

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**6195** *Sentencia 39/2019, de 26 de marzo de 2019. Recurso de amparo 5758-2018. Promovido por don Jordi Turull Negre y don Josep Rull Andreu respecto de la inadmisión de la recusación de magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en causa especial por los presuntos delitos de desobediencia y malversación. Alegada vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (imparcialidad judicial): inadmisión del recurso de amparo prematuramente planteado (STC 129/2018).*

ECLI:ES:TC:2019:39

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo avocado núm. 5758-2018, promovido por don Jordi Turull Negre y don Josep Rull Andreu, representados por el procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección del letrado don Jordi Pina Massachs, contra el auto de la Sala especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo núm. 3/2018, de 13 de septiembre de 2018, dictado en el rollo núm. 5-2018, por el que se resuelven diversos incidentes de recusación contra magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907-2017. Han comparecido el abogado del Estado; el partido político Vox, representado por la procuradora de los tribunales doña María del Pilar Hidalgo López y bajo la dirección del letrado don Pedro Fernández Hernández; don Jordi Sánchez Picanyol, representado por el procurador de los tribunales don Anibal Bordallo Huidobro y bajo la dirección del letrado don Jordi Pina Massach; y doña Carme Forcadell i Lluís y doña Anna Simó i Castelló, representadas por el procurador de los tribunales don Emilio Martínez Benítez y bajo la dirección de la letrada doña Olga Arderiu Ripoll. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

**I. Antecedentes**

1. Don Jordi Turull Negre y don Josep Rull Andreu, representados por el procurador de los tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección del letrado don Jordi Pina Massachs, interpusieron demanda de amparo contra la resolución judicial que se menciona en el encabezamiento de esta sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 6 de noviembre de 2018.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El fiscal jefe de la Audiencia Nacional, por escrito de 22 de septiembre de 2017, formuló denuncia por determinados hechos ocurridos los días 20 y 21 de septiembre de 2017 en la zona de la Rambla-Gran Vía de Barcelona en el transcurso de la práctica de una diligencia judicial de entrada y registro en la Consejería de Economía de la Generalitat. La denuncia fue turnada al Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que acordó por auto de 27 de septiembre de 2017 la incoación de diligencias previas, que se tramitaron con el número 82-2017.

b) El fiscal general del Estado, por escrito de 30 de octubre de 2017, formuló querrela ante el juzgado central de instrucción de guardia de la Audiencia Nacional contra todos los que fueron miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña incluyendo a los ahora demandantes de amparo, don Jordi Turull i Negre, en su condición de conseller de Presidencia; y don Josep Rull i Andreu, en su condición de conseller de Territorio y Sostenibilidad, en relación con la adopción de diversas decisiones que culminaron con la celebración ilegal de un referéndum de autodeterminación de Cataluña el 1 de octubre de 2017, en que se produjeron diversos incidentes, y una declaración unilateral de independencia el 10 de octubre de 2017 en el Parlamento de Cataluña. En la querrela del ministerio fiscal se señala que los hechos relatados son, en principio, constitutivos de un delito de rebelión [art. 472 del Código penal (CP)] —o, subsidiariamente, de un delito de sedición previsto en los artículos 544 y ss. CP— y un delito de malversación de caudales públicos (arts. 432 y ss. CP); y se interesa que se incoen las correspondientes diligencias judiciales para la investigación de los hechos. El asunto fue turnado al Juzgado Central de Instrucción núm. 3 para su acumulación a las diligencias previas número 82-2017.

c) El fiscal general del Estado, por escrito de 30 de octubre de 2017, también formuló querrela ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra diversos miembros de la mesa del Parlamento de Cataluña en atención a su condición de aforados por los mismos hechos y calificación jurídica por los que ese mismo día formuló la querrela antes aludida contra los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña ante la Audiencia Nacional, formándose, por providencia de 30 de octubre de 2017, el rollo de sala núm. 20907-2017.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, constituida como Sala de admisión, compuesta por don Manuel Marchena Gómez, don Andrés Martínez Arrieta, don Julián Sánchez Melgar, don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y don Luciano Varela Castro, por auto de 31 de octubre de 2017, acordó declarar su competencia para el enjuiciamiento de los querrelados por los delitos de rebelión, sedición y malversación, argumentando en su FFJJ 4 y 5 lo siguiente:

«4. En la incipiente fase del proceso en el que se inserta la presente resolución, constatamos que el fiscal alude a la existencia de un delito de rebelión, con una extensa argumentación encaminada a justificar la concurrencia de violencia.

Hemos dicho en numerosas resoluciones que el proceso penal es de cristalización progresiva. Será a lo largo de la instrucción cuando los hechos imputados, a la vista de las diligencias de investigación acordadas por el instructor, confirmen o desmientan su realidad. Y será entonces cuando pueda precisarse —en el primero de los casos— si esos actos son susceptibles de integrar las exigencias del tipo previsto en el art. 472 del CP o, por el contrario, han de ser subsumidos en los arts. 477 y 17.1 del CP, que castigan la conspiración para la rebelión, delito en el que, por definición, los elementos del tipo proyectados no llegan a tener realidad, al no superar los conspiradores la fase propiamente preparatoria.

Se alude con carácter subsidiario y para el caso en que no pudiera confirmarse la existencia del delito de rebelión, a un hipotético delito de sedición previsto en el art. 544 del CP. Se invoca también la existencia de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en los arts. 432 y siguientes del CP, en la medida en que se

atribuye a los querellados el haber permitido que se dispusiera de ingentes caudales públicos para llevar a término el referéndum ilegal.

5. La decisión que ahora acordamos se basa, con carácter exclusivo, en lo que la querrela afirma. Así lo impone nuestro ámbito valorativo como Sala de admisión. La presente resolución no da por supuestas todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas que se deslizan en la acción penal entablada. Será el instructor llamado a asumir la investigación quien deberá acordar la práctica de las diligencias indispensables para el exacto conocimiento de los hechos y su inicial subsunción. Y será la instrucción la que ponga de manifiesto la procedencia o improcedencia de reclamar para esta Sala, como sugiere el ministerio fiscal, el conocimiento de aquellos hechos inicialmente tramitados en otros órganos jurisdiccionales, pero que presenten una naturaleza inescindible respecto de los que aquí van a ser investigados y, en su caso, enjuiciados».

d) El magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017 acordó, por auto de 24 de noviembre de 2017, «ampliar el espacio subjetivo de investigación de las presentes actuaciones, declarándose la competencia de este Tribunal para conocer de la responsabilidad penal que, por los hechos objeto de investigación en las diligencias previas 82/2017», en relación, entre otros, con los dos demandantes de amparo; por auto de 21 de marzo de 2018, declarar procesados, entre otros, a los dos demandantes de amparo de los delitos de rebelión y malversación de caudales públicos; y, por auto de 9 de julio de 2018, la conclusión del sumario y el emplazamiento de las partes ante la sala de enjuiciamiento.

e) Los demandantes de amparo, mediante escrito de 23 de julio de 2018, promovieron incidente de recusación contra don Manuel Marchena Gómez, don Andrés Martínez Arrieta, don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y don Luciano Varela Castro alegando, en cuanto al momento de la formulación de la recusación, que el auto de 11 de julio de 2018 es la primera resolución en la que se pone de manifiesto la composición subjetiva de la sala de enjuiciamiento.

Por lo que respecta a las causas de abstención en que estarían incurso los magistrados recusados, afirman, en primer lugar, que la sala de enjuiciamiento está compuesta por cuatro magistrados que en su día, por formar parte de la Sala de admisión, dictaron el auto de 31 de octubre de 2017 acordando la admisión de la querrela por los hechos que han dado lugar a la formación de la causa y que «inevitablemente para dictar dicha resolución se tuvieron que efectuar valoraciones jurídicas sobre la tipicidad de tales hechos con las que forzosamente se emitió una opinión favorable a su relevancia penal», por lo que están incurso en la causa de abstención de «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia» (art. 219.11 LOPJ), de modo tal que su participación en la sala de enjuiciamiento vulneraría el art. 24.2 CE.

En segundo lugar, como motivo de recusación, se alegó que el magistrado instructor y los magistrados recusados forman parte del mismo órgano judicial y durante los meses en que se ha prolongado la instrucción de la causa han coincidido en diversas ocasiones formando sala y deliberando, lo que implica que «se han mantenido en permanente contacto y colaboración profesional durante todo el tiempo que ha durado la investigación [...], teniendo sin duda ocasión para comentar los pormenores de un procedimiento con tanto revuelo mediático y político como el presente» y que «cuando llegue el acto del juicio los miembros del órgano enjuiciador se verán obligados a revisar las conclusiones de otro magistrado con el que cotidianamente comparten sala y deliberan a menudo, no quedando garantizada aquella sana distancia que, para reforzar la necesaria apariencia de imparcialidad, cabe esperar que exista siempre entre el juez-investigador y la sala de enjuiciamiento». Por ello solicitan que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el sistema de instrucción y enjuiciamiento de los aforados.

f) La recusación promovida por los demandantes de amparo, junto con las promovidas por otros procesados, dio lugar a la formación de un incidente de recusación. El magistrado instructor del mismo, mediante auto de 24 de agosto de 2018, acordó su

remisión a la Sala especial del art. 61 LOPJ para su resolución, dando lugar al rollo de sala núm. 5-2018.

La Sala especial del art. 61 LOPJ, por auto núm. 3/2018, de 13 de septiembre de 2018, acordó desestimar las recusaciones formuladas, entre otros, por los demandantes de amparo. Los argumentos en que se fundamenta dicha decisión y que afectan a lo concretamente alegado por los demandantes de amparo son los siguientes:

(i) Las causas legales de abstención y recusación son, según jurisprudencia constitucional, una lista tasada y de interpretación estricta lo que no excluye, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que haya que analizar posibles causas de pérdida de imparcialidad judicial sin causa legal de recusación aplicable al caso con el fin de mantener la salvaguarda de la imparcialidad en su doble faceta subjetiva y objetiva, por lo que no puede considerarse definitivo el hecho de que la decisión sobre la admisión de la querrela no sea estrictamente un acto de instrucción (FJ 5).

(ii) La participación en la decisión de admisión de la querrela no implica, por sí sola, contaminación, como ya se afirmó en las SSTC 41/1998, 162/1999 y 45/2006, en atención a la obligación que existe de incoar el procedimiento una vez presentada la querrela siempre que se cumplan las condiciones formales o extrínsecas. En el presente caso, además, no consta que los magistrados recusados hayan hecho algo diferente a esa mera constatación de las condiciones formales entrando al examen de los hechos ni efectuando valoraciones jurídicas sobre los mismos ni tomando decisiones que puedan afectar a la marcha del proceso (FJ 6).

(iii) La existencia de contactos y comunicaciones de los recusados con el magistrado instructor es una pura suposición que no se fundamenta en indicio alguno. «Ser compañeros en un mismo órgano jurisdiccional no conduce necesariamente a hacer confidencias irregulares, ni menos aún a quebrantar los propios deberes legales y deontológicos» (FJ 7).

g) El procedimiento penal en el marco del cual se ha dictado la resolución impugnada no ha finalizado todavía.

3. Los demandantes de amparo invocan el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la perspectiva del derecho a la imparcialidad judicial, solicitando la nulidad de las resoluciones impugnadas, así como de cualquier resolución que los magistrados recusados puedan dictar en el marco de este procedimiento.

Los demandantes fundamentan la vulneración del derecho a la imparcialidad judicial, en primer lugar, en que se va a permitir participar en la sala de enjuiciamiento a cuatro magistrados que ya han tenido contacto con la causa al haber formado parte del órgano judicial que decidió sobre la admisión de la querrela presentada por el fiscal general del Estado por los hechos a enjuiciar, lo que implica que concurre la causa de abstención de «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia» (art. 219.11 LOPJ). A esos efectos, destacan que el art. 313 LECrim establece que no se admitiría la querrela «cuando los hechos en que se funde no constituyan delito» y que, jurisprudencialmente (ATS 4 de diciembre de 2012), se ha afirmado la necesidad de que el querellante aporte un «elemento o principio de prueba alguno que avale razonablemente la realidad de la posible comisión de un hecho delictivo», lo que determina que la decisión judicial que se debe adoptar para la admisión de una querrela implica una inicial ponderación sobre los hechos que se relatan en la misma. Por otra parte, afirman que en este caso la Sala de admisión llega a pronunciarse incluso sobre las varias calificaciones jurídicas que podrían llegar a concederse a los hechos relatados por la fiscalía, a pesar de que las STC 149/2013, de 9 de septiembre, ha señalado que aventurar «eventuales calificaciones de los hechos» puede ser un motivo de pérdida de imparcialidad.

Los demandantes de amparo argumentan, en segundo lugar, que la legislación española vigente en materia de instrucción y enjuiciamiento penal de personas aforadas

no garantiza el derecho a la imparcialidad judicial, ya que (i) la competencia para el conocimiento del procedimiento penal recae en órganos judiciales que habitualmente no asumen labores instructoras y que no cuentan, por ello, con magistrados que de modo permanente se ocupen de instruir; (ii) la designación de instructor se hace entre los miembros del propio tribunal y lo es a los solos efectos de la investigación de una determinada causa; por lo que (iii) el instructor desarrolla su labor en una coincidencia cotidiana y formando sala en el Tribunal con los restantes magistrados que en el asunto que instruye tienen que fiscalizar sus decisiones y someter a juicio el resultado de su instrucción, mermándose las posibilidades de una actuación imparcial. Por esa causa los demandantes de amparo, por considerar que se trata de una situación estructural en que la vulneración deriva del propio diseño legal, insta al Tribunal Constitucional «a que se plantee una autocuestión de inconstitucionalidad acerca de si la previsión en el art. 57 LOPJ de que la instrucción y enjuiciamiento de causas penales coincidan en un mismo Tribunal, tal como se desarrolla en la práctica por medio de los correspondientes acuerdos de la Sala de gobierno del Tribunal Supremo sobre composición y funcionamiento de las salas y secciones y asignación de ponencias (habiendo sido el aplicado en el presente procedimiento publicado mediante acuerdo de la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de diciembre de 2016), es compatible con el derecho a un juez imparcial previsto en el art. 24 CE».

Los demandantes de amparo alegan, en un apartado específico dedicado a la especial trascendencia constitucional del recurso y con reproducción de la jurisprudencia constitucional sobre el particular, que «el especial interés constitucional del presente recurso radica en que permitirá aclarar al Tribunal si es compatible con el art. 24 CE que magistrados que se han pronunciado favorablemente sobre la admisión a trámite de una querrela y han anticipado su valoración afirmativa acerca de la relevancia penal de determinados hechos formen parte con posterioridad de la sala de enjuiciamiento y dicten la correspondiente sentencia».

Los demandantes de amparo solicitan por otrosí la suspensión de la tramitación de la causa especial núm. 20907-2017 mientras se tramita el presente recurso de amparo.

4. El Pleno de este Tribunal, por sendas providencias de 18 de diciembre de 2018, acordó, en la primera, a propuesta del presidente y de conformidad con lo que establece el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo, y su admisión a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]; de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a la causa especial núm. 20907-2017, debiendo previamente emplazarse a quienes sean parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo; y la formación de pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión.

En la segunda providencia, el Pleno de este Tribunal acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente sobre suspensión y conceder a los solicitantes de amparo y al ministerio fiscal el plazo común de tres días para que alegasen lo que estimasen pertinente sobre la suspensión, que fue denegada por auto del Pleno de este Tribunal de 14 de marzo de 2019.

5. La secretaria de justicia del Pleno de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 24 de enero de 2019, acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones solicitadas; tener por personado y parte en el procedimiento al abogado del Estado; a la procuradora doña María del Pilar Hidalgo López, en representación del partido político Vox; al procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en representación de don Jordi Sánchez Picanyol; y al procurador don Emilio Martínez Benítez, en representación de



doña Carme Forcadell i Lluís y doña Anna Simó i Castelló; y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, conceder a las partes personadas y al ministerio fiscal el plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

6. El abogado del Estado, por escrito registrado el 22 de febrero de 2019, solicitó la desestimación del recurso de amparo por no concurrir la vulneración alegada, argumentando, en primer lugar, que «los demandantes en amparo no logran individualizar ni una sola frase o razonamiento del auto de 31 de octubre en que se haya realizado una valoración sobre los hechos relatados en la querrela y su tipicidad, que pueda entrañar prejuicio alguno y afectación a la imparcialidad», ya que «basta la lectura del repetido auto de 31 de octubre para comprobar que no ha entrado en el examen de los hechos reprochados en la querrela, ni efectuado valoraciones jurídicas sobre los mismos»; y, en segundo lugar, en relación con la eventual pérdida de imparcialidad por el contacto diario del magistrado instructor con los que conforman la sala de enjuiciamiento, porque «se trata simplemente de una alegación que no responde a causas tasadas y de interpretación restrictiva de abstención y recusación, y que sólo sirve al propósito de sembrar dudas sobre el sistema procesal y la justicia española».

7. El ministerio fiscal, por escrito registrado el 14 de febrero de 2019, formuló alegaciones interesando, con carácter principal, la inadmisión del recurso de amparo por su carácter prematuro [art. 44. 1 a) LOTC] y, subsidiariamente, su desestimación.

El ministerio fiscal, tras analizar la jurisprudencia constitucional sobre el particular y, especialmente, las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre, dictadas en resolución de recursos de amparo promovidos contra decisiones interlocutorias recaídas en el marco del mismo proceso penal, afirma que el presente recurso está incurrido en la causa de inadmisión de la falta de agotamiento de la vía judicial previa por impugnarse una decisión interlocutoria en un proceso penal que aún no ha finalizado, sin que la resolución ahora impugnada haya sido adoptada en relación con materias que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por afectar a derechos sustantivos, permiten excepcionar esa regla.

El ministerio fiscal, subsidiariamente, niega que concurra la vulneración aducida por los demandantes de amparo, argumentando que, en términos generales, puede hablarse de una consolidada jurisprudencia constitucional que apunta a que la intervención en la admisión de las querrelas criminales no compromete la imparcialidad judicial y que, en el presente caso «los magistrados signantes del auto de admisión de la querrela contra los que se vierte la tacha de ausencia de imparcialidad se limitaron a efectuar un control meramente formal o abstracto, abordando en exclusiva la regularidad procedimental de la misma partiendo de una valoración puramente conjetural o hipotética de los hechos a los meros efectos de determinar la competencia objetiva de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, basándose con carácter exclusivo en lo que la querrela afirmaba sin examinar ni adoptar criterio sobre las valoraciones fácticas y jurídicas articuladas en la acción penal entablada y sin acordar la práctica de las diligencias indispensables para el exacto conocimiento de los hechos y su inicial subsunción, actividad que ya desde el principio se dejó en manos del instructor designado. Y circunscrita su actividad a tal alcance, no puede afirmarse, con la mínima consistencia para enervar la presunción de imparcialidad que les asiste, que hayan desplegado una actividad que les provoque una convicción anticipada sobre los hechos y la participación de los acusados en los hechos indiciariamente punibles, ni que puedan crear en su ánimo determinados prejuicios, impresiones o prevenciones sobre su culpabilidad, inhabilitándoles así para conocer del juicio oral, que es lo decisivo para adoptar criterio sobre la imparcialidad objetiva del tribunal sentenciador (STC 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4)».

En relación con la eventual pérdida de imparcialidad por el contacto diario del magistrado instructor con los que conforman la sala de enjuiciamiento, el ministerio fiscal afirma que «se trata de un planteamiento peculiar de naturaleza subjetiva que no tiene sustento en dato objetivo alguno, de modo que es plenamente aplicable la doctrina europea y nacional que señala que "no basta con que las dudas o sospechas sobre la

imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas", por lo que dicho planteamiento ha de ser desechado».

8. Los demandantes de amparo y el resto de partes comparecidas no han presentado escrito de alegaciones.

9. Por providencia de 26 de marzo de 2019, se señaló ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra el auto de la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) núm. 3/2018, de 13 de septiembre de 2018, dictado en el rollo núm. 5-2018, por el que se resuelven diversos incidentes de recusación dirigidos contra magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907-2017 desestimando las recusaciones formuladas, entre otros, por los recurrentes respecto de determinados magistrados de la sala de enjuiciamiento.

Como con más detalle se ha explicado en el apartado de antecedentes, en la demanda de amparo los recurrentes invocan el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE). Argumentan, en síntesis, que se ha producido la vulneración de este derecho por la doble circunstancia de que los magistrados recusados participaron en la admisión de la querrela dirigida contra los recusantes y de que, tratándose del procedimiento penal contra personas aforadas, se da cierta proximidad personal y profesional entre estos magistrados a los que se encomienda el enjuiciamiento y los que asumen funciones instructoras.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional se opone a la admisión del recurso alegando el carácter prematuro de la demanda. Subsidiariamente interesa la desestimación del recurso de amparo, cosa que también solicita el abogado del Estado.

### 2. Requisitos para la admisibilidad.

Con carácter previo al examen de fondo de las pretensiones de la demanda de amparo debemos pronunciarnos sobre la concurrencia de los requisitos para su admisibilidad establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), pues, como venimos declarando (así en la STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2), los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite (entre otras, SSTC 18/2002, de 28 de enero, FJ 3, y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2), de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 LOTIC (entre otras, SSTC 69/2004, de 19 de abril, FJ 3; 89/2011, de 6 de junio, FJ 2, y 174/2011 de 7 de noviembre, FJ 2).

### 3. Falta de agotamiento de la vía judicial previa: prematuridad.

El presente recurso está incurso en la causa de inadmisión consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTIC], ya que el procedimiento penal en el que se ha dictado la resolución impugnada no ha finalizado.

Con carácter general, la jurisprudencia constitucional tiene declarado que la resolución desestimatoria de un incidente de recusación solo puede ser impugnada al finalizar el procedimiento principal argumentando que se trata de una cuestión que, en su caso, puede ser reproducida y ser objeto de un nuevo pronunciamiento en el seno del procedimiento que está desarrollándose en la vía judicial (así, recientemente, SSTC 130/2018, de 12 de diciembre, FJ 6, y 20/2019, de 12 de febrero, FJ 3).

En este caso concurre la peculiaridad de que, al tratarse de un incidente de recusación resuelto por la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ —por tanto, con carácter definitivo al ser su decisión irrecurrible y carecer dicha sala de superior funcional excepto el Tribunal Constitucional en lo que se refiere a garantías constitucionales— en el marco de una causa especial que se sigue ante el Tribunal Supremo —cuya sentencia será en su día también irrecurrible—, no existe en apariencia ningún remedio procesal para recabar un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión. Esta circunstancia es, en principio, determinante de que la lesión alegada, de concurrir, no podrá ya ser reparada en el transcurso del proceso penal pendiente.

No obstante, es procedente atenerse a la jurisprudencia constitucional sentada en el ATC 414/1997, de 15 de diciembre, FJ 2, en el que, en un supuesto idéntico al presente, en el marco de una causa especial ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, considerando que la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ había desestimado la recusación del presidente de la Sala de lo Penal, se declara que «[...] el hecho de que contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la causa especial de la que dimana el presente recurso de amparo no exista recurso alguno ante los tribunales ordinarios, por tratarse de una causa especial por razón de aforamiento, en la que el enjuiciamiento corresponde en única instancia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1.2 LOPJ), no impide calificar de prematuro el recurso de amparo».

En efecto, tratándose de la invocación de una garantía procesal, la circunstancia de que no exista la posibilidad de un posible restablecimiento en la vía judicial no impide apreciar en el supuesto examinado el carácter prematuro del recurso de amparo. La acción de amparo constitucional, en efecto, está vinculada, entre otros requisitos, a la concurrencia de un gravamen ligado a la efectividad de la lesión alegada dimanante de una sentencia condenatoria. No puede afirmarse que concurra este gravamen hasta la finalización del procedimiento principal con dicha sentencia condenatoria (así, SSTC 129, 130 y 131/2018, de 12 de diciembre, FJ 5). Tal eventualidad, en el momento en que se formuló el presente recurso y en el momento actual en que se resuelve tiene un carácter meramente hipotético al no haber finalizado el proceso penal.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo núm. 5758-2018 formulado por don Jordi Turull Negre y don Josep Rull Andreu.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.