



Roj: **STS 438/2021 - ECLI:ES:TS:2021:438**

Id Cendoj: **28079120012021100095**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2021**

Nº de Recurso: **1225/2019**

Nº de Resolución: **100/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1389/2019,**
STS 438/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 100/2021

Fecha de sentencia: 05/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1225/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1225/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 100/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley con el nº 1225/2019, interpuesto por la representación de D. Fausto , representado por la procuradora Dña. Silvia Urdiales González bajo la dirección letrada de D. Enrique Trebolle Lafuente, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 13 de febrero de 2019 (Rollo de Apelación nº 6/2019), que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única, (Rollo de Sala 19/2017), por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un **delito** consumado de lesiones con la agravante de alevosía, siendo parte recurrida D. Fulgencio (acusación particular), representado por la procuradora Dña. Hortensia Barrio Puyal bajo la dirección letrada de D. José Luis Espinilla Yagüe, con intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Huesca, incoó Sumario nº 1/2017 por un presunto **delito** de homicidio en tentativa, contra D. Fausto , una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única, que dictó sentencia de fecha 21 de noviembre de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"Apreciadas en conciencia y según las reglas del criterio racional las pruebas practicadas, las manifestaciones del acusado y las razones de las partes y sus defensores; y habida cuenta del siempre superior interés de tutela al inocente sobre el de la condena del reo, APARECE PROBADO Y ASÍ SE DECLARA:

PRIMERO.- Que el acusado Fausto venía manteniendo una relación sentimental con Eloisa fruto de la cual nació un niño que en el momento de los hechos tenía dos años y medio y asistía a la guardería DIRECCION000 de Huesca. Eloisa falleció, víctima de una sobredosis, el 29 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- Que el día 5 de junio de 2017 el acusado, siendo mayor de edad y estando ejecutoriamente condenado por violencia de género y por quebrantamiento de condena, mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, tras dejar a su hijo en la guardería, se dirigió a la Comisaría de la Policía de Huesca a fin de solicitar información sobre las circunstancias de la muerte de la madre de su hijo (Eloisa), convencido de que las personas que se encontraban con ella en el momento del fallecimiento. y en las horas inmediatamente anteriores, de las que conocía sus identidades, no habían actuado correctamente en tal situación. Abandonando alrededor de las 10:30 horas, o algo más tarde, las dependencias policiales.

TERCERO.- Que alrededor de las 12:20 horas, después de haber conversado telefónicamente con su abogada sobre la sustitución de una pena que tenía pendiente de cumplimiento, el acusado, conduciendo el vehículo Hyundai H+1 con placas de matrículaDWY asegurado en la compañía Allianz, camino de la Guardería DIRECCION000 , donde había quedado entre las 13 y las 14 horas con la. jefa de estudios de la guardería, se dirigió a la C/ DIRECCION001 , lugar donde se encontraba estacionado el vehículo Fiat BravoKKY usado por Fulgencio , una de las personas que estaban con Eloisa cuando falleció, cuya identidad conocía el acusado, y al percatarse el acusado de la presencia de Fulgencio delante del Fiat Bravo mirando los daños que tenía en el faro delantero izquierdo, el acusado con ánimo de. lesionarle, sorpresiva e inesperadamente, circulando a una velocidad que no se ha demostrado que fuera superior a veinte o treinta kilómetros por hora, dio un volantazo hacia la derecha, dirigiendo la furgoneta Hyundai hacia donde Fulgencio se encontraba, impactando la furgoneta del acusado con .el Fiat Bravo de Fulgencio , cuyo frontal resultó desplazado lateralmente en un metro hacia la acera, al tiempo que la furgoneta del acusado alcanzaba seguidamente también a Fulgencio cuando se encontraba agachado mirando el faro, empujándolo hacia la persiana del local del número NUM000 de la DIRECCION001 , atropellándolo de modo que Fulgencio quedó aprisionado entre el vehículo del acusado y la persiana metálica del local sito en C/ DIRECCION001 número NUM000 propiedad de Argimiro . Tras esto, el acusado se bajó de la furgoneta mientras varias personas auxiliaban a Fulgencio .

CUARTO.- Que a las 12:38 horas se hizo la prueba de alcoholemia al acusado dando un resultado de 0,00 mg de alcohol por litro de aire espirado. Y a las 12:43, siempre del cinco de junio de 2017, se le practicó el test de detección de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante prueba salival dando negativo a cocaína, opiáceos, metanfetaminas y anfetaminas pero dio positivo a cannabis (THC), por lo que se remitió al laboratorio DIRECCION002 una muestra de saliva del acusado, en el cual se confirmó la presencia de cannabis y, además, se detectaron 25,29 ng/ml de cocaína. El acusado el día de los hechos no había consumido droga alguna pero venía consumiendo regularmente cocaína desde, al menos, febrero de 2017, según se pudo constatar con el análisis de un mechón de su cabello, y era consumidor habitual de hachís.



QUINTO.- Que como consecuencia de los hechos narrados anteriormente Fulgencio sufrió lesiones consistentes en: hematoma subgaleal parietooccipital derecho, con amnesia del episodio traumático; pequeño hematoma frontal derecho; dolor arco zigomático derecho, con hematoma en labio superior derecho; erosión en región anterior de parte distal de antebrazo y parte proximal de antebrazo derecho; erosión región lumbar derecha; erosión a nivel de región anterior de rodilla derecha. Fractura de L3, L2, acuñaamiento L1 (hundimientos del platillos superiores de L2 y L3 sin invasión del canal y tenue línea de fractura en región antero superior del cuerpo L1, manteniendo altura del cuerpo y alineación posterior y elementos posteriores sin alteraciones); fractura de clavícula derecha tercio medio, que requirieron para alcanzar la sanidad tratamiento médico consistente en: tratamiento facultativo necesario después de la primera asistencia; tratamiento en uvi móvil: 2 bolos de fentanest, collarín blando; en urgencias de H. DIRECCION003 : antiinflamatorios endovenoso, protector endovenoso, collarín blando con retirada de Filadelfia; sondaje por imposibilidad micción; sutura 4/0 cara interna primer dedo mano derecha: 2 puntos de sutura y puntos aproximación; al alta de urgencias, ingreso en planta; tratamiento ortopédico con corsé para fracturas vertebrales; e inmovilizador con vendaje en 8 para Fx clavícula y control trauma en 3-4 semanas al alta de planta H. DIRECCION003 en fecha 8-6-2017; tratamiento rehabilitador hasta fecha 22 de diciembre de 2017. Tardando 339 días hasta la estabilización y/o curación de sus lesiones con un perjuicio personal básico, con 4 días de estancia hospitalaria y 335 de imposibilidad para desarrollar una parte relevante de su actividad habitual laboral y no laboral quedándole como secuelas fractura acuñaamiento/aplastamiento menor de 50%: 2 puntos; y algias postraumáticas sin compromiso radicular y/o síndrome cervical asociado: 2 puntos. Además le ha quedado marca posterosiva en zona lumbar derecha, externa, de 4x1,5 cm, hipercrómica respecto de la piel circundante; cicatriz de 1,5 cm en cara externa interfalángica de primer dedo mano derecha; dos cicatrices, de 0,5 y 1 cm en zona interdigital cara palmar entre 2° 3° dedos y en art met-fal de 2° dedo mano izquierda; cicatriz redondeada, de 2x3 cm, muy hipercrómica en rodilla derecha, prerotuliana que suponen un perjuicio ligero valorable en dos puntos.

SEXTO.- Que los daños causados en el local sito en C/ DIRECCION001 número NUM000 propiedad de Argimiro , han sido tasados pericialmente en la cantidad de 3005 euros, habiéndose entregado al mismo, tras la consignación realizada por Allianz para hacerle pago, 4.135,90 euros más otros 133,10 que con idéntica finalidad fueron consignados por la citada aseguradora para su entrega a dicho perjudicado. La repetida aseguradora consignó también, el 24 de octubre de 2017, 14.404,12 euros para su entrega al lesionado Fulgencio , a cuya representación procesal se le entregó por el juzgado un mandamiento de pago con dicha cantidad el día 24 de enero de 2018. Además, el acusado, el 13 de noviembre de 2018, sirviéndose de un tercero llamado Justiniano , antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, ingresó 3000 euros en la cuenta de este tribunal para su entrega al repetido, lesionado. Consta también probado que el 12 de junio de 2018, Allianz ingresó en la cuenta del juzgado 9.224,82 euros, por este procedimiento, sin hacer constar el concepto y sin que conste que indicara el destino que debía darse a dicha cantidad.

SÉPTIMO.- Que no sabemos a cuanto asciende la reparación de los daños causados en el Fiat Bravo el cual ya antes del atropello descrito tenía daños que impedían la apertura de la puerta del conductor y tenía también dañado el faro inferior delantero izquierdo. En el momento de los hechos el acusado se encontraba inmerso en una situación de estrés agudo y grave tras el fallecimiento de Eloisa , lo que le supuso una situación de duelo (doble: por él y por su hijo), en una situación lastrada por la ansiedad que le consumía ante las expectativas de un futuro incierto. La suma de los problemas objetivos, graves, una situación de duelo extremo (por su compañera y por su hijo), de la facilitación impulsiva determinada por su carácter, determinado por problemas personales, familiares y sociales, y el encuentro con la persona a la que responsabilizaba de sus problemas y a la que daba un carácter siniestro (más allá de responsabilizarle de una pérdida física), mermaron la capacidad volitiva e intelectual del acusado para tomar el control de sus actos y reflexionar sobre las consecuencias de los mismos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al acusado Fausto , como autor responsable de un **delito** consumado de lesiones, anteriormente tipificado, con la agravante de alevosía y las atenuantes de arrebató y disminución el daño, sin la concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años y cinco meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la prohibición de acercamiento a Fulgencio , a su domicilio, lugar de trabajo o lugar donde se encuentre a una distancia inferior a doscientos metros y de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento por un periodo de ocho años y al pago de las costas causadas, sin excluir las de la acusación particular.

Además, condenamos al acusado a que, conjunta y solidariamente con la compañía de Seguros Allianz y con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, abone a Fulgencio la cantidad de treinta y dos mil euros (32.000 €) en pago de la cual se computarán, en la ejecución de esta resolución, todas



las consignaciones realizadas en este procedimiento a favor del citado Fulgencio , a quien le deberán ser entregadas, hasta alcanzar el referido principal, todas las consignaciones que todavía permanecen en la cuenta de este procedimiento. La referida cantidad de 32.000 euros, sólo a cargo de la citada aseguradora, devengará los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, debiendo tenerse en cuenta, en el momento de su liquidación, las consignaciones realizadas a favor del citado perjudicado.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta sentencia, abónese en su día el tiempo durante el cual el acusado ha estado provisionalmente privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido computado en otra ejecutoria".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Fausto , dictándose sentencia nº 12/2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 13 de febrero de 2019, en el Rollo de Apelación núm. 6/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Primero.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Fausto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 21 de noviembre de 2018, dictada en autos de procedimiento sumario ordinario 19/2017; sentencia que confirmamos.

Segundo.- Declarar de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución, se preparó recurso de casación por la representación de D. Fausto que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por la vía del nº 1 del art. 849 de la LECrim., al aplicar la agravante genérica de alevosía del art. 22.1ª del CP, cuando esta debe quedar subsumida en la aplicación del nº 1 del art. 148.1º del CP, al utilizar un medio o método concretamente peligroso para la vida o salud del lesionado.

Segundo.- Por infracción del nº 1 del art. 149 (sic) de la LECrim., y con carácter subsidiario al precedente motivo, en cuanto que si se considera por este Alto Tribunal que es de aplicación la agravante de alevosía, desechando el anterior motivo, no es procedente la aplicación de dicha alevosía como agravante genérica del nº 1 del art. 22 del CP, sino que debe aplicarse el nº 2º del art. 148 del CP al estar recogida específicamente dicha agravante de alevosía: "si hubiere mediado ensañamiento o alevosía".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 9 de julio de 2019, interesó la inadmisión a trámite del recurso y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando concluidos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 3 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 177/2018, 21 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en el marco del procedimiento ordinario núm. 19/2017, condenó al acusado Fausto como autor responsable de un **delito** consumado de lesiones, con la agravante de alevosía y las atenuantes de arrebató y disminución del daño, sin la concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años y 5 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la prohibición de acercamiento a Fulgencio a su domicilio, lugar de trabajo o lugar donde se encuentre, a una distancia inferior de 200 metros y de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento por un periodo de 8 años.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que fue resuelto mediante la sentencia núm. 12/2019, 13 de febrero, que desestimó íntegramente el recurso promovido y confirmó la sentencia de instancia.

La representación legal del acusado interpone ahora recurso de casación. Formaliza dos motivos que van a ser objeto de tratamiento sistemático individualizado.

2.- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de la agravante genérica de alevosía del art. 22.1 del Código Penal, cuando esta agravación -se aduce- debe quedar



subsumida en la aplicación del núm. 1 del art. 148.1 del CP, al utilizar un medio o método concretamente peligroso para la vida o salud del lesionado.

La línea argumental del recurrente se construye a partir de dos ideas.

2.1.- La primera, que no puedo haber alevosía sorpresiva porque ésta "... *necesita siempre un aprovechamiento de las circunstancias*", un "...conocimiento de la situación de desequilibrio de fuerzas y que el autor se aproveche de ellas para la comisión del **delito**". En el presente caso, esa posibilidad no existiría porque la afectación del autor, reconocida en el factum y que ha llevado a la apreciación de la atenuante de estado pasional, implicaba una "...grave merma en el control de sus actos por parte del acusado".

No tiene razón la defensa.

La alevosía no es, desde luego, incompatible con lo que la defensa del recurrente describe como una grave merma en el control de los actos ejecutados por el autor. La tesis que se defiende, llevada a sus últimas consecuencias, implicaría que el ataque alevoso sólo es admisible cuando consta el equilibrio anímico del agresor, cuando el ataque va precedido de una fría selección de los distintos medios ejecutivos al alcance del acusado.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido, frente a lo que sostiene el motivo, la plena compatibilidad, no ya con lo que en la instancia ha sido etiquetado como un estado pasional, sino incluso en los supuestos de "perturbación anímica, eximente incompleta de enajenación mental, con el trastorno mental transitorio, con el arrebató y en general con los estados pasionales" (cfr. SSTS 494/2000, 29 de junio; 1238/1998, 23 de octubre; 369/2004, 11 de marzo; 1591/1997, 29 de diciembre y 243/2004, 16 de mayo, entre otras muchas).

Con carácter general, hemos sostenido la compatibilidad de la alevosía "... *con cualquier estado de perturbación anímica cuando el agente mantenga el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza*" (STS 167/2000, 4 de febrero).

Con la misma claridad, la STS 542/2004, 23 de abril, recordaba que "... *cabe una causación alevosa del **delito** no planeada, que surja y se aproveche. Como ya apuntamos el dolo de ímpetu, súbito o irreflexivo es compatible con la alevosía, del mismo modo que tampoco constituye un obstáculo impositivo para su apreciación las situaciones de merma parcial de las facultades intelectivas y en general con cualquier estado de perturbación anímica siempre que no anule la conciencia y la libertad. También resulta compatible con el dolo eventual, como tiene afirmado esta Sala de forma reiterada*".

2.2.- La segunda razón por la que la defensa considera mal aplicada la agravante genérica de alevosía se basa también en la idea de su incompatibilidad, ahora desde otra perspectiva. Aduce la defensa que la aplicación del art. 148, en el que se agrava la pena "...si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetivos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado", es incompatible con una nueva agravación, en este caso, del art. 22 del CP, sobre todo, a la vista del apartado 2º del mismo art. 148, en el que se incluye otra agravación consistente en que "...hubiere mediado ensañamiento o alevosía".

Tampoco es atendible la alegada incompatibilidad entre la agravante genérica de alevosía (art. 22.1 CP) y el tipo agravado de lesiones (art. 148.1 CP). Es indudable que la solución a esa convergencia habrá de ser resuelta caso por caso, huyendo de fórmulas jurídicas generales que pueden oscurecer los matices que la realidad ofrece en cada supuesto. Sin embargo, el examen del presente caso pone de manifiesto que no existe la inherencia a que se refiere el art. 67 del CP. El empleo de armas o instrumentos peligrosos es perfectamente concebible sin una actuación alevosa y, a la inversa, la agresión alevosa no tiene por qué conllevar el empleo de tales armas. El tipo agravado de lesiones a que se refiere el art. 148.1 del CP presenta una neta significación instrumental, basada en la peligrosidad objetiva del medio empleado. Por el contrario, la alevosía implica una estrategia comisiva que busca, ante todo, el aseguramiento de la ejecución (cfr. STS 850/2007, 10 de octubre).

Y la concurrencia de un ataque alevoso fluye del relato de hechos probados. Como destaca el Fiscal en su dictamen de impugnación, se realizó de una manera sorpresiva e inesperada, estando Fulgencio agachado, distraído, observando los daños que presentaba uno de los faros delanteros del vehículo *Fiat Bravo*, en definitiva, mediante un ataque súbito e inesperado y sin posibilidad alguna de previsibilidad de la agresión ni de defensa.

El motivo, por tanto, carece de viabilidad (art. 885.1 LECrim).



3.- La segunda de las quejas casacionales, por el mismo cauce que habilita el art. 849.1 de la LECrim, sirve de vehículo al Letrado de la defensa para expresar, valiéndose de una estudiada argumentación, su desacuerdo con la aplicación de la agravante genérica de alevosía que ha conducido a tomar como punto de partida una pena impuesta en su mitad superior, cuando este efecto penológico no está expresamente previsto en el art. 148 del CP. En este precepto - se arguye- se fija un campo dosimétrico de 2 a 5 años de prisión. Es en esa referencia cuantitativa en la que debió haberse movido la respuesta penal de la instancia, con la consiguiente degradación previa de la pena por la concurrencia de las dos atenuantes de estado pasional (art. 21.3 CP) y reparación (art. 21.5 CP).

No tiene razón la defensa.

Son varias las ideas a tomar en consideración en el momento de valorar la corrección de la pena privativa de libertad impuesta por la Audiencia Provincial. La motivación que ha llevado a la Audiencia Provincial a imponer una pena de 3 años y 5 meses de prisión no es exhaustiva. Se limita a señalar en el FJ 3º que "...aplicando la regla séptima del artículo 66, procede imponer la pena prevista en el artículo 148.1 en su mitad inferior por lo que, teniendo también en cuenta el resultado causado y el riesgo producido, procede imponer una pena de tres años y cinco meses de prisión".

Pero en su laconismo contiene los datos indispensables para concluir su corrección.

Como puede apreciarse, el órgano decisorio, con el aval del Tribunal Superior de Justicia, ha acudido al expediente de compensación entre atenuantes y agravantes a que se refiere el art. 66.7 del CP, según el cual, "cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior".

Conforme a este criterio, la alevosía -apreciada como agravante genérica- y las atenuantes de estado pasional y reparación habrían sido ponderadas para su compensación, concluyendo que la pena correcta sería la de 3 años y 5 meses, en la franja inferior de la pena, pero próxima a su mitad superior.

Ese desenlace es el resultado de compensar un elemento constitutivo del tipo agravado -alevosía- que, a su vez, opera como agravante genérica (art. 22.1 CP). Los Jueces de instancia se han adscrito así a la tesis defendida en algunos precedentes de esta misma Sala. Es el caso, por ejemplo, de la STS 103/2007, 16 de febrero, que resolvió este problema en los siguientes términos: "*si las circunstancias cualificativas o complementos típicos generadores de los distintos subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en las circunstancias modificativas genéricas, resultarían consumidas en el subtipo mismo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, sin perjuicio de que el tribunal de instancia las pueda considerar como circunstancias del hecho a efectos de individualizarla. Pero cuando tienen su equivalencia en el catálogo de circunstancias modificativas genéricas, debe acudir a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8.4º CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció*".

En el presente caso, en la determinación de la pena procedente, la concurrencia de dos atenuantes -estado pasional y reparación- no puede prescindir de la aplicación de la alevosía, que está jugando como agravante genérica, al haberse integrado el tipo agravado con la primera de las posibilidades alternativas que ofrece el art. 148 del CP, a saber, utilización de medios, métodos o formas peligrosos para la vida o la salud. Así lo ha entendido la Audiencia Provincial que, precisamente por esta razón, ha descartado la rebaja de la pena en uno o dos grados a que se refiere el art. 66.1.2 del CP, por la sencilla razón de que este precepto exige como premisa que concurren dos o más atenuantes, pero que, al propio tiempo, no concurren agravante alguna.

A partir de esta idea, el órgano decisorio ha tomado como marco punitivo de referencia el art. 66.7 del CP que, en línea con el criterio de esta Sala, prevé que "cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior". Como puede apreciarse, la Audiencia no ha considerado correcta la degradación de la pena al amparo de la fórmula de excepción que este precepto introduce. No ha considerado que concurren razones expresivas de un fundamento cualificado de atenuación para proceder a la rebaja que reivindica el recurrente. Tampoco ha valorado la existencia de un fundamento cualificado de agravación, que habría permitido situarse en la mitad superior de la pena de 2 a 6 años.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado.

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.



FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Fausto , contra la sentencia núm. 12/2019, 13 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que resolvió el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 177/2018, 21 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en el marco del procedimiento ordinario núm. 19/2017, en la causa seguida por el **delito** de lesiones; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ