

Roj: **STS 3544/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3544**Id Cendoj: **28079120012017100674**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/10/2017**Nº de Recurso: **1625/2016**Nº de Resolución: **668/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 3093/2016,**
STS 3544/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la **acusación particular** ejercida por D^a. Trinidad y D. Juan Ramón , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Octava, de fecha 8 de abril de 2016 en causa seguida contra D. Antonio y la mercantil DESALUP S.L. por un delito continuado de lesiones. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, la acusación particular representada por la procuradora D^a. Silvia García Urdiales González bajo la dirección técnica de letrado de D^a. M^a. José Morell García; como parte recurrida D. Antonio representado por la procuradora D^a. Marta Cendra Guinea y asistido por el letrado D. Luis Virgos Palou.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción núm. 7 de Barcelona incoó diligencias previas núm. 1649/2013, contra D. Antonio y la mercantil DESALUP S.L. y, una vez concluidas, las remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava) Rollo núm. 62/2015 que, con fecha 8 de abril de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :

<<PRIMERO.- De lo actuado en el acto del juicio oral resulta probado y así se declara que en fecha 9 de abril de 2013 se presentó querrela por Trinidad y Juan Ramón contra Antonio como administrador único y la entidad mercantil "DESALUPS.L.", como titular, de la residencia geriátrica ubicada en la calle Baixada de la Plana, núm. 7, Barcelona, contigua a la finca en la que residían los querellantes. En la querrela se relataba que desde la primavera del año 2010 venían sufriendo en su domicilio ruidos excesivos generados por la actividad desarrollada en la residencia geriátrica, en especial durante las noches.

En fecha 29 de septiembre de 2.011 la querellante, Sra. Trinidad formuló denuncia al Ayuntamiento de Barcelona manifestando que tanto ella como su familia sufrían molestias por ruidos de actividad procedentes del geriátrico "Residencia Desalup", ubicada al Carrer Baixada de la Plana nº 7 de Barcelona. La denuncia dio lugar a la incoación de dos expedientes; Exp NUM000 en relación a los ruidos de actividad, y Exp NUM001 por los ruidos de la puerta de hierro tipo acordeón, que flanqueaba la entrada principal de la residencia.

En fecha 26 de noviembre de 2.011, a las siete horas, el Ayuntamiento realizó una inspección en el domicilio de los afectados en la que se tomaron mediciones sonométricas y tras su análisis por el departamento de Control i Reducció de la Contaminació Acústica de l'Àrea de Serveis i Urbans i Medi ambient de l'Ayuntamiento



de Barcelona se emitieron dos informes conforme a los que el nivel global de ruidos registrado de 40 dBA no cumplía con la normativa vigente por superar el nivel guía diurno (30 dBA) establecido por la Ordenanza de Medi Ambient de Barcelona (2011).

En fecha 17 de enero de 2.012 se notificó la existencia de los expedientes al querellado quien no realizó manifestación alguna, pero procedió a ejecutar una serie de trabajos encaminados a solucionar las emisiones sonoras; colocó una nueva reja metálica en la puerta exterior, efectuó cambios en las ruedas de los carros de medicación y sustituyó las ventanas de madera por otras de carpintería metálica.

En fecha 20 de febrero de 2.012, el Gerente de Horta Guinardó, en virtud del Derecho de la Alcaldía de 12 de enero de 2.012, resolvió el cese de la actividad de la residencia en el plazo máximo de 48 horas, resolución que se notificó al querellado en fecha 5 de marzo de 2.012 y que fue recurrida por éste poniendo en conocimiento del Ayuntamiento los trabajos de aislamiento que había realizado encaminados a reducir las emisiones sonoras, alegando la necesidad de una nueva sonometría que sin embargo no era permitida por los inquilinos de la vivienda.

En fecha 30 de marzo de 2.012 se constata por el Ayuntamiento la insuficiencia de las medidas realizada y se indica al querellado la necesidad de presentar un proyecto de medidas correctoras. Finalmente en fecha 14 de mayo se acuerda nuevamente el precinto de la Residencia fijándose el día 12 de junio de 2.012, como fecha para llevar a cabo el cierre y precinto.

Con anterioridad a la fecha de cierre el querellado encargó un proyecto de refuerzo de aislamiento acústico a la mercantil AUDITORÍA ACUSTICA por importe de 14.514 euros, que se comunica al Ayuntamiento en fecha 7 de junio de 2.012, y que es autorizado el propio día 12 de junio, fecha prevista para el cierre de la actividad. Los trabajos son realizados por la mercantil DISUASON S.L. entre los días 19 y 27 de junio de 2.012 y consistieron en el aislamiento de la pared medianera y techo de los dormitorio(sic) de las plantas primera, segunda y tercera, colocación de pavimento anti vibratorio en plantas primera, segunda y tercera, colocación de tacos en sillas y patas de mesas(sic), y colocación de auto-cierre en las puertas.

En fecha 10 de julio de 2.012 el querellado comunicó al Ayuntamiento que habían finalizado las obras y que los inquilinos no le habían permitido realizar una sonometría para comprobar su eficacia, por lo que el Consistorio se dirigió en varias ocasiones a los denunciantes sin resultado, hasta que en fecha 27 de octubre, se practica una auditoría sonora por el Ayuntamiento que da lugar el Informe de fecha 7 de noviembre de 2.012 según el cual tanto los niveles de ruido derivados de la actividad como los del funcionamiento de la reja, exceden de los previstos en la normativa vigente, siendo de 52.2 dBA los de la reja metálica (el límite máximo es 45dBA) con un nivel de ruido residual de 22,6 dBA y de 40 dBA el de la actividad (nivel máximo de 30 dBA) con un nivel de ruido residual de 22,6 dBA.

A la vista del informe de fecha 7 de noviembre de 2.012, el acusado se puso en contacto con otra empresa, BARCELONA INGENIEROS SCP, que en fecha 28 de noviembre de 2.012 le indica la insoslayable necesidad de realizar una serie de mediciones en la vivienda afectada por las emisiones sonoras para determinar la vía de transmisión del sonido.

El Ayuntamiento, en fecha 30 de noviembre de 2.012 desestima el recurso de alzada interpuesto por el querellado contra la orden de cese de actividad, por lo que el querellado y la mercantil DESALUP interponen Demanda cautelarísima de suspensión del acuerdo de precinto de la actividad ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que en fecha 11 de diciembre de 2.012 dicta Auto por el cual suspende la tramitación de los dos expedientes en tanto los allí denunciantes no autorizasen la entrada en su domicilio a los efectos de poder realizar los estudios sonométricos necesarios para adecuar la actividad a los límites de ruido permitidos por las ordenanzas municipales, suspensión que alcanzaría los 20 días siguientes a fin de realizarse el informe y en su caso los trabajos de aislamiento necesarios. La anterior resolución fue recurrida por el Ayuntamiento y fue parcialmente confirmada por la Sentencia de fecha 12 de julio de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJC, en el sentido de reducir la suspensión a la ejecución de la orden de cierre y no a los dos expedientes sancionadores abiertos.

De las pruebas practicadas resulta que el acusado sí fue adoptando medidas correctoras a medida que iba teniendo conocimiento del resultado lesivo causado por su actividad empresarial y además intentó tomar nuevas medidas correctoras cada vez que un estudio sonométrico ponía de manifiesto la falta de eficacia los anteriores, si bien los perjudicados obstaculizaron la posibilidad de ejecutar dichas nuevas medidas de corrección.

Si bien los querellantes y su hija menor, Tomasa sufrieron lesiones psíquicas, según han objetivado los informes médicos obrantes en autos, no se ha acreditado que las mismas fueran producidas intencionalmente por los acusados, ni que éstos, se representasen la alta probabilidad de su causación y lo aceptaran (sic) >>.



SEGUNDO.- La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con la siguiente **parte dispositiva** :

<<En virtud de los preceptos jurídicos citados y demás que son pertinente aplicación, FALLO: Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a los acusados Antonio y a la mercantil DESALUP S.L. de los delitos de que venían siendo acusados, declarándose de oficio las costas causadas en el procedimiento.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firmas de Letrado y Procurador, dentro de los seis días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la acusación particular ejercida por D^a. Trinidad y D. Juan Ramón , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación legal de la **acusación particular** ejercida por D^a. Trinidad y D. Juan Ramón , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

Motivo primero .- Al amparo del número 4 del art. 5 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim , en relación al artículo 24.1 de la Constitución , por vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo .- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim por falta de aplicación del artículo 325, en relación al art. 326 y 327 del CP y arts. 147 , 148 y 145 del CP .

Motivo tercero .- Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 19 de mayo de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de septiembre de 2017 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de octubre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 8 de abril de 2016, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de la causa penal núm. 62/15, procedente del Juzgado de instrucción núm. 7 de Barcelona, seguida por el delito de lesiones, absolvió a los acusados Antonio y a la entidad mercantil DESALUP S.L de los delitos por los que venían siendo acusados.

Contra esta resolución se promueve recurso de casación por la representación procesal de la acusación particular ejercida por Trinidad y Juan Ramón . Se formalizan tres motivos por cada uno de los recurrentes. Sin embargo, la coincidencia prácticamente literal en el desarrollo de los distintos motivos autoriza a esta Sala a su tratamiento unitario.

1.1. - El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Alega la defensa que la sentencia cuestionada, pese a constatar la existencia de los ruidos de la vivienda en la que residen ambos recurrentes, determinante de la incoación de sendos expedientes por el Ayuntamiento de Barcelona sobre la normativa de ruidos y que dieron lugar a la orden de precinto de la residencia origen de esos disturbios, absuelve a los denunciados sin otro respaldo que sus alegaciones defensivas. La sentencia, en fin, «... se limita a dar sólo valor probatorio a lo argumentado por los acusados y quitar validez a todo lo argumentado por mi representado y su esposa».

No tiene razón el recurrente y el motivo tiene que decaer.

En efecto, el esquema argumental que anima la impugnación de la acusación particular parte de un equívoco que, llevado a sus últimas consecuencias, desnaturaliza el contenido material del derecho fundamental que se dice vulnerado. Ni la objetiva realidad de ruidos transgresores de la normativa administrativa, ni la existencia



de una resolución municipal de precinto de la residencia de ancianos en la que esos ruidos se propagan, son suficientes, por sí solos, para colmar el juicio de tipicidad. El principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP -eje estructural de todo el sistema penal- y la necesidad de proclamar la sustantividad del derecho penal, sin interferencias condicionantes de otras ramas del derecho sancionador - art. 10 de la LOPJ -, impiden todo automatismo valorativo en el momento de proclamar la responsabilidad penal. Hemos dicho en numerosas ocasiones que «... *la jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas (cfr. en el mismo sentido las SSTs 338/1992, 12 marzo y 450/1995, 27 marzo, entre otras muchas)*» .

Desde esta perspectiva, la lectura detenida de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona pone de manifiesto que no existe una valoración unidireccional de los elementos probatorios de descargo, con desprecio de las pruebas ofrecidas por la acusación. El FJ 2º refleja un apreciable esfuerzo ponderativo de las pruebas documentales, testificales y periciales que fueron ofrecidas por el Fiscal y las partes en el plenario. Y es a partir del resultado que arrojó esa actividad probatoria como los Jueces de instancia llegaron a la conclusión de la falta de sostén probatorio del tipo subjetivo. Allí puede leerse lo siguiente: «... *partiendo de cuanto antecede, estamos en situación de rechazar la concurrencia de dolo por ser evidente que la conducta del acusado tenía por finalidad el desarrollo de una actividad industrial y no la pura intención de causar el efecto lesivo, es decir crear una situación de riesgo grave o directamente menoscabar la salud de los moradores de la vivienda contigua. Pero es que además, ha resultado acreditado que no permaneció impasible ante las quejas y denuncias- de los querellantes, sino que por el contrario fue adoptando medidas correctoras a medida que iba teniendo conocimiento del resultado lesivo causado por su actividad empresarial e intentó tomar nuevas medidas cada vez que un estudio sonométrico ponía de manifiesto la falta de eficacia de las anteriores, sin que hubiese logrado que cesasen las emisiones precisamente ante la actitud obstaculizadora de los querellantes quienes no le permitieron realizar en su domicilio las pruebas que hubiesen podido señalar con la necesaria seguridad y certeza las fuentes de transmisión del ruido, y ello desde su posición, mantenida a lo largo de la instrucción de los expedientes sancionadores, de exigir como única solución, la insonorización de todo el edificio*» .

La Audiencia Provincial ha constatado la ausencia de una voluntad del querellado directamente encaminada a causar el perjuicio. No ha podido apreciar una indiferencia ante el grave riesgo de que esa contaminación sonora provocara las lesiones que finalmente sufrieron los denunciados. Antes al contrario, la actitud del acusado estuvo orientada a paliar esos ruidos y, en la medida de lo posible, a ajustar su existencia a los límites tolerables con arreglo a la normativa municipal. Así se expresa el Tribunal a quo cuando razona que «... *siendo cierto, conforme alega la acusación, que en fecha 17 de enero de 2.012 se notificó al querellado la existencia de los dos expedientes incoados sin que efectuase manifestación alguna, también lo es que, contrariamente a lo afirmado, no permaneció impasible e indiferente a las quejas que allí habían sido expuestas. El querellado Antonio tiene manifestado en el juicio oral, ratificando sus anteriores manifestaciones, que desde el momento en que se presentó la denuncia contactó con una empresa especializada en insonorización, la mercantil AUDITORIA ACUSTICA S.L. empresa que desde el primer momento le manifestó que sería recomendable se hiciese una sonda para ver el foco del sonido y que lo mejor era entrar en casa de la vecina para ver el foco del sonido si era el ruido de la residencia o de la planta baja, y que a partir de ahí se pusieron en contacto con la vecina que les negó la entrada en su domicilio, y que pese a ello realizó una serie de trabajos encaminados a solucionar las emisiones sonoras, se cambiaron las ruedas a los carros de medicación, se pusieron ruedas a las camas, cambiaron la reja metálica de la entrada principal de la residencia y se pusieron ventanas metálicas de doble cristal sustituyendo las antiguas de madera*» .

La insuficiencia de esos trabajos no permite afirmar, sin más, la pretendida indiferencia del acusado respecto de las molestias que su actividad estaba generando a los vecinos. Sobre todo, cuando esa ineficacia ha sido asociada por los Jueces de instancia a la actitud de Trinidad y Juan Ramón que, en ningún momento, permitieron el acceso de los peritos a su propio domicilio. Esa negativa -tan entendible, a la vista de la duración e intensidad del desencuentro con sus vecinos, como perjudicial para sus objetivos- está en el origen de la grieta probatoria que ha llevado al desenlace absolutorio. Así lo razona la sentencia recurrida: «... *pese a tales indicaciones, el acusado lejos de desentenderse de la situación, acudió a una segunda empresa, Barcelona Ingenieros SCP, cuyo representante legal, DON Casimiro, ratificó que aquel les había solicitado un presupuesto para hacer un estudio acústico con la finalidad de minimizar las molestias de una vecina, y que su informe, que consta aportado al folio 380 de la causa, concluía en la necesidad de determinar en primer lugar el aislamiento existente entre el lugar donde se genera el ruido y el receptor, después hay que identificar las fuentes sonoras que producen la molestia - para ello hay que examinar también el recinto receptor, ya que es posible que las fuentes sean de un lugar distinto del que se supone, siendo preciso probar, encender y apagar las máquinas, o lo que sea- y en tercer lugar hay que establecer las vías de transmisión es decir, cómo se propaga el ruido desde el generador hasta el receptor y para ello es deseable también estar en ambos lugares y hacer pruebas.*



En definitiva, a juicio del testigo, sin trabajar en ambos lugares no se pueden adoptar medidas de insonorización. (...) Pues bien, las comprobaciones que se precisaban no eran una mera sonometría del ruido soportado en la vivienda de los querellados, pudiendo llegar a entenderse que éstos se negasen a su práctica por existir dos informes efectuados tras las inspecciones del Ayuntamiento. Lo que se interesaba era determinar las fuentes del ruido y las formas de su transmisión, medición que no tenía por finalidad tanto negar la existencia de la contaminación acústica, como encontrar la forma más acertada de solucionarla, medida que por otra parte se representaba como imprescindible teniendo en cuenta el resultado infructuoso de las que hasta el momento se habían realizado, y si bien las primeras las realizó el acusado careciendo de conocimientos específicos, guiado solo por su buena voluntad y por la descripción de los ruidos que contiene el primer informe y el contenido de las quejas de los querellantes, no es menos cierto que las segundas obras fueron realizadas por empresa especializada en insonorizaciones y sin embargo, con idéntico resultado» .

No ha existido, por tanto, el déficit de motivación que está en la base de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se podrá coincidir o no con el razonamiento de la sentencia recurrida, pero éste no puede ser tachado del irracional, arbitrario o extravagante. La presunta víctima de un delito, ha puntualizado el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 106/2011, 20 de junio y 145/2009, de 15 de junio (FJ 4), no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4 ; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4 ; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1 ; 168/2001, de 16 de julio , FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur* , es decir, del « *derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho* » (así, STC 120/2000, de 10 de mayo , FJ 4).

Por cuanto antecede, el primero de los motivos formalizado por ambos recurrentes ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

1.2. - El segundo de los motivos, con cita del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, por indebida inaplicación de los arts. 325 , 326 , 327, en relación con los arts. 147 , 148 y 145 del CP .

Entiende la defensa de los recurrentes que concurren todos los elementos que definen los delitos por los que se formuló acusación. Ha quedado probado y acreditado -se razona- la actividad empresarial desarrollada por los querellados en la finca contigua a la ocupada por Trinidad y Juan Ramón , así como la emisión de ruidos nocivos para su salud y la de su familia. Se da, por tanto, el elemento objetivo para la apreciación del delito. Además, contrariamente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, no se intentaron minimizar las fuentes de esa contaminación sonora. Lo único que buscaban los querellados era evitar las sanciones administrativas que pesaban sobre ellos, «... *pero nunca pensando en el daño que estaban causando*» a quienes tenían que soportar esos ruidos. También quedó acreditada -insiste la defensa- la vulneración de la Ordenanza Municipal de Medio Ambiente de Barcelona de 2011, lo que condujo al dictado de una orden de precinto. También tienen reflejo en el factum las lesiones y padecimientos sufridos por la querellante Trinidad y su hija Tomasa .

No tiene razón el recurrente.

1.2.1. - El desarrollo del motivo -al que no falta una cuidada cita legislativa y jurisprudencial- se aparta del presupuesto *sine qua non* para su viabilidad, a saber, la aceptación del hecho probado. Esta exigencia es inseparable del significado histórico y vigente del recurso extraordinario de casación, hasta el punto de que el cauce que proporciona el art. 849.1 de la LECrim sólo autoriza a discutir el juicio de subsunción, sin posibilidad de extender la censura a otros aspectos ligados al soporte probatorio de lo que el relato fáctico ha proclamado. Así lo viene exigiendo una reiteradísima jurisprudencia, de la que se hace eco el Fiscal en su escrito de impugnación.

Pues bien, la defensa no sólo cuestiona la expresa negación del dolo que acogen los dos párrafos finales del juicio histórico, sino que califica como « *alejado de la realidad*» el fragmento en el que se señala que «... *los perjudicados obstaculizaron la posibilidad de ejecutar dichas nuevas medidas de corrección*». Para los recurrentes «... *ha quedado probado y acreditada la actuación dolosa de los querellados que siendo concedores del grave perjuicio que estaban ocasionando no hicieron nada para solucionarlo*». Además, la obstaculización a que se refieren los Jueces de instancia se explicaría -se arguye- por el deseo de los recurrentes de que las periciales se realizaran por peritos verdaderamente imparciales.

Y no es eso lo que se expresa en el factum: «... *de las pruebas practicadas resulta que el acusado sí fue adoptando medidas correctoras a medida que iba teniendo conocimiento del resultado lesivo causado por su actividad empresarial y además intentó tomar nuevas medidas correctoras cada vez que un estudio sonométrico ponía de manifiesto la falta de eficacia los anteriores, si bien- los perjudicados obstaculizaron la posibilidad de ejecutar dichas nuevas medidas de corrección*». Concluye el juicio histórico con la siguiente afirmación: «...*si bien los querellantes y su hija menor, Tomasa sufrieron lesiones psíquicas, según han objetivado los informes*



médicos obrantes en autos, no se ha acreditado que las mismas fueran producidas intencionalmente por los acusados, ni que éstos, se representasen la alta probabilidad de su causación, y lo aceptaran ».

1.2.2. - Esta expresa negación del dolo por el Tribunal de instancia alza una barrera infranqueable para esta Sala cuando lo que se pretende, como sucede en el caso presente, es que se deje sin efecto una sentencia absolutoria y sea ésta reemplazada por un pronunciamiento de condena. Al analizar las razones que justifican la desestimación del tercero de los motivos hacemos un recorrido sobre el actual estado de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, referido a la inviabilidad del recurso de casación como cauce procesal para condenar a aquel que ha resultado absuelto en la instancia. A lo allí expuesto nos remitimos. Baste ahora una simple mención a un reciente pronunciamiento del TEDH, en el que se definen los límites derivados de la revisión de sentencias absolutorias a partir de los elementos subjetivos valorados en la instancia. Se trata de la sentencia 13 de junio de 2017 (*Atuxa Mendiola y otros v. España*). En el párrafo 43 puede leerse lo siguiente: «... es preciso constatar que, cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, (como, en este caso, la existencia de una voluntad rebelde) es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados (*Lacadena Calero v. España*)». Y añade el núm. 43: « efectivamente, el Tribunal Supremo ha valorado la intencionalidad de los demandantes tras haber examinado los hechos probados por la instancia inferior (entre los cuales figuran los documentos del expediente). Sin embargo ha llegado a su conclusión por deducción, sin haber oído a los interesados, que por ello no han tenido la oportunidad de exponer ante él las razones por las que negaban haber tenido una intención fraudulenta (*Lacadena Calero, anteriormente citada*...).

El desbordamiento por los recurrentes de los límites inherentes al motivo hecho valer por la vía del art. 849.1 de la LECrim , llega hasta el punto de cuestionar la traducción del catalán al castellano de algunos de los documentos que obran en el expediente administrativo NUM002 , singularmente, el contenido de los folios 61 y 62.

En definitiva, el motivo incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los apartados 3 y 4 del art. 885 de la LECrim . En el primero de ellos se declara inadmisibile el recurso « cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos...». En el segundo, se asocia el mismo efecto « cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición».

1.2.3. - Otras razones respaldan la desestimación del motivo. En efecto, en el *suplico* del escrito de formalización del recurso se interesa la condena a la entidad mercantil DESALUP S.L como autora de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el art. 327 con la pena de 5 años de multa, con una cuota diaria de 80 euros, así como la clausura provisional del centro geriátrico sito en la calle Baixada de la Plana núm. 7 de Barcelona, por un tiempo no inferior a 5 años.

Sin embargo, el desarrollo del motivo no incluye referencia alguna al presupuesto fáctico a tomar en consideración para respaldar la reivindicada sentencia condenatoria. Para el caso en que la solicitud de una pena de 5 años de multa y clausura provisional del centro geriátrico estuviera inspirada en la aplicación combinada de los actuales arts. 31 bis y 328 del CP -el recurso alude al art. 327-, existirían razones añadidas para su rechazo. Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, de que «... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal». No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP (cfr. STS 514/2015, 2 de septiembre). La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. Así lo afirmábamos en la STS 154/2016, 29 de febrero : «... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». Añadimos que la responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina "... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos".



La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización *autopoiética* que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad.

Sea como fuere, ya en el ámbito que es propio de las garantías que han de presidir el enjuiciamiento penal, singularmente en lo afectante al derecho a la presunción de inocencia, la STS 221/2016, 16 de marzo , recordaba que «... sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio . En ella se señala que «... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad» .

En la STS 583/2017, 19 de julio , insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que «... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación ». También descartábamos la posible vulneración del derecho de defensa que alegaba el recurrente a la vista del no ofrecimiento por el Tribunal *a quo* del derecho a la última palabra a la persona jurídica investigada. La coincidente estrategia defensiva de ambos sujetos imputados -persona física y persona jurídica-, descartaba en el caso entonces enjuiciado cualquier vulneración de relevancia constitucional.

Hemos negado la existencia de un extravagante *litis consorcio pasivo necesario* entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio).

En definitiva, la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora, obligan a descartar la prosperabilidad del segundo de los motivos hecho valer por ambos recurrentes.

1.3. - El tercero y último de los motivos, ahora con invocación del art. 849.2 de la LECrim , sostiene el error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obren en la causa y demuestren la equivocación del juzgador.

Se señalan como documentos acreditativos del error valorativo los siguientes: a) folio 375 «assebentat» (*sic*); b) folios 354 a 374, auditoría acústica y presupuesto DISUASIÓN; c) folio 72, medicación Sra. Trinidad ; d) folios 103, 104 y 105, 240, 241, 248 informes médicos de la Sra. Trinidad ; e) folios 251 y 252 informes médicos del Sr. Juan Ramón ; f) folios 444 al 454 informes médicos Sra. Trinidad ; f) folios 437 a 440 informes médicos Sr. Juan Ramón ; g) expediente de actividad 00977, documentación anexa, folios 22 a 24, 37, 45, 50, 61, 62, 92 a 94, 143 a 163, 196, 198, 200.

El motivo es inviable.

También ahora se desbordan los límites inherentes a la vía casacional seleccionada por el recurrente. Se interesa de esta Sala que, a partir de la valoración de esos documentos, se deje sin efecto la sentencia absolutoria y se condene a los acusados - Antonio y la entidad mercantil DESALUP S.L- a las penas solicitadas en las conclusiones definitivas.

Se olvida, sin embargo, que el actual estado de la doctrina de esta Sala, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, no permite la revisión casacional de sentencias absolutorias a partir de una valoración distante y extemporánea de las verdaderas fuentes de pruebas. En efecto, el examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim , tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una



jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia -decíamos en nuestras SSTs 22/2016, 27 de enero ; 161/2015, 17 de marzo ; 976/2013, 30 de diciembre y 91/2013, 1 de febrero - no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre ; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero , entre otras). Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim .

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obran en la causa y que "... demuestran la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación . Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim . En él se exige que esos documentos no resulten "... *contradichos por otros elementos probatorios*". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales -aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio.

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Por las razones expuestas, resulta obligada la desestimación del tercer motivo.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim , y a la pérdida del depósito si éste hubiera llegado a constituirse.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de la **acusación particular** ejercida por D. Juan Ramón y D^a. Trinidad , contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2016, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona , seguida por el delito de lesiones, que absolvió



a los acusados D. Antonio y a la entidad mercantil DESALUP S.L de los delitos por los que venían siendo acusados. **Condenar** a ambos recurrentes al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito si éste hubiera llegado a constituirse. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ