



Roj: **STSJ PV 1656/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1656**

Id Cendoj: **48020310012024100063**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2024**

Nº de Recurso: **82/2024**

Nº de Resolución: **79/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROBERTO SAIZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko Arlo Zibileko eta Zigor-Arloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 1ª Planta - Bilbao

0000082/2024 Apelación resoluciones (tramitación conforme art. 790 a 792 Lecrim) / Ebazpenen apelazioa (790 - 792 Lecrim)

NIG: 4802043220220014811

Sección Nº 6 de la Audiencia Provincial de Bizkaia 0000097/2022 - 0 Procedimiento sumario ordinario 0000097/2022 - 0

**EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. Ignacio José Subijana Zunzunegui**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. Roberto Saiz Fernández**

**D. Manuel Ayo Fernández**

En Bilbao, a 2 de julio del 2024.

La Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba indicados, en el Apelación resoluciones (tramitación conforme art. 790 a 792 Lecrim), 0000082/2024 en virtud de las facultades que le han sido dadas por la Constitución y en nombre del Rey, ha pronunciado la siguiente

**S E N T E N C I A N.º 000079/2024**

En el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. IKER LEGORBURU URIARTE, en nombre y representación de Jose Miguel , bajo la dirección letrada de D. ANDRES FALCETO RODAL, contra sentencia de fecha 15 de marzo de 2024, dictada por la Sección Nº 6 de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el Procedimiento sumario ordinario 97/2022, por delito continuado de quebrantamiento, por delito de maltrato habitual, por delito de maltrato no habitual y por delito de agresión sexual.

Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. José Manuel Ortiz Márquez y la Acusación Particular -D.ª Noelia , representada por la Procuradora D.ª MÓNICA DURANGO GARCÍA, bajo la dirección letrada de D.ª JOSUNE SEGUÍN ZAMALLOA.

Ha sido ponente el Ilmo Sr. D. Roberto Saiz Fernandez, quien expresa el criterio de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Nº 6 de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó con fecha 15 de marzo de 2024 sentencia nº 124/2024, aclarada por auto de 10 de abril de 2024, **cuyos hechos probados son:**



" **UNICO.**- Jose Miguel nacido el día NUM000 -1992 con DNI nº NUM001 , con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia al haber sido condenado por sentencia firme de fecha 22 de junio de 2022 dictada por el juzgado de violencia sobre la mujer nº 1 de Bilbao en la causa 385/2022 por dos delitos de maltrato del artículo 153.

Sin embargo, con conocimiento de la pena impuesta por la citada sentencia, entre otras, de prohibición de aproximarse a Noelia a una distancia no inferior de 200 metros, al lugar donde resida, su lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente ,a residir a menos de 200 metros de ella y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de 2 años y 8 meses cuya fecha de inicio según liquidación practicada era el día 22 de junio de 2022 y de finalización el día 15 de febrero de 2025, cometió los siguientes hechos:

El encausado comunicó mediante sms y llamadas con su excompañera sentimental, Noelia , los días 22 y 30 de junio de 2022; 6 y 19 de julio de 2022; 7,12,15,16, y 20 de agosto de 2022, y desde el día 13 de noviembre de 2022 al 21 de noviembre de 2022. En hora no determinada del día 27 de junio de 2022, el encausado permaneció en compañía de Noelia .

Desde mediados de julio de 2022, ante la insistencia del encausado, Noelia comenzó a verse con el mismo.

Fuera de toda duda razonable, no se ha podido concretar si en fecha no determinada, el encausado aprovechando que Noelia iba a hacer una compra y había dejado el móvil en el coche, revisara su contenido y al observar una publicación de ella, cuando la misma regresó le recriminara su conducta y que con el móvil, con ánimo de atentar contra su integridad física, le propinara un golpe en la cara, para a continuación mediante un puñetazo romper el terminal mientras le decía con ánimo de humillarla " perra, asquerosa, hija de puta", ni que durante el trayecto hasta el domicilio continuara con recriminaciones por supuestos engaños con otro varón, con sus términos humillantes y estirones de pelo.

Durante el período comprendido entre los días 9 de agosto al día 14 de agosto de 2022 en que Noelia estaba de vacaciones con su familia, el encausado mantuvo conversaciones telefónicas y escritas con la misma, quién las atendía para evitar sus enfados.

Finalmente, desconociéndose el real motivo por el que se movió la voluntad de la denunciante, iniciaron la convivencia en el domicilio del encausado sito en la DIRECCION000 de DIRECCION004 a partir del día 14 de agosto de 2022. La convivencia, que transcurrió en el citado domicilio y unos días en la localidad de DIRECCION005 , finalizó a mediados del mes de septiembre de 2022.

Durante la convivencia y durante los posteriores periodos en los que rompían y reanudaban la misma, Jose Miguel con ánimo de atentar la paz familiar agredió a su compañera sentimental físicamente, sexualmente (obligándola a mantener relaciones sexuales) y psíquicamente, mediante el control de su teléfono, borrando mensajes y fotografías, obligándola a cambiar de número para impedir contacto con familiares y amistades, eliminándola de las redes sociales, obligándole a mandarle fotos para saber su ubicación y videollamadas para comprobar con quién estaba, prohibiéndole o dificultándole salir con amiga, salvo si contaba con su permiso, no permitiéndole acudir a sus clases (a principios de septiembre),

No ha podido concretarse, fuera de toda duda racional, que, en fecha no determinada, pero en todo caso a la vuelta de las vacaciones familiares el encausado con ánimo de atentar contra la integridad física de ella al despertarse de la siesta le propinara un tortazo en la cara y le rompiera de un puñetazo el móvil, ni que en otra ocasión el encausado acusara a su compañera de haberle robado la droga y le dijera: te voy a romper el reloj (regalo de su padre fallecido en el mes de abril de 2022), cogiera un machete y estampara el reloj contra la pared, la siguiera y le propinara dos puñetazos en el costado de las costillas, logrando escapar, si bien le dio alcance y le propinara otro puñetazo en el costado izquierdo de las costillas diciendo "si no dejas de llorar te mato" cubriéndole el rostro con una almohada.

A pesar del citado comportamiento, Noelia no padeció una privación de su libertad ambulatoria para poder abandonar el domicilio a través de comportamientos como que el encausado la amenazara con tijeras o desatornillara las manillas de las puertas y la dejara encerrada sin posibilidad de contactar ni salir.

A principios del mes de septiembre del 2022 , del 2 al 3, el encausado, estando en el domicilio de DIRECCION004 , en compañía de su pareja y Concepción ( amiga de Noelia nacida el día NUM002 -2004) tras salir Noelia del baño le pidió ir a la habitación donde a pesar de la oposición manifestada por su compañera sentimental a mantener relaciones sexuales, la obligó con ánimo de atentar contra su libertad sexual, aprovechándose que la misma se encontraba paralizada sin poder ofrecer resistencia y con miedo a lo que pudiera hacerle, llegando a agarrarla del pelo y cabeza a fin de facilitar su agresión, mientras se producía la penetración vaginal, Noelia no cesaba de llorar y el encausado le pidió a Concepción que presenciara



el acceso carnal iluminándoles con el móvil, a lo que accedió al quedarse bloqueada, siendo testigo de la penetración vaginal así como la felación que el procesado obligó a Noelia a practicarle.

A finales de septiembre Noelia regresó al domicilio materno. Sobre las 10:50 horas del día 4 de octubre de 2022, el procesado acudió al centro escolar " DIRECCION001 " de la DIRECCION002 de Bilbao donde Noelia cursaba sus estudios.

Sobre las 11,00 horas del 7 de octubre de 2022, el procesado volvió al centro escolar. Sobre las 23,00 horas del día 7 de octubre de 2022 el procesado se sentó junto a su excompañera sentimental en el bar Shock sito en la DIRECCION003 de la villa de Bilbao, controlando con quién se saludaba o miraba. Tras abandonar Noelia el local con sus amigas regresó en busca del paraguas y acudió al baño, momento en el que el procesado la siguió y con ánimo de atentar contra su integridad física, le propinó un puñetazo en la boca y varios puñetazos en las costillas. Acudió con sus amigas a una discoteca y a la salida, fue convencida para que denunciara los hechos ante una patrulla de la Policía Municipal de Bilbao, siendo acompañada al Hospital donde se elabora informe de lesiones de primera asistencia. Durante este lapso temporal, el acusado no paró de enviarle mensajes de control, a través de número oculto.

Sobre las 16:00 horas del día 9 de octubre de 2022 el procesado telefoneó a Noelia a fin de quedar con ella, accediendo la misma por miedo; de manera que sobre las 22,00 acudió a su domicilio sin que se haya podido acreditar que ese mismo día al abandonar el procesado su propio domicilio con ánimo de atemorizarla, se dirigiera a la misma en términos tales como "si entro en la cárcel por tu culpa le voy a hacer algo a tu familia".

No ha podido ser debidamente reproducido ni cotejado CD en el que se denunció que sobre las 00:23 horas del 13 de octubre de 2022, el procesado enviara a Noelia varios mensajes en los que con ánimo de atemorizarla le decía que la quería matar, que daba un combate de balas a Rosendo , mandando una foto de pistola y balas.

Noelia presenta un trastorno por estrés postraumático que ha precisado de tratamiento psiquiátrico y psicológico.

Por auto de fecha 24 de noviembre de 2022 se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza del procesado. "

**y cuyo fallo dice textualmente:**

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Jose Miguel :

- como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento la pena de doce meses de prisión, inhabilitación especial tal derecho sufragio pasivo por el mismo tiempo.

-Por el delito de maltrato habitual previsto y penado el artículo 173 segundo, primero y dos del código penal, en relación con los artículos 57.2 y 48.2 del código penal procede imponer la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial tal derecho sufragio pasivo por el mismo tiempo y prohibición de acercamiento a Noelia , a su domicilio común lugar de trabajo cualquier lugar en que se encuentre a menos de 500 metros de comunicarse con ella por tiempo de seis años,

-Por el delito de maltrato no habitual del art. 153.1.2 y 3 del código penal a la pena de doce meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, privación del derecho la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercamiento a Noelia , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentra menos de 500 metros y de comunicarse con la misma por tiempo de tres años.

-Por el delito de agresión sexual, la pena de seis años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y prohibición de acercamiento a Noelia , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentra menos de 500 metros y a comunicarse con la misma por tiempo de nueve años.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 192.1, en la redacción del código penal vigenta los hechos, se impone la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad por cinco años y que de conformidad con dispuesto el artículo 106 punto uno letra jota consistirá en la obligación de participar en programas de educación sexual u otros similares aparte de la prohibición de comunicación ya fijada, concurriendo la agravante de reincidencia respecto al delito de maltrato no habitual, absolviendo le libremente del resto de acusaciones de que era objeto y debiendo indemnizar a la perjudicada en la suma de 20000 € en concepto de responsabilidad civil, siendo de aplicación los intereses legales fijados en el artículo 576 de la LEC y con imposición de la mitad de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, declarando el resto de oficio.



Y para el cumplimiento de la pena principal, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, que debe extenderse hasta el límite de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, de conformidad con lo prevenido en el artículo 504.2 de la ley de enjuiciamiento criminal. "

**En la parte dispositiva del auto de aclaración de 10 de abril de 2024, se acuerda:**

"Acordamos haber lugar a realizar aclaración de nuestra sentencia de fecha 15 de marzo del año 2024, en el sentido indicado en el Fundamento anterior, con expresa absolución, con todos los pronunciamientos favorables hacia el procesado, del resto de delitos por los que era acusado y no recogidos en el Fallo. "

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de Jose Miguel en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

**TERCERO.-** Elevados los autos a esta Sala, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de resolver sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

**CUARTO.-** Al no estimarse necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

## HECHOS PROBADOS

No se admiten los de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto un recurso de apelación por el Procurador de los Tribunales, D. Iker Legorburu Uriarte, en representación de y de Jose Miguel , contra la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, núm. 124/2024, de 15 de marzo de 2024, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento la pena de doce meses de prisión, inhabilitación especial tal derecho sufragio pasivo por el mismo tiempo; como autor de un delito de maltrato habitual, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial tal derecho sufragio pasivo por el mismo tiempo y prohibición de acercamiento a Noelia , a su domicilio común lugar de trabajo cualquier lugar en que se encuentre a menos de 500 metros de comunicarse con ella por tiempo de seis años; como autor de un delito de maltrato no habitual a la pena de doce meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, privación del derecho la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercamiento a Noelia , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentra menos de 500 metros y de comunicarse con la misma por tiempo de tres años; como autor de un delito de agresión sexual, a la pena de seis años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y prohibición de acercamiento a Noelia , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que se encuentra menos de 500 metros y a comunicarse con la misma por tiempo de nueve años. Se le impuso, también, la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad por cinco años con la obligación de participar en programas de educación sexual u otros similares aparte de la prohibición de comunicación ya fijada; y le absolvió del resto de acusaciones de que era objeto. Fijando una indemnización en favor de la perjudicada de 20.000 € en concepto de responsabilidad civil.

La parte recurrente ha fundamentado su recurso de apelación en los siguientes motivos: 1) La vulneración a la tutela judicial efectiva. 2) La infracción de normas legales. 3) El error en la apreciación de la prueba en la que incurre el Tribunal " a quo". E interesa el dictado de una sentencia por la que se absuelva al Sr. Jose Miguel de los delitos de maltrato no habitual y agresión sexual; subsidiariamente, que se estime la excepción de nulidad, retrotrayéndose las actuaciones hasta el inicio de la fase del juicio oral por el que se debe designar nuevo tribunal para el enjuiciamiento de estos hechos al estar contaminado el tribunal a quo. Asimismo, para el caso que no se comparta ninguna de las tesis anteriores, solicitamos que se apliquen los atenuantes de drogadicción y reparación del daño como simples y, siguiendo las reglas del artículo 66, debiéndose bajar la pena en un grado e imponiendo la pena mínima.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular se han opuesto al recurso de apelación e interesado la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** La vulneración a la tutela judicial efectiva.

Se alega por la parte recurrente que, durante la instrucción del presente procedimiento, realizado por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, nº 1, de Bilbao, solicitó, en 16 de febrero de 2023, la libertad provisional del encausado, que fue denegada, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2023; frente a dicha resolución se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto desestimatoriamente, mediante el auto de la Sección Sexta



de la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia integrada por los Magistrados D. Eutimio, D<sup>a</sup>. Lourdes y D<sup>a</sup>. Marina -, nº 90233/2023, de 20 de abril de 2023. Añade que el 27 de julio de 2023 se solicitó nuevamente la libertad provisional del encausado a la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia, siendo denegada mediante auto, de 30 de agosto de 2023. Y, en fecha 7 de septiembre de 2023, planteó incidente de recusación, con fundamento en que, de conformidad con el artículo 219. 11<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es causa de recusación haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, y en que, el propio tribunal de instancia había conocido en varias ocasiones del presente procedimiento, recusación que fue desestimada. Entiende que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial al haber conocido de la causa con anterioridad y tener un criterio de suficiente entidad (pues acordaron mantener la prisión provisional al considerar que existían indicios de delito por parte de Jose Miguel), no pueden enjuiciar el presente procedimiento so pena de vulnerar del derecho al juez imparcial en su vertiente objetiva.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional (STCS 155/2002, de 22 de julio), que el art. 24.2 de nuestra Constitución, en sintonía con el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. Como se declaró en la STC 60/1995, de 16 de marzo, "sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional". Esta garantía fundamental del proceso debido y de la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho ( art. 1.1 CE) reviste, si cabe, un mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad ( SSTC 75/1984, de 27 de junio; 142/199, de 15 de septiembre; 162/1999, de 27 de septiembre; y 52/2001, de 26 de febrero) obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales ( SSTC 225/1988, de 28 de noviembre y 137/1997, de 21 de julio; Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982, caso Parsec; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 22 de junio de 1989, caso Lanborger; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin, entre otros). Esta garantía es aplicable tanto al órgano de enjuiciamiento, como al juez que dirige la instrucción ( STC 69/2001, de 17 de marzo, F. 21).

Es doctrina constitucional consolidada sobre la garantía y el deber de imparcialidad de los jueces y magistrados y el tratamiento de los incidentes de recusación (por todos, AATC 149/2022, de 15 de noviembre, y 156/2022, de 16 de noviembre), que: a) La imparcialidad de todo órgano jurisdiccional es una de las garantías básicas del proceso ( art. 24.2 CE), incluso la primera de ellas, pudiéndose distinguir entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al "*thema decidendi*" sin haber tomado postura previa en relación con él. b) Para que un magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto en garantía de la imparcialidad, es preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa o permitan temer que no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Datos que pueden venir de cualquier relación jurídica o de hecho con el caso concreto y, en particular, porque el magistrado esté o haya estado en posición de parte realizando las funciones que a estas corresponden o porque haya revelado anticipadamente una toma de partido a favor o en contra de las partes en litigio. No basta con que las dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. c) En la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial. Además, el examen de los motivos de recusación debe poner en relación su ratio con el conocimiento y resolución del asunto concreto, pues la idoneidad de los magistrados recusados que se cuestiona para pronunciarse sobre el contenido del recurso en el que se plantea, se refiere siempre a un pleito o causa individualizado y concreto. d) Desde las primeras resoluciones dictadas en materia de recusación, este tribunal ha admitido la posibilidad de denegar su tramitación cuando razones procesales o de fondo así lo exijan. El rechazo "*a limine*" de una recusación puede producirse, desde luego, como consecuencia de su defectuoso planteamiento procesal, pero también en atención al momento en que se suscita, su reiteración, las circunstancias que la rodean, su planteamiento o las argumentaciones que la fundamentan, como también cuando es formulada con manifiesto abuso de derecho o entrañan fraude de ley o procesal ( art. 11.2 LOPJ).

1.- Sobre la extemporaneidad del planteamiento de la recusación.

En el caso que se examina la representación procesal del Sr. Jose Miguel formuló, 7 de septiembre de 2023, recusación contra los Magistrados y las Magistradas D. Ernesto, D. Eutimio, D<sup>a</sup>. Lorena, D<sup>a</sup>. Lourdes, y D<sup>a</sup>. Marina, por estar incursos, a su juicio, en la causa de abstención contemplada en el apartado 11 del artículo 219 de la LOPJ. Mediante auto, de 10 de enero de 2024, el Magistrado designado instructor del incidente



de recusación, inadmitió la recusación promovida por la representación procesal de Jose Miguel frente a los Magistrados y las Magistradas D. Ernesto , D. Eutimio , D<sup>a</sup>. Lorena , D<sup>a</sup>. Lourdes , y D<sup>a</sup>. Marina en el procedimiento ordinario nº 97/2022. La inadmisión de la recusación se fundamentó en la extemporaneidad de su planteamiento, toda vez que desde el día siguiente al en que se notificó al recusante la Diligencia de Ordenación que atribuye la competencia para el enjuiciamiento de los hechos a la sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia (mayo de 2023), comenzó el plazo de 10 días que establece el precepto legal para plantear el incidente. Fundamento al que se añade que el recusante expresamente conocía la sección a la que se atribuyó el enjuiciamiento, sección 6<sup>a</sup>, y que no sólo se aquietó con la atribución de la competencia para el enjuiciamiento, y no promovió tras su conocimiento el incidente, sino que, además, solicitó posteriormente de la propia Sala la puesta en libertad del encausado, lo que interpreta como plena aceptación de la imparcialidad del Tribunal para resolver sobre la misma. Indica, asimismo, que las normas y criterios de reparto, aprobados por los Órganos de Gobierno del Poder Judicial, se comunican oficialmente a los Colegios Profesionales y por tanto al de Abogados de Bizakia, así como también la composición de las secciones de la Audiencia Provincial de Bizkaia, lo que impide suponer desconocimiento del recusante sobre los Magistrados y las Magistradas competentes para el enjuiciamiento del asunto en el que plantea la recusación.

El primer párrafo del art. 223.1 LOPJ, ciertamente establece que la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite. Esta regla general, que luego se concreta en los dos supuestos recogidos en los números uno y dos de ese precepto, presenta un inequívoco significado constitucional. La exigencia de una actitud proactiva de la parte que propone la recusación está íntimamente vinculada con la necesidad de evitar la posibilidad de utilizar el instrumento de la recusación como un mecanismo intimidatorio que sobrevuele la intervención de un magistrado en la tramitación de un procedimiento, a modo de condicionante de su actuación ( ATC 17/2022, de 25 de enero, FJ 3). Pero también con impedir una permanente incertidumbre para los intervinientes en sus legítimas expectativas sobre la apariencia de imparcialidad de quien ha de resolver su causa.

No puede negarse que la recusación planteada frente a los magistrados y magistradas (D. Eutimio , D<sup>a</sup>. Lourdes , y D<sup>a</sup>. Marina ) integrantes del tribunal que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra auto del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, nº 1, de Bilbao, de 22 de febrero de 2023, denegatorio de la solicitud de libertad provisional del encausado, de 16 de febrero de 2023, se planteó fuera del plazo de los diez días ( art. 223.1 LOPJ) desde la notificación de la primera resolución por la que el recusante conoció la identidad de dos de los magistrados a recusar (D<sup>a</sup>. Lourdes , y D<sup>a</sup>. Marina ), teniendo conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación con anterioridad a aquélla.

Efectivamente, se dictó diligencia de ordenación, en 8 de mayo de 2023, teniendo por recibido en la Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia el sumario, 97/2022, y por personados a los procuradores de la acusación particular y defensa respectivamente. Dicha diligencia de ordenación, de acuerdo con la constancia dejada en posterior diligencia de ordenación (11 de mayo de 2023), se notificó a las partes personadas en 8 de mayo de 2023. Comenzado el día 9 de mayo de 2023 a contar el plazo de los diez días para presentar la recusación frente a los magistrados/as, D. Eutimio , D<sup>a</sup>. Lourdes , y D<sup>a</sup>. Marina , y concluyendo tal plazo el día 22 de ese mismo mes y año, la recusación presentada, en 7 de septiembre de 2023, resultó extemporánea respecto de los magistrados/as, D. Eutimio , D<sup>a</sup>. Lourdes y D<sup>a</sup>. Marina .

No puede decirse lo mismo, en cambio, de la recusación presentada contra los magistrados/as, D. Ernesto y D<sup>a</sup>. Lorena , pues su primera intervención en la causa tuvo lugar, en 30 de agosto de 2023, con motivo del auto de esa fecha que desestimó la petición de libertad provisional formulada por la representación del encausado, Jose Miguel . Siendo, precisamente, esta intervención la que constituye, a juicio del proponente, la causa de recusación que justifica su presentación, y que fue propuesta, como ya ha quedado expuesto, en 7 de setiembre de 2023, es decir, dentro del plazo de los diez días, establecido en el art. 223.1 LOPJ, desde que tuvo conocimiento de la causa de recusación, no puede considerarse que su planteamiento fuera extemporáneo.

## 2.- Sobre la apariencia de imparcialidad.

Tiene dicho el Tribunal Constitucional que, para garantizar las apariencias de imparcialidad exigidas y reparar de forma preventiva las sospechas de parcialidad, las partes gozan del derecho a recusar a aquellos jueces en quienes estimen que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y neutralidad. Este derecho a formular recusaciones comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la Ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la Ley defiera el examen de la cuestión ( STC 47/1982, de 12 de julio, F. 3). La regla general es, así pues, la de que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto a aquel de quien se sospecha la parcialidad.



En el Auto, de 30 de agosto de 2023, dictado por el tribunal, compuesto por las magistrados/as, D. Ernesto (ponente), D. Eutimio y D<sup>a</sup> Lorena, se fundamentó la denegación de la libertad provisional solicitada por la representación de Jose Miguel, en que:

*"Dicho ello, tal y como indica el propio escrito del solicitante, el único objeto de discusión es la posibilidad de reiteración delictiva como elemento determinante del mantenimiento de la cautela personal, debiéndose indicar, respecto de la misma, la gravedad de los hechos objeto de la causa y la necesidad de mantenimiento de la medida acordada para garantizar una adecuada protección de la víctima atendida la propia y presunta conducta persistente del investigado hasta ahora llevada a cabo, contactando de modo reiterado con la víctima, quebrantando presumiblemente la prohibición de aproximación y comunicación impuesta, y realizando la conducta mayormente penada, de agresión sexual, precisamente en ese contexto relacional.*

*No se trata, por tanto, de impugnar la supuesta falta de arraigo familiar del Sr. Jose Miguel, respecto de lo cual aparece acreditado la existencia de un hijo con su actual pareja, empadronado en el domicilio de la madre desde el 30 de enero del presente año, sino que la gravedad de los hechos recogida en los escritos de las acusaciones aconseja el mantenimiento de la medida cautelar, máxime cuando existen testigos presenciales de dicha conducta atentatoria la libertad sexual de la víctima, de especial relevancia futura en el plenario, igualmente a proteger de eventuales y posibles presiones por parte de aquél. A este respecto, nos remitimos a nuestro anterior auto de fecha 20 de abril del año 2023 en el que ya recogía, expresamente, que las circunstancias concurrentes evidencian un peligro serio, actual y perceptible para la integridad física y psíquica de Noelia que puede traducirse en nuevas agresiones o coacciones emocionales, apareciendo en el Auto del órgano de instancia como el investigado, aun en situación de prisión, ha amedrentado a la víctima a través de su propia hermana, tratando de influir en su testimonio, por lo que la posible situación personal de libertad provisional no haría sino incrementar dicho riesgo."*

En el auto, de 20 de abril de 2023, a que se refiere y cuyos argumentos asume el auto, de 30 de agosto de 2023, se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de la libertad provisional solicitada por el encausado, justificando la desestimación del recurso en las propias razones dadas por el Juzgado sobre Violencia de la Mujer, nº 1, de Bilbao, en el auto, de 22 de febrero de 2023, en los siguientes términos:

(F.J. TERCERO) "El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Bilbao, fundamentó la denegación de la solicitud de libertad por parte de D. Jose Miguel, en la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 503.1 de la LECrim, los cuales no habían variado en el momento de solicitarse la libertad, reiterando la necesidad de la medida en atención precisamente a la posibilidad de que el investigado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima en atención a la vulnerabilidad de ésta y la facilidad para ser manipulada por el recurrente. La Juez a quo fundamentó, en primer lugar, su juicio indiciario para decretar la medida cautelar sobre la concurrencia de los requisitos 1º y 2º del art. 503.1 LECrim, al constar en la causa la existencia de uno o varios hechos que presentaba los caracteres de delito y por cuanto que había motivos bastantes para creer responsable criminalmente de estos delitos al investigado. Para llegar a este convencimiento, valoró, y así lo hizo constar no solo en el auto recurrido sino el propio auto que acordaba la prisión, la declaración de la víctima, la propia declaración del investigado y de las testigos, siendo alguna de ellas testigos directos de los acontecidos. También tuvo en cuenta la circunstancia de que D. Jose Miguel había sido condenado el día 22/06/2022, en las DUR 385/22, como autor de dos delitos de maltrato del art. 153.1 del C. Penal, siéndole impuesta por cada uno de ellos una pena de 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y la accesoria de prohibición de acercarse a D<sup>a</sup> Noelia, a una distancia inferior de 200 metros, de su persona, su domicilio, su lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por éste y comunicarse con ella por el mismo tiempo. Lo que implica que los hechos que están siendo investigados en la presente causa, se cometieron en un periodo en el que estaba en vigor la pena accesoria de prohibición de acercamiento y comunicación con D<sup>a</sup> Noelia. En el auto en el que se acordaba la prisión se hacía mención a cuáles eran estos hechos, indicando que "... lo relevante de todo esto es que a pesar de que los encuentros hayan podido ser voluntarios, en cada uno de ellos, se ha producido un episodio violento hacía la víctima atentando gravemente contra su integridad física (constan numerosos golpes y lesiones denunciados incluso por terceros), contra su integridad sexual (ha sido obligada a ser sometida constantemente a actos sexuales no consentidos, incluso delante de una de las testigos en contra de la voluntad de ambas y siendo éste menor de edad) y contra su integridad física (dado que estuvo retenida en la vivienda de él unos quince días, sin manillas en las puertas, sin comer, posibilidad de escaparse y sin comunicación porque él le rompió los móviles) ..." Es así, que este cuadro indiciario sería revelador, con la provisionalidad propia del momento procesal en el que nos encontramos, de la existencia de un delito de detención ilegal, contra la libertad sexual, coacciones, amenazas, violencia física y psíquica y quebrantamiento de condena. Todos ellos delitos graves que llevan aparejadas también penas graves, y por lo que se ha dictado el día 11 de diciembre de 2022, auto de procesamiento frente D. Jose Miguel."



(F.J. CUARTO) " Por lo que respecta al fin perseguido con la medida adoptada es, según el auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Bilbao, evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima ( art. 503.1.3º c) de la LECrim ). El auto recurrido valora este riesgo atendiendo al hecho de que el investigado es reincidente en este tipo de actos, ha quebrantado las penas de prohibición de acercamiento y comunicación cometiendo los hechos por los que ahora está siendo investigado, y a los que hemos hecho mención anteriormente, y que la situación de dependencia emocional de la víctima hacia el investigado, su edad y su estado psicofísico le hace vulnerable a este tipo de ataques. A ello debemos añadir la valoración del riesgo de futuras conductas violentas efectuado por la Unidad de Valoración Forense Integral, del Instituto de Medicina Legal, Subdirección Bizkaia, que considera que el riesgo es moderado/alto. En este mismo informe se indica que D. Jose Miguel presenta un trastorno por consumo de cocaína, lo que determina que continúe consumiendo a pesar de las consecuencias adversas, alcanzando estado de intoxicación. Dichos estados de intoxicación pueden generar trastornos del comportamiento como consecuencia de la desinhibición y dificultad del control de impulsos con conductas agresivas, inesperadas y violentas. Lo que sin duda viene a confirmar la valoración efectuada en el auto recurrido de que las conductas violentas hacia la víctima pueden reproducirse.

Es por todo ello, que estamos de acuerdo en mantener la medida, puesto que las circunstancias concurrentes evidencian un peligro serio, actual y perceptible para la integridad física y psíquica de Noelia , que puede traducirse en nuevas agresiones o en coacción emocional, incluso para condicionar su actuación procesal. Es así que en el auto recurrido se hace constar que el investigado, aun en prisión, " ...ha amedrentado a la víctima, esta vez a través de su hermana, tratando de influir en su testimonio, lo que permite prever que, de estar en libertad, no existiría límite alguno para reiterar esas acciones ... " Es así, que las actuaciones reiteradas de Jose Miguel , atentatorias contra su integridad, su libertad y su dignidad, algunas acreditadas (condena por maltrato del artículo 153.1 del C. Penal) y otras ahora investigadas sobre la base de indicios racionales avalan la existencia de ese riesgo, que no quedaría conjurado por el hecho de que se adopten medidas de prohibición de acercamiento y comunicación, por cuanto ese tipo de restricciones existían ya y no operaron efecto disuasorio alguno para la presunta comisión de los hechos investigados."

De aquellas fundamentaciones cabe inferir, de un lado, un juicio liminar de los elementos factuales que integran los escritos de acusación y una valoración anticipada de elementos probatorios (testigos) que sustentan hipótesis y conjeturas sobre el comportamiento pasado y futuro del encausado, como presupuesto justificador del mantenimiento de la prisión provisional; y, de otro, una sumersión en cuestiones de fondo propias del enjuiciamiento de la causa.

Con ello se pone en cuestión, al menos, la apariencia de imparcialidad del órgano enjuiciador y una posible infracción del derecho a un juez o tribunal imparcial y a la independencia judicial ( arts. 24 CE y 47 CDFUE, en relación con el art. 19 del Tratado de la Unión Europea y el art. 2 de la Directiva 2016/343/UE).

Por las razones expuestas se estima el motivo de impugnación.

**TERCERO.-** En atención a lo anteriormente expuesto, se hace innecesario el examen de los demás motivos de impugnación deducidos por la parte recurrente.

La sentencia objeto de este recurso de apelación, dictada por un tribunal en el que figura integrado y como ponente de la misma un magistrado debidamente recusado y sobre el que, como consecuencia, la apariencia de imparcialidad no envuelve su actuación jurisdiccional, debe ser anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la celebración del juicio oral, que deberá celebrarse nuevamente ante un nuevo tribunal, que deberá estar formado por magistrados distintos a los que dictaron la sentencia apelada y a los que intervinieron en el dictado del auto, de 20 de abril de 2023, al hacerse extensiva a ellos la pérdida de apariencia de imparcialidad al haber tomado contacto y valorado, asimismo, elementos propios del fondo del asunto y del auto de 30 de agosto de 2023 (D. Ernesto , D. Eutimio , Dª. Lorena , Dª. Lourdes , y Dª. Marina ), en garantía de la imparcialidad y del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE).

Se declaran de oficio las costas procesales devengadas en este recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 Cp, en relación con los artículos 239 y 240 LECrim.

Es por los anteriores fundamentos por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

Se estima el recurso de apelación, interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Iker Legorburu Uriarte, en representación de Jose Miguel , contra la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, núm. 124/2024, de 15 de marzo de 2024, que se anula. Con retroacción de las actuaciones al momento previo a la celebración del juicio oral, que deberá celebrarse nuevamente ante un nuevo tribunal, formado por



magistrados distintos a los que dictaron la sentencia apelada y a los que intervinieron en el dictado de los autos, de 20 de abril de 2023 y de 30 de agosto de 2023 (D. Ernesto , D. Eutimio , D<sup>a</sup>. Lorena , D<sup>a</sup>. Lourdes , y D<sup>a</sup>. Marina ). Se declaran de oficio las costas procesales devengadas en este recurso de apelación.

Comuníquese la presente resolución a la Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia a los efectos oportunos.

La presente resolución es firme y contra la misma no cabe recurso de casación ( art. 847.2 LECrim.).

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el/ la Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CINDUC