobre el resultado probatorio de las declaraciones testificales de los denunciante y de los agentes de la policía municipal.

**2.** Frente a las alegaciones de la parte conviene recordar que, según afirma la STC 33/2015, de 2 de marzo, con remisión a la sentencia 178/2014, de 3 de noviembre, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La motivación de las sentencias está expresamente prevista en el artículo 120.3 CE y es, además, una exigencia deducible del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) porque permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y





posibilita su control mediante el sistema de recursos ( SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 146/1995, de 16 de octubre; 108/2001, de 23 de abril; 42/2006, de 13 de febrero, o 57/2007, de 12 de marzo). Asimismo, no debe olvidarse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho ( SSTC 24/1990, de 15 de febrero; 35/2002, de 11 de febrero; 42/2004, de 23 de marzo; y 331/2006, de 20 de noviembre, entre otras).

Ahora bien, igualmente tiene dicho el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a obtener una resolución judicial acorde con las pretensiones que se formulan, ni incluye tampoco un pretendido derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las normas ( SSTC 131/1987, de 20-7; 132/1995, de 11-9; y 78/2013, de 8 de abril, entre otras).

Pues bien, en el caso que se juzga el Tribunal de instancia realiza en el fundamento cuarto un examen exhaustivo de la prueba testifical y pericial que figura en la causa, en el que incluso amortigua y devalúa el valor incriminatorio de las declaraciones de las víctimas como prueba relevante para fundamentar la condena debido a los intereses contrarios entre la parte denunciante y el propio acusado. Centra pues la prueba testifical de cargo la Audiencia en los testimonios de los agentes policiales, que examina de forma individualizada, y también en las diferentes pruebas periciales, sin que se observe en su análisis ninguna conculcación de las máximas de la experiencia, ni de la lógica de lo razonable y tampoco de los conocimientos científicos, mostrando su argumentación una consistencia y coherencia que excluye criterios de arbitrariedad que cuestionen la estructuración racional de su valoración probatoria.

Por lo demás, la defensa del acusado tampoco pone de relieve en su escrito datos concretos que cuestionen el análisis probatorio de la Audiencia, ya que se limita a formular razonamientos genéricos que no comprometen el examen efectuado en el caso concreto. Ni tampoco trae a colación ninguna omisión ni laguna relevante referente al análisis de pruebas de descargo sustanciales que pudieran neutralizar las que presentan carácter incriminatorio.

Así las cosas, no puede prosperar este motivo de impugnación.

**CUARTO.** Por último, en el **motivo quinto** denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia**, con sustento procesal en el art. 852 de la LECr., ya que la alusión que hace a las dilaciones indebidas ya quedó formalizada en el motivo primero y tratada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

La parte se limita en su escrito a reiterar que el hecho de que las inmisiones acústicas superen los límites reglamentarios no tiene por qué determinar la aplicación de la norma penal, sino que la conducta puede resultar perfectamente subsumible en una infracción administrativa al no constatarse una situación de peligro grave para el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Como puede fácilmente comprobarse, el argumento de la defensa más que referirse a la acreditación de los hechos susceptibles de quedar subsumidos en la norma penal, que es lo que abriría el camino hacia una vulneración de la presunción de inocencia por afectar a una cuestión fáctica, lo que hace realmente es cuestionar un elemento valorativo incluíble en el juicio de tipicidad: la gravedad del perjuicio que ocasiona al bien jurídico la situación de peligro creada.

No se ataca, pues, en el recurso la verificación probatoria del sustrato fáctico sobre el que se asienta la tipicidad penal, sino el juicio de valoración jurídica que se aplica al mismo, aspecto que no concierne a la presunción de inocencia sino, insistimos, al juicio de tipicidad.

En la sentencia recurrida se declara probado, entre otros extremos, que el acusado instaló en el bar que regentaba equipos musicales que generaban emisiones sonoras que por su importancia e intensidad perturbaban el sosiego y hábitat familiar tanto de doña Edurne, como de su hija doña Emilia, su esposo don Estanislao y su también hija doña Flora, emisiones que pudieran influir en su caso negativamente en sus condiciones psico-somáticas. Y también se afirma que desde finales del año 2008 acudieron en diferentes ocasiones los funcionarios policiales municipales al domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, vivienda de Edurne, y constataron que el ruido procedente del local se percibía bastante fuerte en la vivienda y que se propagaba por vía estructural. Asimismo se declara acreditado que los agentes realizaron varias mediciones sismométricas a finales del año 2009 y comienzos del año 2010 en la vivienda de los denunciados, de noche y también de madrugada, comprobando que los niveles de inmisión sonora rebasaban los límites permitidos por la Ordenanza Municipal. Igualmente practicó mediciones sismométricas una empresa privada, por encargo de la denunciante, arrojando un valor en el dormitorio principal de 40'2 decibelios, incumpléndose así la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Archena en materia de ruidos y



vibraciones cuyo máximo está fijado en 35 decibelios en horario nocturno. Y se practicó una última medición sonométrica el 30 de marzo de 2014 que arrojó 42,26 decibelios, incoándose nuevo expediente sancionador.

Pues bien, la presunción de inocencia ha de operar sobre la certeza de esos datos fácticos a tenor de la prueba de cargo que figura en la causa, de forma que si tales hechos no son ciertos habrá quedado vulnerada la presunción constitucional.

En cambio, no se trata de una cuestión fáctica comprendida dentro del radio de acción del derecho fundamental el juicio valorativo referido a si la situación fáctica de riesgo para el derecho a la intimidad familiar y el sosiego domiciliario de los denunciados es suficiente para subsumir la conducta en el ámbito penal en lugar del administrativo. Tal ponderación, que pone en relación la situación fáctica de riesgo con el ámbito de cobertura de la norma penal, es un juicio normativo sobre cuál es el perímetro de aplicación que alcanza la norma penal, juicio que aparece integrado por criterios valorativos que se muestran ajenos a la presunción de inocencia.

Así las cosas, es claro que la alegación impugnativa que formula la parte recurrente en este último motivo, además de excesivamente lacónica y repetitiva de otras anteriores, no puede examinarse dentro del ámbito de la presunción de inocencia, presunción que, a tenor de lo expuesto en el fundamento precedente de esta resolución, ha quedado fehacientemente enervada en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo que se dirá sobre el juicio de tipicidad al analizar el recurso del Ministerio Fiscal en los fundamentos posteriores, el motivo no puede atenderse. Con lo cual queda también desestimado en su integridad el recurso del acusado, al que se imponen las costas causadas en esta instancia ( art. 901 LECr.).

### **B) Recurso del Ministerio Fiscal**

**QUINTO. 1.** En el **primer motivo** del recurso invoca la parte recurrente, por el cauce procesal de la infracción de ley previsto en el art. 849.1º de la LECr., la **inaplicación indebida del art. 325.2**, último inciso, del C. Penal en su redacción de LO 1/2015, de 30 de marzo.

Argumenta al respecto la acusación pública que es erróneo el razonamiento que hace la Audiencia en el fundamento séptimo, pues aplica la reforma del C. Penal de 2015 pero de forma incompleta, toda vez que opera con el nuevo tipo básico del apartado 1 del art. 325, en lugar de aplicar el subtipo agravado del apartado 2, último inciso, habida cuenta que en los hechos probados se afirma que Edurne, " *por hallarse diagnosticada de Alzheimer, esas emisiones pudieran influir en su caso también negativamente en sus precarias condiciones psico-somáticas*".

Considera el Ministerio Fiscal que esa afirmación de la sentencia, así como los partes médicos que se reseñan en la misma, obligan a aplicar el subtipo agravado del último inciso del nuevo artículo 325.2 del C. Penal, por lo que solicita que se le imponga una pena de 2 años y 5 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la dirección de bares y cafeterías o establecimientos similares, así como una multa de 16 meses.

**2.** El **art. 325.1 del C. Penal**, en su redacción en la fecha de los hechos por **LO 15/2003** (anterior por tanto a la reforma por LO 5/2010, que entró en vigor el 24 de diciembre de ese año), dispone lo siguiente:

*" 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 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, marítimas o subterráneas, 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".*

En la sentencia recurrida se consideró probado que el acusado instaló en el café-bar que regentaba equipos musicales, produciendo emisiones sonoras que por su importancia e intensidad perturbaban el sosiego y hábitat familiar tanto de doña Edurne como de los hijos que acudían a visitarla y a cuidarla. Esas emisiones pudieran influir en su caso también negativamente en sus precarias condiciones psico-somáticas derivadas de su padecimiento de Alzheimer.

Desde finales del año 2008 acudieron en diferentes ocasiones los funcionarios policiales municipales al domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM003, piso NUM004, vivienda de Edurne, y constataron que el ruido procedente del local se percibía bastante fuerte en la vivienda y que se propagaba por vía estructural. Y también consta probado que con tal motivo acudieron al local en diferentes ocasiones los policías municipales, comprobando el ruido que se generaba en la vivienda de la denunciante, ubicada encima del local. Se realizaron



varias mediciones, tanto por funcionarios policiales como por una empresa privada, comprobándose que el número de decibelios que generaba la música del local superaba el máximo normativamente permitido. Todo ello cuando menos durante el periodo de los años 2008-2010. Y también se declaró probado que con tal motivo se incoaron dos expedientes administrativos de sanción, uno en el año 2009 y otro en 2014.

En el "factum" de la sentencia recurrida también se declara probado que en un parte de asistencia extendido por la sanidad pública el 19 de febrero de 2010 a Doña Edurne, se hace constar: "Paciente que a raíz de problemas de niveles altos de ruido donde vive (local de copas debajo de su casa) presenta insomnio e inestabilidad, precisando tratamiento". Y también se dice que el médico forense informó que los niveles altos de ruido pueden actuar como mecanismo desencadenante o agravante de la patología neuro-degenerativa reactiva, si bien en el caso concreto de la Sra. Edurne señala que no fue posible un reconocimiento específico sobre la influencia que le ocasionaba directamente el ruido (folios 153, a mitad de página), siendo el resto de su informe de carácter generalista.

Asimismo señala el "factum" de la sentencia que Doña Adelina, médico de cabecera, y Delfina, médico forense, confirmaron que la Sra. Edurne fue ya diagnosticada en 2003 de patología neurodegenerativa (Alzheimer) asociada a síndrome ansioso-depresivo reactivo.

La Audiencia condena al acusado como autor del tipo penal del art. 325.1 del texto punitivo, según la redacción del nuevo texto legal implantado por LO 1/2015, de 30 de marzo, a una pena, tal como ya se anticipó, de catorce meses de prisión, multa de diez meses con cuota diaria de seis euros, lo que hace un total de 1.800 euros. Sin embargo, no aprecia el tipo penal agravado de haberse creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Ni con arreglo a la norma de la reciente reforma ni tampoco con la que estaba en vigor cuando se cometieron los hechos, desestimando así la pretensión punitiva formulada por el Ministerio Fiscal, a pesar de los datos que se recogen en la premisa fáctica de la sentencia, a los que se acaba de hacer referencia.

En el fundamento tercero de la sentencia recurrida se argumenta que los hechos que se declaran probados son subsumibles en el artículo 325 del Código Penal, en la medida en que evidencian y describen la abierta y reiterada conculcación de disposiciones administrativas protectoras del medio ambiente, en concreto la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Archena sobre protección del medio ambiente de 28 de junio de 2001, cuyo artículo 8 regula niveles sonoros nocturnos en interiores de 35 decibelios, como límite máximo, niveles que han sido reiteradamente rebasados por el acusado. Y añade la Sala que la aplicación de la Ordenanza Municipal es mucho más favorable al acusado que la aplicación del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, que desarrolla la Ley del Ruido, y que estaba en vigor al suceder estos hechos, al imponer esta disposición en área residencial y en dormitorios valores límites en índice de ruidos que no sobrepasan los 25 decibelios.

Se llenan así, dice la Audiencia, las exigencias del tipo, al enjuiciarse conductas desarrolladas en el tiempo en las que la creación de una situación de peligro para el bien jurídico protegido aparece perfectamente definida y resulta manifiesta y evidente. Y para justificar la aplicación de la norma penal arguye también, al final del fundamento tercero, que *"esa puesta en peligro de bienes constitucionalmente protegidos ha tenido entidad y gravedad suficiente para que se tipifique la intervención del Derecho penal. Recuerda la jurisprudencia examinada que cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su común afán de proteger los más recónditos confines que sirven de último refugio a la privacidad de la persona, ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando como ya se ha indicado, supuestos de especial gravedad cuando los que representan una exposición continuada a unos niveles intensos de ruido"*.

Sin embargo, la sentencia no entra a examinar las razones por las que no aprecia el tipo penal relativo al último inciso del art. 325.1, que dice así: *"Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior"* (redacción anterior a la reforma del año 2010). Ni tampoco dice nada sobre la falta de aplicación del mismo subtipo con arreglo a la redacción actual por reforma del 30 de marzo de 2015 (último inciso del art. 325.2 del C. Penal).

Lo único que argumenta al respecto, al analizar la prueba, es que la médico forense que acudió a juicio a ratificar su informe, admitió que clínicamente el ruido puede ser fuente de esos síntomas o puede contribuir a incrementarlos, aunque reconoció que nunca pudo valorar personalmente esa crisis y esa sintomatología por el propio estado en que se encontraba la paciente, y sólo pudo hacerlo a través de las manifestaciones de sus familiares.



Ese es el único informe médico con el que argumenta la Audiencia dentro del análisis de la prueba que realiza en el fundamento cuarto de la sentencia. Ha de inferirse, pues, que es el contenido de tal informe el que le lleva a excluir la aplicación de la agravación que postula el Ministerio Fiscal, cuestionando así el Tribunal la concurrencia del elemento objetivo que, a su criterio, pudiera fundamentar la aplicación del inciso referente al grave perjuicio para la salud de las personas.

En cambio, en lo que concierne al elemento subjetivo afirma en el mismo fundamento de derecho que el acusado admitió "saber que la dueña de la vivienda estaba enferma". Y al examinar en el párrafo siguiente el dolo dice la sentencia que de las declaraciones, en conjunta ponderación con el resto de las pruebas, " *sólo puede obtenerse la clara presencia del dolo que aflora, por decirlo con palabras de la reciente STS de 22 de octubre de 2014 en la 'voluntad de persistir en el comportamiento, con grosero olvido de los derechos de los demás, sacrificados al puro egoísmo del autor'. Y ello porque, aunque estuviera autorizado a emitir música, y aunque esas perturbaciones sonoras procedieran de una actividad empresarial, en principio lícita, estas dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites*".

Tal como se advierte en el voto particular de la sentencia impugnada, el Tribunal sentenciador, a pesar de recoger todos esos datos en la sentencia recurrida y de que la acusación pública interesaba específicamente la aplicación del subtipo agravado del grave perjuicio para la salud de las personas, no entra a exponer las razones por las que no lo aplica en este caso. Por lo cual, hemos de suponer o inferir que la Audiencia, una vez plasmada la opinión del médico forense sobre cuál fue la influencia concreta sobre la salud de la denunciante de la emisión de los ruidos, excluyó tácitamente su aplicación, sin entrar a poner los hechos en relación con la jurisprudencia de esta Sala, a pesar de que la sentencia ha llegado a recoger varios párrafos directamente aplicables al caso.

3. Señalados los términos en que se pronunció la sentencia y remarcadas las notables lagunas que se aprecian a la hora de excluir la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal en cuanto a la agravación por el riesgo de grave perjuicio para la salud de la víctima, se hace preciso recoger algunas de las pautas de la jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación del tipo penal en cuestión.

Establece la **jurisprudencia** de este Tribunal en lo que atañe al delito de medio ambiente en su modalidad de **contaminación acústica**, en su sentencia 244/2015, de 22 de abril, que a su vez se remite a la sentencia 410/2013, de 13 de mayo, que el tipo penal del art. 325 del C. Penal tiene una estructura compleja, en la que, sobre la premisa de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, se produce la emisión de un vertido, en este caso, la producción de un ruido. Hay, por lo tanto, una acción infractora del ordenamiento vinculada causalmente a la producción del ruido que supera el límite de lo permitido. La tipicidad del delito exige, además, que el ruido sea valorado como gravemente perjudicial, y en su conformación hemos de acudir, se dice en la STS 152/2012, de 2 de Marzo, a criterios no sólo normativos, derivados de su acomodación a la norma que la regula, sino también de la afectación a las condiciones medioambientales y, en su caso, a las circunstancias personales del afectado por la emisión.

La STC 16/2004, de 23 de febrero, al abordar un supuesto de contaminación acústica ya advertía de que el ruido, como mal que debe ser objeto de sanción, no sólo es un factor psicopatógeno sino también una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Es por ello que la calificación penal de acto de contaminación -señala la STS 244/2015- no requiere una modificación de la salud física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones, como en el caso enjuiciado.

En cuanto al tema del **bien jurídico**, hoy día el medio ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales que resultan menoscabados por la contaminación acústica, que constituye así un ataque contra aquél. En tal sentido, se pueden citar como referentes normativos la Directiva 2002/49 C.E. de 25 de Junio, sobre la Evaluación y Gestión del medioambiental, y la Ley 37/2003 de 17 de Noviembre -Ley del Ruido-.

Y como precedentes jurisprudenciales se deben citar, entre las primeras tres sentencias del TEDH, las de 9 de Diciembre de 1994, caso López Ostra vs España; 19 de Febrero de 1998, caso Guerra vs Italia; y 2 de Octubre de 2001, caso Hatton vs Reino Unido.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra), que examinó una demanda contra el Estado español por molestias causadas por una estación depuradora de aguas y residuos sólidos próxima a la vivienda de la demandante, reconoce que los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por dicha estación depuradora vulneraban su derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8 del Tratado de Roma, de 4 de noviembre de 1950, declarando su derecho a ser reembolsada de los perjuicios morales y materiales sufridos.



Y en la sentencia de 16 de noviembre de 2004, Caso Moreno Gómez contra España, el TEDH refiere que "Teniendo en cuenta la intensidad de la contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estos niveles de ruido se mantuvieron durante varios años, el Tribunal concluye declarando la vulneración de los derechos protegidos por el artículo 8º, es decir, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio.

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, en la Sentencia 119/2001, de 24 mayo, en la que conoció de la demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en que residía, se declara que el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales, lo que también viene recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 (16/2004), a la que antes se hizo referencia. Y se requiere, además, que esa puesta en peligro de estos bienes constitucionalmente protegidos lo sea con una entidad y gravedad suficiente para que se justifique la intervención del Derecho Penal.

La sentencia de esta Sala 52/2003, de 24 de febrero, abrió vías en la jurisprudencia sobre contaminación acústica. En ella se reseñó que el tipo del art. 325 es una norma en blanco que exige su integración con las disposiciones normativas o reglamentarias aplicables al caso concreto, advirtiendo también que sin duda el ruido forma parte del concepto de contaminación medioambiental y así expresamente se recoge en el art. 325 del C. Penal. Y se señaló también que el art. 325 define un delito de peligro abstracto en la doble modalidad del tipo básico "...que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...", así como el tipo agravado "...si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas....".

En lo que respecta a la **estructuración típica** del delito del art. 325.1 del C. Penal, tiene establecido esta Sala que se trata de lo que la doctrina considera como un delito de peligro hipotético, también denominado de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro como proximidad de amenaza inmediata para un bien determinado. Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente *ex ante* ( SSTS 141/2008, de 8-4; 838/2012, de 23-10; 840/2013, de 11-11; y 713/2014, de 22-10, entre otras).

En lo que concierne a la **gravedad del perjuicio** que se requiere para que opere el tipo penal subraya la STS 152/2012, de 2 de marzo, que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/1999, 27 de enero). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/1999, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Remarca la referida sentencia 152/2012 que tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se han venido reseñando ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral y su conducta social, y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido. Se refiere, pues, a duración e intensidad del ruido.

Y en la sentencia 916/2008, de 30 de diciembre, se establece que 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. 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. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba.



Y añade la referida sentencia que parece seguro referir 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, y a la proximidad de las personas o de elementos de consumo.

Y en lo que respecta al **elemento subjetivo** del tipo penal, tiene dicho esta Sala que el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro ( SSTS 52/2003, de 24 de febrero; 152/2012, de 2-3; y 463/2013, de 16-5). También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo ( STS 327/2007, de 27-4; y 713/2014, de 22-10).

4. La traslación de los criterios precedentes al **supuesto enjuiciado** permite constatar que, ponderados los hechos declarados probados y los argumentos que plasma la sentencia de la Audiencia, no se ajusta a derecho el criterio jurídico aplicado para descartar la aplicación de la agravación del tipo penal correspondiente al **riesgo del grave perjuicio para la salud**, que aparece contemplado tanto en la norma en vigor cuando se ejecutaron los hechos (años 2008-2010) como en el nuevo precepto promulgado en marzo de 2015.

Si bien la sentencia recurrida no opera en su fundamentación con todos los dictámenes médicos que se reseñan en el "factum", lo cierto es que aunque se argumente sólo con el dictamen médico-forense no cabe colegir de él mismo la exclusión del tipo agravado cuya aplicación solicita el Ministerio Fiscal y que también fue apreciado en el voto particular suscrito por el magistrado discrepante.

En efecto, arguye la sentencia recurrida como único argumento para descartar la aplicación del último inciso del art. 325, tal como ya expusimos, que la médico forense que acudió a juicio a ratificar su informe admitió que clínicamente el ruido puede ser fuente de esos síntomas o puede contribuir a incrementarlos, aunque reconoció que nunca pudo valorar personalmente esa crisis y esa sintomatología por el propio estado en que se encontraba la paciente, y sólo pudo hacerlo a través de las manifestaciones de sus familiares.

Sin embargo, este argumento no impide ni bloquea la aplicación del referido tipo penal si se repara en que nos hallamos ante un delito que la doctrina considera como de peligro hipotético, también denominado de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud. De modo que, tal como ya dijimos, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento *idóneo* para producir peligro para el bien jurídico protegido.

En los delitos de peligro hipotético es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. Lo característico de este sector delictivo es que implica la posibilidad, no la realidad, del peligro concreto para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos *de peligro posible*. Se sitúan en el nivel de creación de riesgo, pero vinculándolo a la peligrosidad *real* de la acción y no precisamente a un daño efectivo para el bien jurídico. De modo que en esos casos si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta *ha sido posible un contacto* entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso en el caso concreto. Si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

Según recuerda la doctrina, en los delitos de peligro hipotético y en los delitos de aptitud es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (*desvalor real de la acción*) y la posibilidad del resultado peligroso (*desvalor potencial de resultado*) como exigencias del tipo. En ellos basta la creación del riesgo sin necesidad de que éste se materialice en un resultado de peligro concreto: *el desvalor potencial del resultado* es en realidad desvalor de la acción entendido objetivamente. El tipo penal quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa *posibilidad* de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante*, que se acaben poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Pues bien, en el **caso que se juzga** es claro que el informe médico forense afirma, tal como se especifica en el "factum" de la sentencia, que los niveles altos de ruido *pueden* actuar como mecanismo desencadenante o agravante de la patología neuro- degenerativa reactiva de la denunciante, si bien en el supuesto concreto de la Sra. Edurne señala que no fue posible un reconocimiento específico sobre la influencia que le ocasionaba directamente el ruido.



Ello significa que, dadas las circunstancias que concurrían en la paciente, se hallaba dentro del grupo de los enfermos en los que los niveles altos de ruido *pueden* actuar como mecanismo desencadenante o agravante de la patología neuro-denerativa que padece. Por lo cual es claro que se está ante una situación de riesgo debido al ruido de la que *puede* derivarse tanto el desencadenamiento de la enfermedad como su agravamiento.

Frente a ello no cabe afirmar para excluir la situación de riesgo propia del tipo penal la circunstancia de que la paciente no fue explorada por la médico forense para comprobar cómo le afectaba el ruido, pues este argumento que utiliza la Audiencia para inaplicar el tipo penal agravado que contempla el art. 325 del C. Penal sería correcto para apreciar un delito de resultado, ya sea de resultado de peligro concreto o de resultado material de lesiones. Pero no lo es en cambio para operar como razonamiento de exclusión de un delito de peligro hipotético, de peligro abstracto-concreto o de aptitud, ya que con respecto a él no se precisa explorar a la víctima para verificar si se materializó en ella una situación de peligro concreto o de resultado material, al considerarse ambas innecesarias para aplicar la modalidad de delito postulada por el Fiscal.

Así las cosas, no se precisa para aplicar el tipo penal del último inciso del art. 325 del C. Penal acudir a los otros informes periciales que se reseñan en la causa. Por cierto, se ignora por qué no opera con ellos la Audiencia a pesar de que algunos los recoge en la sentencia. A diferencia del voto particular, en el que se hace constar, entre otras afirmaciones, que " *no es posible establecer el ambiente sonoro como responsable único de la patología psíquica. Pero también es cierto que la denunciante pertenece a uno de los grupos especialmente vulnerables a los efectos del ruido: ancianos y enfermos*".

El único argumento que utiliza la sentencia para rechazar la aplicación del tipo agravado que solicita la acusación, referente a que la médico forense no examinó los efectos que produjo en la denunciante la emisión de los ruidos ilícitos, sería pertinente si estuviéramos ante un delito de peligro concreto o de resultado lesivo, pero no cuando se opera con un delito de peligro hipotético o de aptitud, en los que es suficiente para aplicarlo que concorra una conducta del acusado que muestre una idoneidad *ex ante* para llegar a producir un peligro concreto o un resultado material lesivo en el bien jurídico, ponderando para ello las circunstancias que se daban en el supuesto específico del caso que se juzga: persona de avanzada edad, que presentaba un cuadro de Alzheimer y unas precarias condiciones psicósomáticas (según la narración de los hechos probados).

En algunos supuestos similares al que ahora se juzga, también referentes al delito de contaminación acústica, se llega a afirmar en la sentencia que no es preciso que el médico forense llegue a observar o explorar a las presuntas víctimas, puesto que es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas ( STS 327/2007, de 27 de abril). Y en la sentencia 713/2014, de 22 de octubre, se dice que la perito médico forense que informó en el juicio oral, si bien no pudo examinar a las víctimas en el tiempo inmediato al padecimiento de la agresión padecida en su bienestar, pudo afirmar que, por encima de los niveles que se indica, aún más bajos que el pericialmente constatado, se afecta incluso a la salud y no al mero bienestar.

Por lo demás, esta Sala tiene establecido que el medio ambiente protegido es también el hábitat de una o varias personas, es decir, el "conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas". Aunque el Diccionario de la Real Academia Española no haga referencia al domicilio de las personas, es evidente que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en este sentido, también forma parte del medio ambiente. Las personas tienen, por lo tanto, derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos. Consecuentemente, el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo ( SSTS 327/2007, de 27-4; y 152/2012, de 2-3).

En cuanto al **requisito del riesgo de grave perjuicio** para la salud, ha de ponderarse que tanto la persona enferma, de 80 años de edad, como los familiares que tuvieron que pernoctar con ella para cuidarla estuvieron sometidos durante un periodo de varios años a unos ruidos que superaban los límites legales que imponía la normativa municipal. La reiteración de la conducta del acusado, su extensión en el tiempo, la afectación a varias personas, una de ellas de salud muy delicada, y la intensidad e ilegalidad de las emisiones de ruido emitidas, constituyen factores determinantes de la gravedad exigida por la norma penal, aunque por tratarse de una vivienda solo de dos plantas, sólo fuera el domicilio de los denunciante el directamente afectado.

Finalmente, y en lo que atañe al **elemento subjetivo del delito**, no cabe duda de su concurrencia en el caso, habida cuenta que en la sentencia se acepta como probado que el acusado conocía que las emisiones de ruidos que generaba en el local del café- bar eran superiores a las legalmente permitidas, y también se afirma que el acusado admitió en la vista oral del juicio que conocía el estado delicado de salud de la denunciante. Por lo cual, resulta patente que actuó con el dolo de peligro que requiere el tipo penal.



5. Un último extremo queda por aclarar: el relativo a si ha de aplicarse el **texto del art. 325** correspondiente a la fecha en que se cometieron los hechos (redacción anterior a la reforma del Código del año 2010), o si procede operar con el nuevo texto legal implantado por la LO 1/2015 .

Sobre este particular la sentencia recurrida incurre en una patente contradicción, pues al inicio del primer fundamento de derecho afirma que procede aplicar el texto legal correspondiente a la redacción anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, y, sin embargo, al final del fundamento séptimo, opera realmente con el nuevo texto legal implantado por LO 1/2015, sin aportar razonamiento alguno que justifique el cambio de criterio ni los argumentos por los que resulta más favorable en el caso el nuevo texto legal que el vigente en el momento de los hechos.

En el art. 325.1, último inciso, del texto legal anterior a la reforma de la LO 5/2010 se establece una pena que comprende desde 6 meses a 4 años de prisión y una multa de 8 a 24 meses, pena que debido a la agravación del tipo ha de aplicarse en su mitad superior en lo que respecta a la pena privativa de libertad. Por lo cual, queda realmente enmarcada en un mínimo de 2 años y tres meses a cuatro años de prisión.

Sin embargo, con arreglo a la reforma del art. 325 del C. Penal por LO 1/2015 la pena se encuentra prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del precepto, que la fija en la mitad superior de 2 a 5 años de prisión, pudiéndose llegar a la pena superior en grado. Y con respecto a la multa, se establece en una horquilla de 8 a 24 meses. Por lo cual, las penas implantadas por la reforma del año 2015 son superiores a las previstas en la redacción del texto legal que estaba en vigor en el momento de los hechos, debiendo ser por tanto este último el que se aplique en la segunda sentencia de esta Sala.

Así lo entendió también el voto particular que se plasma en la sentencia recurrida. Si embargo, la acusación pública, si bien aplica los dos tipos agravados recogidos en el voto particular, opera después con el último párrafo del nuevo art. 325.2, desubicándolo del apartado correspondiente del precepto, con lo cual consigue aplicar el nuevo texto penal, pero de forma incorrecta.

Se estima, por consiguiente, este primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, sin que la estimación conculque la doctrina que sobre la modificación en la segunda instancia sostiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala cuando se trata de anular en casación una sentencia absolutoria sin oír previamente al acusado y sin practicar nueva prueba en esta instancia (ver las sentencias de esta Sala 1223/2011, de 18.11; 1423/2011, de 29- 12; y 32/2012, de 25-1, y la jurisprudencia que en ellas se cita).

Y decimos que la jurisprudencia sobre la anulación de sentencias absolutorias y su sustitución por otras de condena no constituye un obstáculo en el presente caso porque aquí, según ha podido comprobarse, no se han modificado los hechos probados de la sentencia de la Audiencia, sino que se han corregido errores de contenido jurídico que acabaron determinando la absolución. Pues la condena *ex novo* en esta instancia por el delito contra el medio ambiente de contaminación acústica se ha fundamentado en desvirtuar los errores de derecho que se han advertido en la resolución recurrida, centrados principalmente en no aplicar debidamente el tipo penal contra el medio ambiente como un delito de peligro hipotético, de peligro abstracto/concreto o de aptitud, sino como un delito de resultado.

Se estima, pues, el motivo en los términos expuestos y con las repercusiones que se especificarán en la segunda sentencia.

**SEXTO. 1.** En el **segundo motivo** del recurso denuncia la parte recurrente, por el cauce procesal de la infracción de ley previsto en el art. 849.1º de la LECr., la inaplicación indebida del art. 326 b) del C. Penal en su redacción anterior a la LO 5/2010, y en la redacción dada al art. 327 d) por LO 1/2015, de 30 de marzo.

Alega la acusación pública para fundamentar el motivo que la sentencia recurrida afirma en su premisa fáctica que como consecuencia de las denuncias de la policía municipal, " *el Excmo. Ayuntamiento de Archena, en fecha de 23 de junio de 2009, inició el Expediente Sancionador en materia de Medio Ambiente nº NUM017, acordándose la adopción de medida cautelar consistente en suspensión temporal de actividades que consistan en la emisión o reproducción de sonido por cualquier medio durante el plazo de tramitación del expediente administrativo, acordándose en consecuencia el precinto de los aparatos reproductores de sonido cualesquiera que sean. Dicha resolución fue notificada al acusado en fecha de 6 de agosto de 2009*".

Y señala también el Ministerio Fiscal que tal acuerdo figura incorporado a los folios 231 y ss. de la causa, y ha sido debidamente notificado al acusado, según consta en el folio 234. Por todo lo cual, considera que hay un incumplimiento reiterado de una orden o mandato concreto emanado de la autoridad y revestido de las formalidades legales, dictado dentro de sus competencias, específicamente dirigido a quien debe obedecerlo y que tiene por tanto un correlativo deber de acatamiento.





Estos requisitos resultan evidenciados, según el Ministerio Público, por el tenor literal de los hechos probados de la sentencia. Pues la Audiencia afirma que el 14 de noviembre de 2009, sobre las 1.25 horas, ante la llamada de una vecina que le molestaba la música del Bar Jardín, los agentes de la Policía Local nº NUM002 y NUM007 constataron que, a pesar de la existencia de la medida cautelar, el local se encontraba abierto al público con música puesta. Y lo mismo sucedió con motivo de las vigilancias efectuadas por los policías municipales el 17 y 18 de noviembre de 2009, sobre la 1,00; el 16 de diciembre de 2009, a la 1,15 horas; el 18 de diciembre, a la 1,15 horas; el 25 de diciembre de 2009, a las 3.30 horas; el 1 de enero de 2010, a las 4.00 horas; el 5 de enero de 2010, sobre las 23.50 horas; y el 16 y 17 de enero de 2010, en horario nocturno (en esta ocasión fueron unos peritos de parte los que lo constaron); y por último, el 30 de marzo de 2014 se procedió a nueva emisión sonométrica que arrojó 42,26 dB, incoándose nuevo expediente sancionador.

2. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando reseña los expedientes que incoó la autoridad municipal por no haber cumplimentado el acusado la normativa municipal sobre el ruido en la utilización de la música en el interior de su local, así como la medida cautelar de suspensión temporal de actividades consistentes en la emisión o reproducción de sonido por cualquier medio durante el plazo de tramitación del expediente administrativo, acordándose en consecuencia el precinto de los aparatos reproductores de sonido cualesquiera que sean. La resolución de junio de 2009 fue además notificada al acusado en fecha de 6 de agosto siguiente, especificándose en el "factum" de la sentencia recurrida de forma clara y pormenorizada las comparecencias de la policía municipal en el café-bar del acusado con motivo de las cuales se pudo comprobar que el ahora recurrente hacía caso omiso a la suspensión de la actividad musical en el local, pues proseguía utilizando los aparatos musicales para ambientar el local.

Siendo así, no cabe duda que concurre el elemento objetivo del subtipo agravado previsto en el apartado b) del art. 326 del C. Penal (redacción anterior a la reforma de LO 5/2010): " *Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de las autoridades administrativas de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior*".

Ahora bien, en lo que respecta al elemento subjetivo del referido subtipo agravado, argumenta literalmente la sentencia recurrida en el fundamento quinto lo siguiente:

*" Si la reiteración de emisiones no configura una pluralidad delictiva, ni un delito de carácter continuado, tampoco alcanza aquí a integrar el sustrato de un subtipo agravado, sino que constituye el fundamento de la apreciación de la gravedad del resultado de peligro, que es lo que distingue el tipo delictivo de la infracción administrativa, a lo que ha de añadirse que aunque la autoridad municipal giró visitas de inspección, en las que los agentes policiales desplegaron siempre una diligencia irreprochable, **no puede decirse lo mismo de la gestión burocrática de sus resultados, donde se dejó caducar el expediente sancionador, y las respuestas a las diligencias solicitadas por la acusación pública fueron tan ambiguas e insuficientes que el Ministerio Fiscal hubo de reiterar su petición, y las declaraciones en juicio del letrado consistorial no fueron ni esclarecedoras ni satisfactorias, y pudieron proyectar sobre el acusado algún componente de duda.** La clausura del establecimiento, en su significación de sanción accesoria en un proceso penal, no guarda ecuánime correspondencia con los avatares negociales a que se ha hecho referencia. En este sentido es de reseñar que las propias complejidades y disfunciones de la tramitación administrativa en el Ayuntamiento de Archena trajeron consigo una falta de seguridad jurídica notable sobre si el acusado tenía o no licencia especial musical durante el desarrollo de los hechos. Se deja a salvo en todo caso la petición de inhabilitación especial para profesión u oficio puesto que está establecida imperativamente en el propio texto del art. 325 CP "*

Como puede apreciarse, la decisión de la Audiencia de no aplicar el subtipo penal de desobediencia reiterada del acusado a las mandatos municipales de que dejara de utilizar la música se debió, fundamentalmente, a las deficiencias observadas en la gestión y tramitación del expediente administrativo sancionador, conducta de la Administración Municipal que, según la sentencia, "pudo proyectar sobre el acusado algún componente de duda".

Así pues, aunque la Sala de instancia acoge como ciertos los datos integradores del elemento objetivo del subtipo agravado, muestra dudas de que el acusado estuviera desobedeciendo de manera consciente las órdenes de suspensión de la música emitidas por la autoridad municipal, dudas que estarían derivadas de la propia actuación de los funcionarios en la tramitación del expediente administrativo.

Resulta, por tanto, incuestionable que la Audiencia no considera evidenciado el elemento intelectual del dolo del subtipo agravado, y como consecuencia de ello tampoco la voluntad de desobedecer.

Frente a esto alega el Ministerio Fiscal y también el voto particular de la sentencia de la Audiencia que una cosa son las dudas que pudiera tener el acusado sobre la concesión real o no de la licencia municipal para utilizar música dentro de su local, que es a lo que se refiere el documento del folio 175 de la causa, y otra muy



distinta que la concesión de una licencia nunca le autorizaría para utilizar la música de un modo que infringiera los límites de ruido que se permiten en las ordenanzas municipales.

Ello es cierto. Sin embargo, el subtipo agravado de desobediencia no se está aplicando por desobedecer el límite de ruido que imponen las normas del municipio, sino por no respetar la orden contenida en la medida cautelar de suspensión de toda actividad musical en el local mientras que se tramita el expediente de sanción. Y sobre esa orden y su vigencia para que no se utilice ninguna clase de música en el local es sobre la que dice la Audiencia que se han generado dudas en el acusado debido a la forma en que se tramitó el expediente, lo que habría repercutido en la creencia del acusado de que no proseguía en vigor la medida de que se abstuviera de activar la música en el café-bar. Y cita la sentencia como ejemplo el hecho de que el expediente de sanción acabara caducando.

Por lo tanto, y aun admitiendo que las dudas que le atribuye la Audiencia al acusado sobre la vigencia de la medida cautelar pueden ser discutibles desde la perspectiva probatoria, y de ahí que la queja de la acusación pública en su escrito de recurso tenga cierta base indiciaria de razón, lo cierto es que en este caso sí procede aplicar la doctrina jurisprudencial sobre los límites del control y revisión de la apreciación probatoria de esta Sala cuando la sentencia recurrida es absolutoria.

La pretensión inculpativa del Ministerio Fiscal nos sitúa, pues, en su segundo motivo del recurso en el ámbito de la cuestión procesal relativa a la posibilidad de condenar *ex novo* o agravar en segunda instancia la condena de un acusado sin celebrar una vista oral para oírle o incluso para practicar prueba. Esa posibilidad ha sido jurisprudencialmente descartada por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (principios de inmediación y contradicción) y el derecho de defensa.

Así lo tiene establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SSTC 167/2002, 170/2002, 197/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 48/2008, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, 46/2011, 142/2011 y 201/2012, entre otras muchas), jurisprudencia que a su vez acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasmada en diferentes sentencias. Entre las más recientes: sentencia de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero contra España* ; de 20 de marzo de 2012, *caso Serrano Contreras contra España* ; y la de 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris y Llop García contra España* .

Y también la jurisprudencia de esta Sala de Casación ha acogido los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 1423/2011, de 29 de diciembre, 164/2012, de 3 de marzo, 325/2012, de 3 de mayo, y 757/2012, de 11 de octubre, entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso.

A este respecto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 19 de diciembre de 2012 decidió que "*La citación del acusado recurrido a una vista oral para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley*".

Por consiguiente, por muy cuestionables que pudieran mostrarse en apariencia las dudas que le adjudica la Audiencia al acusado sobre su conciencia a la hora de desobedecer el cumplimiento de la medida cautelar de no utilizar los aparatos de música hasta que se resolviera el expediente incoado contra él, los principios constitucionales que aplica la jurisprudencia citada nos impiden cuestionar ese extremo de la sentencia recurrida. Por lo cual, ha de ratificarse la falta de dolo que con respecto al subtipo agravado del art. 326 b) del C. Penal se aprecia en la sentencia recurrida.

Así pues, no puede prosperar este segundo motivo de impugnación del Ministerio Fiscal.

**SÉPTIMO.** A tenor de lo argumentado en los fundamentos precedentes debe ser desestimado el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, con imposición de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr.). Pero se estima el primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, rechazando en cambio el segundo.

### III. FALLO



**ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, de 2 de julio de 2015, que condenó al recurrente como autor de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad de dilaciones indebidas, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

De otra parte, **desestimamos** el recurso de casación interpuesto por el acusado **Agapito**, imponiéndole las costas generadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

## SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del **Tribunal Supremo**, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Abril de dos mil dieciséis.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 16/12, del Juzgado de instrucción número 4 de Molina de Segura, seguida por un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica contra Agapito con DNI NUM018, nacido el NUM000 de 1950, hijo de Jacobo y de Araceli Natural de Murcia, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala 62/13 sentencia en fecha 2 de julio de 2015, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en el quinto fundamento de la sentencia de casación sobre la estimación del primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, procede condenar al acusado como autor del delito contra el medio ambiente de contaminación acústica, en la modalidad de la concurrencia de grave riesgo para la salud de las personas, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de dos años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una multa de 14 meses con una cuota diaria de seis euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y a la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de la explotación de bares y cafés por el tiempo de 1 año y 6 meses.

### III. FALLO

**Se modifica la sentencia recurrida** dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, en el sentido de que **condenamos al acusado Agapito como autor del delito contra el medio ambiente de contaminación acústica, en la modalidad de la concurrencia de grave riesgo para la salud de las personas**, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de **dos años y tres meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una **multa de 14 meses** con una cuota diaria de seis euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y a la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de la explotación de bares y cafés por el tiempo de 1 año y 6 meses.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez



**PUBLICACIÓN.**- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. Alberto Jorge Barreiro**, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ