|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 169/2004 |
| Fecha | de 10 de mayo de 2004 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 1336-2004 |
| Asunto | Recurso de amparo 1336-2004 |
| Fallo | ACUERDAInadmitir el presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones por concurrir en el supuesto previsto en el referido art. 50.1.a) en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOTC. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el 3 de marzo de 2004, el Procurador de los Tribunales don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos, interpone recurso de amparo contra el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de febrero de 2004, recaído en el recurso de apelación núm. 17-2004, contra el Auto de 16 de octubre de 2003, dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en las diligencias previas número 352-2002.

Los hechos en los que se basa la presente demanda de amparo, son, en síntesis, los siguientes:

a) En las diligencias previas número 352-2002 del Juzgado Central de Instrucción número 3, se dictó Auto, de 16 de octubre de 2003, transformando las diligencias previas en procedimiento sbreviado y dando traslado a las acusaciones a fin de que formularan escrito de acusación o pidieran el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente solicitaran diligencias excepcionales, en los términos del art. 780 LECrim.

b) El auto describe minuciosamente, en primer lugar, los hechos objeto de imputación:

Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios (Presidente del Consejo de Administración del Banco de Santander -BS-), y José María Amusátegui de la Cierva (Presidente del Consejo de Administración del Banco Central Hispano -BCH), negociaron la fusión de ambas entidades en el Banco Santander Central Hispano -BSCH-. En dicho acuerdo se fijó un período durante el que la copresidencia de la nueva entidad bancaria sería compartida por ambos. El proceso de negociación culminó el 15 de enero de 1999. En esa misma fecha, ambos (el primero en su calidad de Presidente del BS y el segundo en su propio nombre y derecho), firmaron un contrato privado regulador de la situación que había de nacer como consecuencia del cese en el servicio activo del segundo, fijando diversas pensiones y retribuciones. La existencia de este contrato no se participó a organismo alguno.

En el primer Consejo de Administración del BSCH (17 de abril de 1999), se adoptaron acuerdos consistentes en aprobar los términos y condiciones que regirían las relaciones contractuales de quienes, perteneciendo al BCH, pasaron a ser administradores del BSCH, y en ratificar los compromisos contraídos con dichos administradores, que se incorporaban al acta como Anexo. Sin embargo, al acta del Consejo no figura incorporado contrato alguno.

El 19 de abril de 1999 se amplió el contrato anterior entre Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios y José María Amusátegui de la Cierva. Ese mismo día se firmó un contrato de arrendamiento de servicios y laboral especial de alta dirección sometido a condición suspensiva entre Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios y Angel Corcóstegui Guraya, cuyo objeto era que éste ocupara el cargo de Vicepresidente Primero y Consejero Delegado. En este contrato se fijaban también diversos conceptos retributivos, a favor de éste último, tanto por el trabajo a desarrollar como por gratificaciones y pensión de jubilación.

A mediados de 2001, José María Amusátegui de la Cierva anuncia su marcha del BSCH, convocándose un Consejo de Administración extraordinario para el día 16 de agosto de 2001. Dos días antes, Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios y José María Amusátegui de la Cierva firman otro contrato concretando la pensión de jubilación vitalicia en 5.108.603 euros anuales, más otra pensión del 70 por 100 de la remuneración anual de un consejero en activo, más un bono de 43.750.000 euros. En esa misma fecha Emilio Botín- Sanz de Sautuola y García de los Rios y Angel Corcóstegui Guraya también firmaron una addenda a su contrato.

En el Consejo de Administración se aprobaron todos estos contratos y addendas, que, ahora sí, quedaron incorporados como anexo al acta. Días después, se abonó a José María Amusátegui de la Cierva el bono, y se comenzó a pagarle su pensión, superior a 7.000.000 euros anuales.

En las cuentas anuales de 2001, aprobadas el 24 de junio de 2002, se hizo constar el pago en el epígrafe “compromisos por pensiones y otros seguros”, del apartado “retribuciones y otras prestaciones al Consejo de Administración del banco” haciéndose referencia a 43,75 millones de euros satisfechos durante 2001 con carácter extraordinario y no recurrente, sin añadir más información.

En febrero de 2002, Angel Corcóstegui Guraya decide cesar en sus cargos. Sin perjuicio de la liquidación de haberes, se pactó la cifra de 108.182.178 euros. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones del banco se reunió el 13 de febrero de 2002 y no puso objeciones. En esa misma fecha se celebró Consejo de Administración del BSCH, que aceptó la renuncia de Angel Corcóstegui Guraya, dándole efectividad a los acuerdos firmados. Al día siguiente se firmó la liquidación y se le pagó.

El día 29 de abril de 2002, el Consejo de Administración ratificó el contrato firmado con Angel Corcóstegui Guraya. En las cuentas anuales de 2002, aprobadas el 21 de junio de 2003, aparece el pago realizado en el apartado “retribuciones al Consejo de Administración, subapartado: liquidación por pensiones”.

c) Seguidamente, en sus razonamientos jurídicos, el Auto afirma que tanto José María Amusátegui de la Cierva como Angel Corcóstegui Guraya eran consejeros del BSCH; que la función de consejero no es gratuita, y su retribución debe ser fijada en los Estatutos (art 130 LSA); y que, en concreto, ello se hacía en el art. 37 Estatuto BSCH, precepto del que la instructora extrae algunas conclusiones: en primer lugar, que no se establece el percibo de remuneración fija para los consejeros, aunque podría haberse hecho al no excluirlo el art. 130 LSA; en segundo lugar, que la remuneración no ha de ser igual para todos los consejeros, como distintas son sus funciones; y, en tercer lugar, que la retribución se percibe mientras se desempeñan las funciones de consejero y no cuando se cesa en ellas, momento en que desaparece el derecho a percepción de cantidad alguna.

Por esta razón, la Instructora concluye que los contratos suscritos por Emilio Botín- Sanz de Sautuola y García de los Rios y José María Amusátegui de la Cierva carecen de cobertura legal y estatutaria, pues ningún precepto prevé que, al cese de sus actividades como consejero, pueda ser remunerado por los conceptos mencionados en dichos contratos, lo que hace nulo e insubsanable lo pactado por contravenir normas imperativas.

Adicionalmente, el Auto hace referencia a tres circunstancias que considera especialmente significativas. En primer lugar, destaca la dificultar para comprender qué facultades tenía Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios para suscribir ese acuerdo privado, en nombre del BS, a las puertas de una fusión con otro Banco (BCH), que tendría que soportar conjuntamente estos pagos, y menos aún que José María Amusátegui de la Cierva actuara a título particular, como alguien ajeno al Banco del que era precisamente el Presidente. En segundo lugar, también enfatiza que se le remunerara por una labor que se considera extraordinaria, pero realizada en el pasado en otros bancos (BHA y BCH) que, sin embargo, no suscribían el acuerdo, o a realizar en el futuro (BSCH), labor ésta última que, obviamente, aún no había comenzado cuando se suscribió el acuerdo. En tercer lugar resalta, finalmente, que tanto José María Amusátegui de la Cierva como Angel Corcóstegui Guraya han recibido pagos por sus ceses voluntarios que son excepcionales, pues otros miembros del Consejo de Administración no han percibido en idéntica situación cantidad alguna.

En relación con Angel Corcóstegui Guraya, su percepción por jubilación se basa en un contrato suscrito con Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios denominado “Contrato de arrendamiento de servicios y contrato laboral especial de alta dirección”. El objeto de este contrato es plenamente coincidente con las funciones propias del Consejo de Administración, a las que sin embargo denomina prestación de servicios en términos netamente laborales. Lo pactado no son sino las funciones propias del cargo de consejero, conculcando los arts. 141 y 127 LSA, pretendiendo así conseguir, por este mecanismo, unas percepciones dinerarias a las que, en estricta aplicación de los Estatutos, no tendría derecho.

Por estas razones, los contratos firmados entre Emilio Botín-Sanz de Sautuola y García de los Rios y Angel Corcóstegui Guraya serían radicalmente nulos al comprometer fondos y patrimonio para disponer de los cuales carecían de facultades, al no estar presididos por el interés social, que es el bien jurídico protegido penalmente.

Habría habido, pues, en ambos casos, extralimitación de funciones para hacer pagos indebidos, que han sido instrumentados mediante múltiples artificios (contratos, acuerdos del Consejo de Administración, aprobación de cuentas de Junta General de Accionistas). También concurriría en ambos casos el segundo elemento del tipo penal previsto en el art. 295 CP, la existencia de perjuicio evaluable económicamente.

De este modo, en cuanto de las diligencias practicadas y de los razonamientos anteriores la Instructora infiere la presunta participación de los imputados en actuaciones presuntamente delictivas, que cabría calificar indiciaria e inicialmente de delito del art. 295 CP, acuerda transformar las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y seguir los trámites del art. 780 LECrim.

d) Interpuesto recurso de apelación contra esta resolución por el Ministerio Fiscal y los apelados, la Sección Tercera de la Audiencia Nacional dictó auto de 26 de enero de 2004 acordando remitir el asunto a la Sección Cuarta de la misma Audiencia, “a fin de no verse afectada aquélla (que en su día pudiera conocer del enjuiciamiento de los autos principales), en alguna medida, en su imparcialidad objetiva”.

e) Recibidos los autos en esta Sección, y celebrada vista, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto, de 18 de febrero de 2004, desestimando el recurso.

El Auto afirma que la resolución recurrida está totalmente ajustada a derecho, y manifiesta que la resolución del procedimiento en abreviado tiene una triple función: concluir provisionalmente las Diligencias Previas, continuar el trámite a través del procedimiento abreviado por estimar que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el art. 757 LECrim, desestimando implícitamente las otras posibilidades previstas en el art. 779 LECrim, y dar traslado a las partes acusadoras a los efectos prevenidos en el art. 780 LECrim.

Seguidamente indica que el Auto recurrido observa escrupulosamente las prevenciones legales y no vulnera el principio de tutela judicial efectiva porque, razonadamente, concluye las diligencias previas y resuelve el procedimiento a seguir. Por otra parte, en cuanto este auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado no puede configurarse como una calificación acusatoria anticipada, ni tampoco como un auto de procesamiento, que no existe en el procedimiento abreviado, no resulta esencial una calificación concreta y específica que prejuzgaría o anticiparía la que deben efectuar las acusaciones o condicionaría la resolución que más adelante debe adoptar la Instructora en relación con la apertura o no del juicio oral.

Por último, indica que, pese a que las partes han insistido en someter a la Sección la cuestión de fondo, el recurso es de naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva, por lo que la decisión de la Instructora de acordar seguir la tramitación con arreglo al Procedimiento Abreviado, al apreciar indiciariamente la posibilidad de existencia de alguno de los delitos encuadrables en el art. 757 LECrim, es totalmente correcta, en cuanto impulsora del procedimiento, al acordar dar traslado a las acusaciones a los efectos prevenidos en el art. 780 LECrim, bastando como fundamentación de este acuerdo la mera cita de la norma procedimental que así lo establece.

2. Se denuncian en la demanda de amparo las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

El demandante considera que la resolución recurrida ha vaciado de contenido el recurso de apelación legalmente previsto y ha impedido la revisión del aspecto material de la resolución recurrida, constituyendo una denegación de justicia pura y dura para el imputado, al no haber analizado si los hechos investigados tienen indiciariamente los caracteres de una infracción penal.

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El demandante estima que el órgano judicial se ha limitado a una superficial comprobación de las formalidades del Auto recurrido y no ha entrado en la cuestión de fondo que se le planteaba, lo que supone la denegación de facto del recurso de apelación al que tenía derecho, en patente incongruencia omisiva.

Más concretamente alega, en primer lugar, que no tuvo respuesta al fondo de su pretensión ni siquiera mediante el recurso a la motivación por remisión o implícita y que, por ello, se quedó materialmente sin recurso, habiéndose producido una flagrante incongruencia omisiva al haberse producido una simple y llana omisión de contestación a la totalidad de las pretensiones de las partes apelantes.

Luego, en segundo lugar, sostiene que el órgano judicial no dio una respuesta razonada y congruente con el objeto procesal de la apelación, que era la solicitud de reexamen del juicio de imputación. Al actuar así, incurrió en error patente, al afirmar que este recurso de apelación es de naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva, cuando es un recurso ordinario en el que pueden aducirse cualesquiera posibles motivos de impugnación; incurrió en falta absoluta de motivación y por tanto en incongruencia, al limitarse a indicar que era suficiente “como fundamentación de este acuerdo la mera cita de la norma procedimental que así lo establece”; e incurrió en irracionalidad y arbitrariedad, porque, en este recurso, el tribunal ad quem ha de entrar necesariamente en la revisión del juicio de imputación que se hace en la resolución recurrida, de acuerdo con el contenido del art. 779.1.4º LEcrim.

c) Vulneración del derecho de defensa e infracción del principio de proporcionalidad.

El derecho de defensa se ha vulnerado, en la consideración del recurrente, al haber incumplido el tribunal su obligación de congruencia, que le imponía el deber de revisar el juicio de imputación realizado en la resolución recurrida y, correlativamente, por la ausencia de motivación de las razones para confirmar el auto recurrido.

De otro lado, en cuanto el principio de proporcionalidad requiere, para adoptar cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, que esté prevista por ley, que sea imprescindible para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, y que la resolución que la adopte esté especialmente motivada, en este caso se habría vulnerado porque la resolución no contiene motivación alguna que desvirtúe la petición de sobreseimiento realizada por el demandante, y esta ausencia impide conocer cuál haya sido el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal para restringir el derecho de defensa.

d) Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

El demandante aporta diversas resoluciones de Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional en las que el Tribunal superior revisa el juicio de imputación efectuado por el Juez de Instrucción, una de ellas de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional . Y manifiesta que debido a que en este caso la Sala no realiza tal revisión de su juicio de imputación, se ha producido una aplicación desigual de la ley procesal, sin causa de justificación objetiva y razonable que la legitime.

3. Por las anteriores razones, solicita de este Tribunal que otorgue el amparo solicitado, declarando la violación por parte del Auto recurrido de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), y a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), y, en consecuencia, restablezca los derechos fundamentales vulnerados mediante Sentencia en la que anule dicha resolución recurrida, disponiendo la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar el Auto en la apelación a fin de que por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional y en el rollo de apelación número 17/2004 se dicte nuevo Auto congruente con las alegaciones de esta parte y en el que, entrando en el fondo, se examine el juicio de imputación efectuado en el Auto de transformación del procedimiento abreviado de 16 de octubre de 2003, dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 3.

4. Por providencia de 29 de marzo de 2004, la Sección Primera de la Sala Primera de este Tribunal acordó conceder al solicitante del amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, alegasen lo que estimaran pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión consistente en falta de agotamiento de la vía judicial previa, de conformidad con lo prevenido en el art. 44.1) LOTC

5. Mediante escrito registrado el 13 de abril de 2004, el Procurador de los Tribunales Sr. Hidalgo Senén realizó las siguientes alegaciones: en primer lugar, que las lesiones constitucionales denunciadas son efectivas y actuales y no pueden ya repararse en la vía judicial, porque contra el Auto recurrido no cabe ningún recurso ordinario; en segundo lugar, que el auto de transformación no es una mera resolución interlocutoria en cuanto refleja, con carácter definitivo en esta fase diferenciada y decisiva del procedimiento abreviado, la valoración fáctica y jurídica indispensable para, en su caso, y levantando la carga de la destrucción provisional de la presunción de inocencia, legitimar la apertura del juicio oral; y, en tercer lugar, que el recurso de apelación contra el auto de transformación de las Diligencias en Procedimiento Abreviado, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002, tiene por objeto la revisión del juicio de imputación efectuado por el juez de instrucción, y no es un mero recurso de contenido procesal. Debido a las anteriores razones, aguardar el desarrollo total del proceso perpetuaría una lesión que despliega sus efectos de inmediato, puesto que esta lesión no va referida a la decisión final del proceso sino que se encuentra en el vaciamiento de la esencial garantía procesal que constituye el control de fondo, a través de un recurso de apelación, de la decisión del juzgado de instrucción que da pie a la apertura del juicio oral contra el recurrente, lo que se produjo al haber entendido la Sala el referido recurso tiene una naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva. Esta privación de facto del derecho a un recurso -el de apelación- contra el auto de transformación, no puede ser subsanada en la vía judicial ordinaria. Visto que la finalidad que en la estructura del procedimiento abreviado cumple el recurso de apelación contra el auto de transformación es permitir la revisión del juicio de imputación efectuado por el Juez Instructor, la única forma de reparar la lesión sería retrotraer las actuaciones al momento previo a dictarse por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el auto resolutorio del recurso de apelación para que, entrando a conocer los fundamentos de fondo en que se basó el recurso interpuesto, se facilite la debida respuesta a la pretensión impugnatoria. Si, en vez de ello, se esperase a la sentencia de fondo para apreciar la trascendencia de la infracción, se habrían vulnerado irremediablemente los derechos constitucionales del demandante, porque se habría privado definitivamente al recurrente de la esencial garantía del proceso que constituye el recurso de apelación contra el auto de transformación. Solicita, por lo tanto, la admisión a trámite de la demanda.

6. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido por medio de escrito registrado el 14 de abril de 2004. En él interesa la admisión del recurso planteado.

Comienza el Fiscal citando la jurisprudencia de este Tribunal, que ha establecido que, en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación en esta sede de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso. Seguidamente se refiere a aquellos casos en los que, por no ser posible su reparación dentro del proceso, el Tribunal sí ha admitido excepcionalmente recursos de amparo contra resoluciones interlocutorias dictadas en la fase intermedia del proceso penal. A partir de la anterior doctrina, el Ministerio Fiscal sostiene que no toda resolución que se pronuncia antes de la sentencia debe ser catalogada de interlocutoria, entendida como provisional o intermedia y por lo tanto no susceptible de amparo; y en este caso ocurre, precisamente, que no parece existir otro momento posterior en el proceso para que el imputado pueda defenderse de la acusación y del juicio oral, razón que ha llevado al legislador a conceder un recurso de apelación contra el Auto de transformación. El imputado lo ha utilizado, pero una interpretación arbitraria e irrazonable de la Audiencia Nacional ha impedido que en vía judicial sean atendidas y en su caso revisadas las valoraciones realizadas por la Instructora, como pretende el legislador, lo que estaría abocando al demandante a una situación irreparable. Si esta forma de interpretar el recurso de apelación se extendiera entre los Tribunales, se yugularía el último instrumento procesal que la ley ha querido dar a los imputados para defender su derecho a no ser acusados y a no comparecer en juicio oral.

Por todo ello, y estimando en consecuencia que no concurre la causa de inadmisión consistente en falta de agotamiento de la vía judicial previa, el Ministerio Fiscal interesa se admita a trámite la demanda.

7. Por providencia de fecha 22 de abril de 2004 y a propuesta del Presidente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11 y 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en atención a las circunstancias que concurren en el presente recurso, se acuerda avocar al conocimiento de la Sala el amparo interpuesto.

8. Mediante escrito registrado el 29 de abril de 2004, el demandante adjuntó copia del Auto de apertura de juicio oral de fecha 26 de abril de 2004, recaído en el procedimiento abreviado 352/2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y, tras diversas alegaciones, concluía suplicando se tuviera por solicitada, al amparo del art. 56 LOTC, la suspensión de los efectos del meritado Auto de apertura de juicio oral, acordando que se dejara sin efecto alguno esta resolución, como las demás citadas en el Otrosí del escrito de demanda, y la suspensión del curso del procedimiento con todo lo demás necesario para mantenerlo en el estado en que se encontraba a la fecha de interposición de este recurso de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Una vez examinadas las alegaciones expuestas tanto por el Ministerio Fiscal como por la parte recurrente, la Sala se ratifica en el inicial juicio formulado en su providencia de 29 de marzo de 2004, en el sentido de que el demandante de amparo no ha agotado en debida forma la vía previa, como exige el art. 44.1 a) LOTC, lo que determina la concurrencia de la causa de inadmisión del art. 50.1 a) de la misma Ley. Ello conlleva que no nos pronunciemos acerca de la eventual carencia de contenido constitucional de la demanda, al objeto de que los órganos judiciales, si así se lo plantea el ahora recurrente de amparo, puedan decidir lo pertinente sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada.

El requisito mencionado en el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica tiene por objeto y finalidad esencial preservar la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca en el recurso de amparo (SSTC 8/1993, 174/1994). En ocasiones anteriores ya hemos declarado que “no existe un derecho a la inmediatez temporal en la reparación del derecho fundamental (STC 32/1994); que no es procedente invertir la ordenación procesal legalmente establecida, anteponiendo o intercalando en las mismas el recurso de amparo (SSTC 112/1983, 139/1996; ATC 361/1993); y que si este Tribunal se pronunciara ahora, no sería imposible que la vía judicial concluyera con una decisión contradictoria con la resuelta en vía de amparo (ATC 361/1993)” (ATC 154/1999, de 14 de junio).

De este modo, el recurso de amparo se configura como un remedio estrictamente subsidiario, sólo procedente cuando no hayan tenido éxito las demás vías que el ordenamiento ofrece para la reparación del derecho fundamental ante los jueces y tribunales ordinarios (STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 2).

Si así no se hiciese, se estaría privando a los jueces y tribunales ordinarios de la función, que constitucionalmente tienen atribuida, de tutelar los derechos e intereses legítimos y, señaladamente, los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados (SSTC 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2). Aún más, si este Tribunal entrase a determinar si procede o no el amparo cuando aún se encuentra pendiente el proceso en cuyo marco se ha producido la alegada vulneración de un derecho fundamental, estaríamos advirtiendo a los ciudadanos que no pueden esperar que los jueces y tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales, y que solo en este Tribunal pueden confiar a ese respecto. Es notorio que este planteamiento es de todo punto inadmisible, no ya por el carácter, que reiteradamente ha señalado el Tribunal, excepcional y subsidiario del recurso de amparo constitucional, sino por la abierta incompatibilidad de un planteamiento semejante con el dictado constitucional (STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 4).

Como hemos afirmado en la STC 236/2001, de 18 de diciembre (FJ 2), no se trata tanto del agotamiento propiamente dicho de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución en sí misma considerada, como de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, en el seno del cual cabría aún el planteamiento de la cuestión, sin que, por tanto, la naturaleza subsidiaria del amparo se viese respetada en estos casos, hasta que dicho proceso no se encontrara finalizado por decisión firme sobre su fondo.

La regla general es, por lo tanto, garantizar el cumplimiento del principio constitucional de subsidiariedad (art. 53.2 CE).

En aplicación de este criterio, la jurisprudencia del Tribunal ha establecido (STC 121/2000, de 10 de mayo), que no puede impetrarse directamente el amparo constitucional contra resoluciones incidentales recaídas en un proceso penal aún no concluido; es en el marco del propio proceso donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran podido originarse, salvo que no quepa otra vía para remediarlas que el recurso de amparo (SSTC 32/1994, de 31 de enero; 147/1994, de 12 de mayo; 174/1994, de 7 de junio; 196/1995, de 19 de diciembre; y 63/1996, de 16 de abril; y AATC 168/1995, de 5 de junio y 173/1995, de 21 de noviembre).

En función de esta regla general, “no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el art. 44.1 a) LOTC cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que aún no ha finalizado, pues es necesario, respetando la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal” (SSTC 32/1994, de 31 de enero; 147/1994, de 12 de mayo; 196/1995, de 19 de diciembre; 53/1996, de 26 de marzo; 63/1996, de 16 de abril; 121/2000, de 10 de mayo; 155/2000, de 12 de junio; 270/2000, de 13 de noviembre; y 236/2001, de 18 de diciembre; y AATC 168/1995, de 5 de junio y 173/1995, de 21 de noviembre, entre otros muchos).

“El marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo” (SSTC 32/1994, de 31 de enero y 147/1994, de 12 de mayo; y las posteriores 174/1994, de 7 de junio; 247/1994, de 19 de septiembre: 161/1995, de 7 de noviembre; 63/1996, de 16 de abril; 205/1997, de 25 de noviembre; 18/1998, de 26 de enero; 54/1999, de 12 de abril; 73/1999, de 26 de abril; 121/2000, de 10 de mayo; 155/2000, de 12 de junio; 270/2000, de 13 de noviembre; y 236/2001, de 18 de diciembre). “Es en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso haya finalizado -o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental- cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional” (SSTC 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 73/1999, de 26 de abril; 18/2000, de 31 de enero; 121/2000, de 10 de mayo; y STC 270/2000, de 13 de noviembre).

2. El rigor de este principio (precisa la STC 247/1994, de 19 de septiembre, y reiteran las SSTC 318/1994, de 28 de noviembre; 31/1995, de 6 de febrero; y 27/1997, de 11 de febrero), se modera, sin embargo, en concretos supuestos excepcionales establecidos en nuestra doctrina, en los que el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implica un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo. Son casos en los que, de obligar a agotar la vía judicial ordinaria, se produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado.

Así, una de las excepciones está relacionada con aquellas resoluciones que, por referirse a la situación personal del encausado, fundamentalmente acordando su prisión provisional, pueden afectar de manera irreparable a la libertad personal del mismo (SSTC 247/1994, de 19 de septiembre; 27/1997, de 11 de febrero; 73/1999, de 26 de abril; 155/2000, de 12 de junio; 236/2001, de 18 de diciembre; y ATC 173/1995, de 6 de junio, entre otros).

Una segunda razón para excepcionar la aplicación de la regla general es el efecto actual o inmediato de la lesión denunciada. Como menciona la STC 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2, citando las SSTC 161/1995, de 7 de noviembre, y 27/1997, de 11 de febrero, ello se produce en los casos en que la lesión “hace sentir sus efectos de inmediato - en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez- y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae resolución que pone fin al proceso....”; y ello por cuanto, “obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente la violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado”.

Son casos en que, de esperar al desarrollo total del proceso en todas sus correspondientes y eventuales etapas o instancias, se consumaría definitivamente la violación del derecho fundamental sin posibilidad de restitución in integrum ulterior en el mismo proceso o en el eventual recurso de amparo contra la sentencia definitiva porque, aunque el proceso siga en cuanto al fondo de la decisión, la cuestión está ya definitivamente resuelta (porque se reclama la constitución de un juez ordinario frente a la jurisdicción militar -STC 161/1995-; o la cuestión no va referida al fondo de la decisión sino a las medidas cautelares y de situación personal -STC 236/2001-, o se trata de un caso de habeas corpus -STC 1/1995 y 154/1995). No tienen cabida en este supuesto excepcional, por lo tanto, aquellas violaciones susceptibles de ser corregidas en el propio proceso, o en que la supuesta vulneración puede ser plenamente restablecida por el órgano judicial o, en su momento, por este Tribunal en el cauce de un futuro recurso de amparo contra la sentencia definitiva.

También hemos incluído otra excepción a la regla general en relación con la función de preservación y no solo de reparación o restablecimiento propia del amparo constitucional unido al tipo del proceso en que recayó la decisión judicial que motiva la queja.

Es cierto que los arts. 41.3 y 54 LOTC utilizan la expresión “restablecer o preservar” los derechos o libertades fundamentales para referirse, respectivamente, a las pretensiones deducibles en el amparo constitucional y a la función de este Tribunal al conocer de las mismas. Precisamente por esta razón, la doctrina del Tribunal ha modulado, en ocasiones, la rigurosa observancia del principio constitucional de subsidiariedad del amparo (STC 27/1997, de 11 de febrero, FJ 2).

Ello no implica, sin embargo, que el recurso de amparo asuma una función preventiva, cautelar, tendente a preservar los derechos fundamentales frente a las amenazas de vulneración que pudieran producirse por la acción de los poderes públicos, ni ante la mera posibilidad abstracta de que las violaciones lleguen a producirse, siendo imprescindible que se produzca la infravaloración, menoscabo o violación de un derecho susceptible de amparo. La interpretación del concepto que ha acogido el Tribunal requiere, pues, que se haya producido efectivamente la vulneración, a partir de la cual la protección de amparo no sólo persigue la reparación o restablecimiento del derecho fundamental, sino también la preservación futura del mismo, tratando de evitar ulteriores y reincidentes violaciones del derecho. De lo anterior resulta que únicamente es admisible el recurso de amparo ante la existencia real y concreta, efectiva y cierta y no meramente eventual, de vulneraciones de derechos fundamentales, de manera que el recurso planteado ad cautelam, ante una vulneración potencial o futura, resulta radicalmente improcedente (por todas, STC 9/1982, de 10 de marzo; 43/1988, de 16 de marzo; 145/1990, de 1 de octubre).

Por último, han de comprenderse también entre las excepciones los supuestos de resoluciones interlocutorias que infrinjan derechos fundamentales de carácter material, distintos a los contenidos en el art. 24 CE, causando una lesión autónoma de los mismos, y que no puedan directa o indirectamente ser subsumidos en dicha norma constitucional y, en su caso, las vulneraciones ser restablecidas a través de los derechos y garantías contenidos en el referido art. 24 de la Constitución (es el supuesto abordado en la STC 27/1997, de 11 de febrero, relativo al derecho a la libertad sindical, en que la imposición de una medida cautelar, por su cuantía, podía llegar a ocasionar en sí misma la vulneración de este derecho fundamental material, imposibilitándose su restitutio in integrum). Son casos en que se ha dado la ocasión a los Tribunales ordinarios de restablecer aquel derecho fundamental sustantivo, presuntamente vulnerado, distinto a los contenidos en el art. 24 CE, el cual, en cualquier caso, nunca podría ser objeto de restitución a través de la invocación, en la Sentencia definitiva, de los derechos procesales del art. 24 CE.

3. En el caso que ahora se analiza, la demanda se interpone contra una resolución dictada en un proceso penal en tramitación, concretamente en unas diligencias previas. Se trata del Auto que acordó la transformación de estas diligencias en procedimiento abreviado. Esta resolución abre la fase preparatoria del juicio oral, y se ha producido, por lo tanto, antes de que por las partes acusadoras se haya formulado escrito de acusación y de que el Juez de Instrucción haya acordado, en su caso, la apertura del juicio oral.

Hemos tenido ocasión de pronunciarnos en varias ocasiones en relación con demandas de amparo interpuestas contra esta resolución incidental conclusiva de las diligencias previas y que acomoda la causa a los trámites del procedimiento abreviado, habiéndose declarado en todas ellas el carácter prematuro de la demanda.

Así, la STC 18/1998 está referida a un Auto de un Juzgado de Instrucción que acordó suspender la celebración de un juicio de faltas, y al tiempo, continuar la causa por los trámites del procedimiento abreviado. En este caso, consideramos que “el recurso de amparo se interpone contra resoluciones dictadas en un proceso penal en tramitación, primero en la fase previa al juicio oral de un juicio de faltas y después en la fase preparatoria del juicio oral de un procedimiento abreviado, y por tanto antes de que por el Ministerio Fiscal se haya formulado escrito de acusación y que el Juez de instrucción haya acordado la apertura del juicio oral. Es evidente, por ello, que todas las infracciones que el recurrente denuncia pueden y deben ser planteadas ante la jurisdicción penal en distintas fases y momentos procesales. En primer término, para el caso de formularse acusación por delito del Ministerio Fiscal, el Juez de instrucción aún puede reconsiderar su criterio y decretar el sobreseimiento libre (art. 637.2 LECrim) si es que estima que los hechos no son constitutivos de delito sino de falta (art. 790.6 LECrim). En segundo término, de existir acusación y decretarse la apertura del juicio oral, el recurrente puede plantear en la audiencia preliminar del juicio y ante otro Juez distinto -el Juez de lo Penal- la vulneración de los derechos constitucionales ahora denunciados (art. 793.2 LECrim), así como la excepción de cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento (arts. 793.2 y 666.2 LECrim) si considera que la inicial declaración de los hechos como falta acordada por el Juzgado estaba dotada de fuerza de cosa juzgada e impedía replantear la posibilidad de que los hechos fuesen constitutivos de delito. Por último, de continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto el Juzgado de lo Penal, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso la Audiencia Provincial, en la Sentencia de apelación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia ahora en vía de amparo constitucional”.

En la STC 73/1999, de 26 de abril, la resolución recurrida era también el auto que acordó la continuación de unas diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado. En la misma, tras recordar que la doctrina general sólo quiebra en casos excepcionales, fundamentalmente en relación con las resoluciones que acuerdan la prisión provisional, en la medida en que puede afectar de manera irreparable a la libertad personal, afirmamos que “resulta evidente el carácter prematuro y la consiguiente inadmisibilidad del presente recurso de amparo, pues al tiempo de interponerse todavía estaba pendiente de celebración el juicio oral, en el que el ahora demandante pudo alegar lo que a su derecho conviniese, así como, en su caso, hacer uso de los recursos que procediesen contra la Sentencia en su día dictada. En particular, cabe señalar (como se hizo, entre otras, en la STC 174/1994) que, al existir acusación y haberse decretado la apertura del juicio oral, en el procedimiento penal abreviado está previsto, al inicio del mismo, un trámite de audiencia preliminar en el que las partes pueden exponer lo que consideren oportuno acerca de la vulneración de algún derecho fundamental a lo largo del procedimiento (art. 793.2 LECrim)”.

En la STC 121/2000, de 10 de mayo, en la que concurría, además, la singularidad de que el demandante era el consejero delegado de una entidad bancaria, lo que aproxima la situación fáctica subyacente y, por lo tanto, la valoración que sobre la misma realizamos, a la que es objeto de esta demanda, manifestamos que “se recurren unas resoluciones judiciales relativas a la continuación de las diligencias por el trámite del procedimiento abreviado, de modo que no puede entenderse agotada la vía judicial por el hecho de haberse interpuesto un recurso de reforma y otro ulterior de queja, ya que el quejoso dispone todavía de la posibilidad de alegar a favor de sus derechos fundamentales en la denominada "audiencia preliminar" prevista en el art. 793.2 LECrim”.

En la STC 155/2000, de 12 de junio, las resoluciones recurridas eran el auto que transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado y el auto de apertura de juicio oral. En este supuesto, después de recordar la doctrina general y que ésta sólo quiebra en casos excepcionales, fundamentalmente en relación con las resoluciones que acuerdan la prisión provisional, en la medida en que puede afectar de manera irreparable a la libertad personal, afirmamos, citando las SSTC 174/1994 y 73/1999, que “al tiempo de interponerse todavía estaba pendiente de celebración el juicio oral, en el que el ahora demandante pudo alegar lo que a su derecho conviniese, así como, en su caso, hacer uso de los recursos que procediesen contra la Sentencia en su día dictada. En particular, cabe señalar que, al existir acusación y haberse decretado la apertura del juicio oral, en el procedimiento penal abreviado está previsto, al inicio del mismo, un trámite de audiencia preliminar en el que las partes pueden exponer lo que consideren oportuno acerca de la vulneración de algún derecho fundamental a lo largo del procedimiento (art. 793.2 LECrim). De continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto la Audiencia Provincial, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia de casación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia en vía de amparo constitucional”.

Por último, la STC 270/2000, de 13 de noviembre, se pronunció en relación con una demanda de amparo promovida por el mismo demandante que interpuso la que dio lugar a la STC 121/2000, antes referenciada. Ahora se recurrían otras resoluciones interlocutorias que fueron dictadas con posterioridad a la que fue objeto de la anterior demanda de amparo, en el seno del mismo proceso penal. En relación con las mismas, indicamos que “este [segundo] recurso también ha sido interpuesto prematuramente, pues al haberse seguido el proceso por los trámites del procedimiento abreviado y habiéndose decretado la apertura del juicio oral ante la Audiencia Provincial, el recurrente todavía dispone de un trámite para exponer lo que estime oportuno acerca de las posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales producidas a lo largo de dicho procedimiento, en la denominada "audiencia preliminar" regulada en el art. 793.2 LECrim, y obtener del citado órgano judicial un pronunciamiento sobre las mismas; y, de continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto la Audiencia Provincial, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia de casación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia en vía de amparo constitucional, por lo que procede, en su consecuencia, remitirnos a la doctrina que dicha Sentencia reitera”.

4. En el supuesto que nos ocupa, asumiendo el demandante la doctrina general sobre el carácter subsidiario del recurso de amparo, considera no obstante que, por concurrir el efecto actual o inmediato de la lesión denunciada, que es uno de los criterios seguidos por la doctrina constitucional para excepcionar la aplicación de dicha doctrina general, procede la admisión del recurso a trámite y su posterior estimación. A ello añade que obligarle a soportar el irreparable gravamen que supondría la apertura del juicio oral, consumaría definitivamente la violación, dificultando gravemente, o imposibilitando de hecho, el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional de los derechos fundamentales vulnerados, lo que produciría el efecto de que el recurso de amparo no cumpliría su función de preservación de los derechos fundamentales. Este perjuicio, que se ocasionaría por verse sometido innecesariamente a un procedimiento criminal y por estar indebidamente sentado en el banquillo de los acusados, perjudicaría gravemente tanto al demandante como a la entidad financiera que representa. El perjuicio, finalmente, ya no sería reparable in integrum, en primer lugar porque el posterior Auto de apertura del juicio oral es irrecurrible, y, en segundo lugar, porque si se aguarda al momento de la audiencia preliminar o de la sentencia, el demandante ya habrá sufrido la totalidad de los perjuicios de dicha vulneración, que permanecerían sin posibilidad de reparación alguna.

El Ministerio Fiscal, por su parte, en sus informes de fecha 15 de diciembre de 2003 y de 20 de febrero de 2004, emitidos ambos en el Recurso de amparo número 910/2003, interpuesto también contra un Auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, dictado por la misma Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en otro proceso penal, y en el que se reproducían argumentos similares a los contenidos en el Auto ahora recurrido, mantuvo la solicitud de inadmisión de la demanda por su carácter prematuro y, por tanto, por falta de agotamiento de la vía judicial previa. En este proceso, sin embargo y paradójicamente, defiende un criterio completamente opuesto. En su informe de 14 de abril de 2004 señala que la interpretación arbitraria e irrazonable que la Audiencia Nacional expresa en la resolución recurrida ha impedido que sean atendidas, y en su caso revisadas, en vía judicial, las valoraciones realizadas por la Instructora, como pretende el legislador. Ello habría abocado al demandante a una situación irreparable, razón por la que considera que debe admitirse a trámite la demanda.

De los supuestos excepcionales a la naturaleza subsidiaria del amparo apreciados por la doctrina constitucional, la queja del demandante está orientada, pues, a los siguientes: el incumplimiento de la función de preservación de los derechos fundamentales que tiene el proceso de amparo, y el efecto actual o inmediato de la lesión denunciada y su irreparabilidad en el propio proceso.

En primer lugar, el demandante considera que, de no ponerse coto en este momento a la lesión producida, el recurso de amparo no cumpliría su función de preservación de los derechos fundamentales.

Pues bien, con carácter general, en las resoluciones interlocutorias la lesión no se consuma, real y efectivamente, hasta que se pronuncia la correspondiente resolución definitiva y esta no ha reparado la referida lesión. En este caso, el Auto recurrido en apelación es una resolución meramente provisional, que ni siquiera vincula al propio órgano judicial que lo dicta, habida cuenta que la puede dejar sin efecto si desaparecen los indicios que determinaron su adopción, o puede sobreseer libre o provisionalmente la causa si estima que concurren causas que lo justifiquen. Pero es que, aun en el caso de que la Instructora acordara la apertura del Juicio oral -supuesto que se ha producido mediante Auto dictado con fecha 26 de abril de 2004- todavía dispondría el recurrente de un trámite para exponer lo que estime oportuno acerca de las posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales (desde luego, el Derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE) producidas a lo largo de dicho procedimiento, en la denominada "audiencia preliminar" regulada en el art. 793.2 LECrim [actual art. 786.2 LECrim], y obtener del citado órgano judicial un pronunciamiento sobre las mismas; y, de continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto la Audiencia, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia de casación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia en vía de amparo constitucional. No hay preservación posible, por tanto, de una lesión que aún no se ha consumado real y efectivamente, ya que el demandante puede utilizar los cauces procesales adecuados para obtener el restablecimiento del derecho, bien en la propia instancia, bien en la resolución definitiva de instancia, bien por los Tribunales superiores, a través del ejercicio de los recursos hasta agotar la vía judicial previa, todo ello como presupuesto para interponer el recurso constitucional de amparo.

En segundo lugar, considera el demandante que el efecto actual o inmediato de la lesión denunciada, su irreparabilidad en el propio proceso y la aneja imposibilidad, dada la singularidad del caso, de restitutio in integrum ulterior, aportan también base suficiente para subsumir el caso en los supuestos de excepción a la doctrina general de la subsidiariedad.

Como antes se indicó, la actualidad de la infracción debe entenderse como aquella violación de derechos que hace sentir sus efectos de inmediato, consumándose definitivamente o perpetuándose injustificadamente caso de obligar a agotar la vía judicial ordinaria y no ser restablecida cuando se produce.

Las Sentencias de este Tribunal que se han ido pronunciando sobre este concepto lo vinculan a supuestos en que se ventilan cuestiones ajenas al fondo del asunto o decisión principal del proceso. Especialmente significativas son las SSTC 161/1995, de 7 de noviembre, y la 236/2001, de 18 de diciembre. En la primera sentencia, afirma el Tribunal que, “aunque el proceso principal continúa para ventilar la legalidad o ilegalidad de la sanción administrativa recurrida, lo cierto es que la cuestión de la jurisdicción competente ya está definitivamente resuelta”. En la segunda, por su parte, se hace especial referencia a que “esperar al desarrollo total del proceso ... perpetuaría una situación que despliega sus efectos de inmediato, pues no va referida al fondo de la decisión del proceso, sino a las medidas cautelares y de situación personal adoptadas en su curso”.

Desde este punto de vista de la actualidad de la lesión, se han admitido recursos de amparo directos por infracción del juez legal cuando se reclamaba la constitución de un juez ordinario frente a la jurisdicción militar (STC 161/1995, de 7 de noviembre); en determinados casos de habeas corpus (SSTC 153/1988, de 13 de julio; 106/1992, de 1 de julio; 1/1995, de 10 de enero; y 154/1995, de 24 de octubre); de medidas cautelares (SSTC 27/1997, de 11 de febrero; y 236/2001, de 18 de diciembre) y, en general, cuando pudiera infringirse el derecho a la libertad personal (STC 128/1995, de 26 de julio), es decir, supuestos todos en que se ventilaban cuestiones ajenas al fondo o decisión principal del proceso, y que habían quedado definitivamente resueltas. Ello no obstante, incluso en estos supuestos de peticiones autónomas o incidentales hemos descartado que la mayor parte de las lesiones denunciadas causen un perjuicio actual que permitan excepcionar la doctrina general sobre subsidiariedad (así, por ejemplo, en cuanto a los incidentes de recusación, STC 196/1995; y en cuanto a peticiones de nulidad de actuaciones, STC 270/2000).

Ahora no estamos, sin embargo, ante una resolución que, por venir referida a la situación personal del encausado, pudiera afectar de manera irreparable a su libertad personal. Tampoco se aduce por el demandante que se haya producido la infracción de derechos fundamentales de carácter material, distintos a los contenidos en el art. 24 CE, habiéndose causado una lesión autónoma de los mismos, con excepción de la referencia realizada a la violación del art. 14 CE, que manifiestamente carece de contenido al no aportarse tertium comparationis válido, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la resolución impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que en casos sustancialmente iguales hayan resuelto de forma contradictoria, lo que no es el caso. La cuestión planteada, por último, tampoco constituye una cuestión incidental ni una petición autónoma (peticiones de libertad, peticiones de nulidad de actuaciones, recusaciones, ...): está íntimamente relacionada con el fondo del asunto o decisión principal, y es susceptible de ser corregida en el propio proceso.

5. A la vista de lo anterior, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, se ha impetrado directamente el amparo constitucional contra una resolución incidental recaída en un proceso penal aún no concluido; y es en el marco de este propio proceso donde deben invocarse y, en su caso, repararse, las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran podido originarse. La resolución recurrida ha sido dictada en la fase preparatoria del juicio oral de un procedimiento abreviado, y por tanto antes de que por las acusaciones particulares se haya formulado escrito de acusación y de que la Juez de Instrucción hubiera acordado la apertura del juicio oral. Es evidente, por ello, que todas las infracciones que el recurrente denuncia pueden y deben ser planteadas ante la jurisdicción penal en distintas fases y momentos procesales.

b) En segundo lugar, la vulneración de derecho fundamental que alega el demandante, en ningún caso se habría consumado aún, de modo efectivo, real y definitivo, siendo, de haberse producido, meramente eventual. De un lado, como se ha indicado reiteradamente, porque la juez instructora, que no estaba vinculada por la resolución ahora recurrida, no estaba obligada a acordar la apertura del juicio oral. De otro lado porque, con anterioridad al comienzo efectivo de las sesiones del juicio oral, el demandante aún dispondrá de un trámite para exponer lo que estime oportuno acerca de las posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales producidas a lo largo de dicho procedimiento (en la denominada "audiencia preliminar"), y obtener del citado órgano judicial un pronunciamiento sobre las mismas. Por último, de continuar el procedimiento contra el hoy recurrente, tanto la Sección competente de la Audiencia Nacional, en la Sentencia de primera instancia, como en su caso el Tribunal Supremo, en la Sentencia de casación, pueden pronunciarse y resolver sobre las infracciones constitucionales que el recurrente denuncia ahora en vía de amparo constitucional.

c) En tercer lugar, no concurre ninguno de los casos excepcionales jurisprudencialmente admitidos para flexibilizar el principio o regla general de la subsidiariedad del amparo. En efecto, de un lado, la violación aducida no está relacionada con medidas cautelares, con la situación personal del demandante, o con cuestiones incidentales o peticiones autónomas deducidas en el proceso, sino directamente con la decisión de fondo o principal (el recurso de apelación deducido contra el auto de transformación tiene por objeto la revocación del auto recurrido y la adopción, en su lugar, del acuerdo de archivo y sobreseimiento de la causa). Ni es una cuestión definitivamente resuelta (de hecho ni siquiera vincula a la propia Juez de Instrucción), ni hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que ésta lleve a cabo. La eventual infracción aducida carece, por tanto, de actualidad, en el sentido anteriormente expuesto de inmediatez, perpetuación en el tiempo de la lesión y consumación definitiva de la lesión. De otro lado, la queja principal alegada no está directamente relacionada con la vulneración de derechos fundamentales de carácter material distintos a los contenidos en el art. 24 CE, sino justamente con los derechos y garantías contenidos en este precepto constitucional. Y este es un supuesto expresamente excluido por la doctrina constitucional de los supuestos de excepción a la regla general de subsidiariedad (STC 27/1997, de 11 de febrero).

No es posible, en definitiva, atender la pretensión del demandante de anteponer o intercalar el recurso de amparo entre los trámites exigidos por las normas procesales que hayan de cumplirse dentro de la vía judicial que se está siguiendo, visto que no concurre ninguno de los supuestos excepcionales a la doctrina o regla general de la subsidiariedad del amparo apreciados por la doctrina constitucional.

6. Desde otra perspectiva, considera el recurrente que, de no admitirse la demanda de amparo, se estaría ignorando el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002, que sustituye el recurso de queja por el recurso de apelación en la nueva configuración del régimen de recursos en el procedimiento abreviado. Esa sustitución habría supuesto, según el recurrente, la introducción de una nueva garantía del imputado en el seno del proceso, que permite elevar al órgano judicial superior la revisión plena, por razones procesales y de fondo, de la decisión del instructor que precede a una decisión tan relevante y aflictiva como es la apertura definitiva del juicio oral. Y esta privación del recurso de apelación, como sistema de control previo a la decisión del Juez de Instrucción de abrir el juicio oral, no podría ser subsanada en la vía judicial ordinaria.

No debe olvidarse, sin embargo, que hemos dicho reiteradamente (en este sentido, entre otras, SSTC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 2; 179/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 8/2003, de 20 de enero, FJ 4) que, en virtud de su configuración legal, el recurso de queja había perdido, en el seno del procedimiento penal abreviado, su caracterización inicial en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218 y 862 LECrim), y se había convertido en un recurso ordinario más que procedía contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal denegatorios del recurso de reforma no apelables (art. 787.1 LECrim), de modo que dicho recurso venía a operar, en el procedimiento penal abreviado, como una nueva instancia en la que el Tribunal ad quem puede conocer y revisar las decisiones del órgano judicial de instancia. Precisamente esta generalización del recurso de queja como un recurso ordinario más en el seno del procedimiento penal abreviado frente a las resoluciones interlocutorias del Juez Instructor y del Juez de lo Penal, y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, conllevó que impusiéramos, de acuerdo con los arts. 24 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas.

De este modo, lo cierto es que la reforma procesal de 2002 no ha supuesto una mutación sustancial en la naturaleza jurídica del medio de impugnación disponible en el procedimiento abreviado (antes queja, apelación ahora), al tratarse, en ambos casos, de un recurso ordinario. Y tampoco ha conllevado modificación alguna del alcance y contenido de uno y otro recurso.

Por estas razones, con independencia de la desafortunada calificación del recurso que realiza el Auto impugnado, al afirmar que “como convinieron tanto los apelantes como los apelados, es de naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva”, lo cierto es que la consideración de prematura de la demanda de amparo no conlleva, frente a lo que indica el recurrente, que se avale la inaplicación del sistema de recursos existente en el procedimiento abreviado tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002, en la medida en que “pro futuro” no existiría una revisión material del juicio de imputación, ni que se permita la degradación, sin base alguna, del recurso de apelación, hasta convertirlo en un trámite estéril y formulario. En absoluto puede llegarse a esa conclusión en cuanto, como ya se ha indicado, incluso con anterioridad a la reforma procesal citada ya se calificaba el recurso de queja, que hasta entonces era el previsto contra el auto de transformación de Diligencias Previas, de recurso ordinario y, por ende, de nueva instancia en la que el Tribunal ad quem podía conocer y revisar las decisiones, procesales y de fondo, del órgano judicial de instancia; entre ellas, por lo tanto, la revisión del juicio material de imputación que se hubiera realizado en la resolución recurrida. Lo que este pronunciamiento de inadmisión simplemente garantiza, partiendo de una visión en su conjunto del proceso penal, es que sean los jueces y tribunales ordinarios los que tengan la oportunidad de ejercer la función, que constitucionalmente tienen atribuida, de tutelar los derechos fundamentales (STC 121/2000, de 10 de mayo), sin aceptar intercalar en mitad de este itinerario procesal el recurso de amparo, visto que no concurren los supuestos excepcionales ya analizados. Por esta misma razón no nos pronunciamos en esta resolución acerca de la eventual carencia de contenido constitucional de la demanda, al objeto de que los órganos judiciales, si así se lo plantea el ahora recurrente de amparo, puedan decidir lo pertinente sobre la presunta vulneración del derecho fundamental alegada.

A tenor de todo lo expuesto, resulta evidente el carácter prematuro y la consiguiente inadmisibilidad del recurso de amparo, por la concurrencia de la causa de inadmisión consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa ex art. 50.1.a) en

relación con el art. 44.1 a), ambos LOTC.

Por todo ello, la Sala,

ACUERDA

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones por concurrir en el supuesto previsto en el referido art. 50.1.a) en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOTC.

Madrid, a diez de mayo de dos mil cuatro.

### Votos

1. Voto particular que formula el Presidente, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, discrepando del Auto, tanto por lo que se refiere a la decisión como a su fundamentación, pronunciado el día 10 de mayo de 2004 en el recurso de amparo núm. 1336-2004

Con el respeto que me merece la opinión de la mayoría de la Sala, en este caso de cuatro Magistrados frente a dos, expongo la tesis favorable a la admisión del recurso, según los argumentos razonados que tuve la oportunidad de alegar en las correspondientes deliberaciones.

Mi discrepancia respecto a lo que en el Auto se expone, como meollo del mismo, se inicia, formal y públicamente, el 19 de diciembre de 1995, al oponer un Voto particular a la STC 196/1995, en el recurso de amparo núm. 2257/95. Desde entonces, y de forma paralela a mi tesis, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha ido evolucionando, en el sentido de ampliar los supuestos excepcionales en los que se debe flexibilizar el principio o regla general de la subsidiariedad del recurso de amparo. Sin embargo, mi criterio es que dicha evolución jurisprudencial debe continuar, siendo el caso objeto del presente recurso de amparo un claro ejemplo de violación de derechos fundamentales ante la que este Tribunal no debería conformarse, no puede conformarse, con manifestar que su denuncia es prematura. Esta reiterada opinión en seis Votos particulares, que se unieron a las SSTC 63/1996, 27/1997, 41/1998, 121/2000, 155/2000 y 270/2000, la resumo del siguiente modo:

I. La subsidiaridad del amparo constitucional no es un dogma.

La subsidiariedad del recurso de amparo [art. 44.1. a) LOTC] ha de interpretarse con criterios flexibles, teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto enjuiciado. No es un dogma que, como tal, resulta intocable, ni es una regla que deba aplicarse inexorablemente, sin dejarse vencer a los ruegos de las excepciones.

Ciertamente el citado art. 44.1. a) LOTC configura el amparo constitucional como un remedio subsidiario, una vez que “se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”. Pero frente a este postulado se alzan principios y normas constitucionales que no deben infravalorarse. Hemos de ponderar, en cada caso, los valores enfrentados, con el fin de llegar a una solución razonable.

El art. 49.1 LOTC establece que en las demandas de amparo “se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado”. La finalidad, pues, de este proceso es tanto “preservar” como “restablecer”. El art. 41.3 LOTC menciona el mismo doble objetivo (“restablecer o preservar”) al referirse a las pretensiones del amparo constitucional y el art. 54 LOTC vuelve a señalar la preservación de los derechos y libertades, junto al restablecimiento de ellos, como función de la Sala que conozca recursos de amparo “respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales”, que es, precisamente, la función que en este caso asumimos.

“Preservar”, según el Diccionario de la Academia, es “poner a cubierto anticipadamente a una persona o cosa, de algún daño o peligro”. ¿Cómo puede preservarse un derecho, o una libertad, transcurrido mucho tiempo (varios años acaso) desde que la violación se produjo? ¿ Cómo olvidarnos de la misión de preservación que nuestra Ley Orgánica nos encomienda? ¿ Hemos de esperar, paciente y pasivamente, al agotamiento de “todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”, a lo largo de un tiempo considerablemente más dilatado en la práctica que el previsto en las normas procesales, y, mientras tanto, inadmitir los recursos de amparo por considerarlos prematuros?.

El art. 44.1 a) LOTC es claro y terminante al fijar los requisitos del recurso. Pero los citados arts. 41.3, 49.1 y 54 LOTC también lo son al definir el sentido y el alcance del amparo constitucional. ¿Cómo resolver la aporía que plantea una interpretación global y sistemática de tales normas?.

Mi respuesta es que la regla general admite excepciones. Nuestra jurisprudencia así lo establece.

La regla general es garantizar el cumplimiento del principio constitucional de subsidiariedad (art. 53.2 CE).Sin embargo, y como dejamos dicho en la STC 27/1997, de 11 de febrero, “esta regla general ha de ser excepcionada en supuestos específicos en los que, de obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria, se produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado” (FJ 2).

Y a continuación, en el mismo fundamento jurídico 2 de la STC 27/1997, subrayábamos: “Por esta razón, y porque el recurso de amparo no sólo está dirigido a restablecer, sino también a “preservar” el libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 41.3 LOTC), la doctrina de este Tribunal ha modulado, en ocasiones, la rigurosa observancia de este presupuesto procesal”.

II. Una excepción: conculcación grave con posibilidad (frustrada) de revisión judicial.

Ante la posible conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, el recurso de amparo debe ser admitido.

He dicho “conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial”, es decir, el supuesto en el que se dió ocasión a los Jueces y Tribunales, al resolver los pertinentes recursos, de reparar las graves violaciones por ellos mismos cometidas o por órganos judiciales inferiores. Es lo que ocurrió en el presente asunto. Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y los ahora quejosos en amparo, contra el Auto de la Juez Instructora que acuerda transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado y seguir los trámites del art. 780 LECrim., la Sección Tercera de la Audiencia Nacional dictó Auto el día 26 de enero de 2004 acordando remitir el asunto a la Sección Cuarta de la misma Audiencia, “a fin de no verse afectada aquélla (que en su día pudiera conocer del enjuiciamiento de los autos principales), en alguna medida, en su imparcialidad objetiva”. Celebrada vista, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto, de fecha 18 de febrero de 2004, desestimando el recurso, en el que se dice que pese a que las partes han insistido en someter a la Sala la cuestión de fondo, el recurso es de naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva.

Procedente es distinguir, en suma, entre dos clases de recursos de amparo, vistos desde la posible prematuridad de los mismos: a) Recursos en los que, sin pronunciamiento revisorio en la vía judicial, se presentan per saltum al Tribunal Constitucional; b) Recursos de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales en los que los Jueces y los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por ellos o por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer, en la vía judicial, el derecho o la libertad violados.

Mientras que deben inadmitirse, por prematuros, los del apartado a), y en estos supuestos aplicar inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado b), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, deben ser admitidos..

III. La singularidad de este caso.

La mención en nuestra jurisprudencia de “supuestos específicos”, excluidos de la aplicación de la regla general (STC 27/1997, FJ 2), nos hubiera debido llevar, en el presente caso, a la admisión del recurso.

a) El recurso se plantea contra un Auto que resuelve el recurso de apelación contra el Auto de transformación, que no es una resolución interlocutoria, puesto que establece, con carácter definitivo, en la fase diferenciada del procedimiento abreviado en que se dicta, la valoración fáctica y jurídica indispensable para permitir la apertura del juicio oral. Como tiene establecido nuestra jurisprudencia, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías es exigible en todas y cada una de las fases del procedimiento penal.

Comparto plenamente la tesis del Ministerio Fiscal, cuando señala que no toda resolución que se pronuncia antes de la Sentencia debe ser catalogada de interlocutoria, entendida como provisional o intermedia y por lo tanto no susceptible de amparo; y en este caso ocurre, precisamente, que no existe otro momento posterior en el proceso para que el imputado pueda defenderse de la acusación y del juicio oral, razón que ha llevado al legislador a conceder un recurso de apelación contra el Auto de transformación.

b) La lesión o daño causado en este caso es actual. Como se argumenta por el recurrente, aguardar el desarrollo total del proceso perpetuaría una lesión que despliega sus efectos de inmediato, puesto que esta lesión no va referida a la decisión final del proceso, sino que se encuentra en el vaciamiento de la esencial garantía procesal que constituye el control de fondo, a través de un recurso de apelación, de la decisión del Juzgado de Instrucción que da pié a la apertura del juicio oral (que ya se ha producido).

c) El origen de esa lesión se encuentra en la interpretación que realizó la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al entender que el recurso de apelación contra el Auto de transformación tiene una naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva. Esa interpretación es, como con acierto sostiene el Ministerio Fiscal, arbitraria e irrazonable, ya que ha impedido que en vía judicial sean atendidas y en su caso revisadas las valoraciones realizadas por la Instructora, como pretende el legislador, lo que estaría abocando al demandante a una situación irreparable.

Este Tribunal Constitucional no puede quedar impasible ante una interpretación tan atentadora contra los derechos fundamentales en el marco del procedimiento penal, confiando simplemente en que la violación quedará reparada posteriormente. No basta con decir, como hace el Auto de la mayoría (FJ 6), que la consideración de prematura de la demanda de amparo no conlleva que se avale la inaplicación del sistema de recursos existente en el procedimiento abreviado tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002.

La admisión a trámite de este recurso era el único remedio ante una interpretación judicial de una garantía de todo imputado, que, como afirma el Ministerio Fiscal, si esta forma de interpretar el recurso de apelación se extendiera entre los Tribunales, se yugularía el último instrumento procesal que la ley ha querido dar a los imputados para defender su derecho a no ser acusados y a no comparecer en juicio oral.

IV. El recurso de amparo contra el Auto que resuelve la apelación contra el Auto de transformación.

1. Solo desde una interpretación formalista o procedimental del art. 779.1.4 puede afirmarse que el Auto de transformación del proceso abreviado es una mera resolución interlocutoria, pues, en este estadio procesal, lo que se le plantea al Juez es decidir acerca de la alternativa del sobreseimiento o de la apertura del juicio oral contra una persona determinada.

Como dice el fundamento jurídico 8 de la STC 186/1990:

“Es indudable, al respecto, que la resolución prevista en la regla cuarta del art. 789.5 de la LECrim., en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el Capítulo Segundo, - esto es la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado-, contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789.5). En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos. Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso -art. 789.5, regla cuarta- también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art. 789.5 de la LECrim. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones.”

Así pues, desde un punto de vista constitucional, es inaceptable la calificación de “interlocutoria” de esta resolución, ya que, al desechar el Juez la resolución del sobreseimiento, convierte en definitiva, para el sujeto pasivo de la instrucción, esta resolución de conclusión de la instrucción y de imputación, en cuya virtud quedará sometido al proceso penal, abriéndose, contra él, el juicio oral. Dicha resolución es, pues, definitiva para el imputado en la medida en que, desechando la solución del sobreseimiento, lo convierte definitivamente en un imputado, contra el que se le abrirá el juicio oral.

2. Es cierto que no abundan los precedentes jurisprudenciales sobre la admisión de un amparo contra un Auto que materialmente conculca el derecho constitucional de un imputado a que un Tribunal superior revise el juicio de imputación efectuado por el Juez de Instrucción, derecho que fue expresamente proclamado por el último párrafo del fundamento jurídico 8 de la STC 186/1990:

“... pues el segundo apartado del art. 2 de la LECrim. obliga al Juez de instrucción a efectuar dicha puesta en conocimiento con ilustración expresa de los recursos que pueda ejercitar contra la misma, razón por la cual queda garantizada, a través de la posibilidad de ejercicio de los recursos, la vigencia del principio constitucional de contradicción”.

Pero también es cierto que este supuesto resulta absolutamente novedoso. En el presente caso hay que tener en cuenta dos circunstancias relevantes que no deben infravalorarse: a) ha sido la Ley 38/2.002 la que ha introducido, por vez primera en nuestro ordenamiento procesal, la existencia de un recurso de apelación contra los Autos de transformación del proceso penal abreviado, y b) ha sido el Auto impugnado también el primero que interpreta el nuevo art. 779.1.4ª LECrim. en el sentido de convertir en inútil dicho recurso, ya que crea un precedente que consiste en impedir, por el Tribunal superior, el examen de fondo del juicio de imputación, con lo que también vulnera novedosamente la doctrina sobre el derecho de defensa, contenida en la STC 186/1990.

Pero es que, además, la jurisprudencia del TC sobre el “recurso de amparo directo” presenta un marcado carácter abierto, según hemos dicho, en la medida en que ha sido el TC quien, paulatinamente, ha ido creando la doctrina de las excepciones al genérico presupuesto procesal del agotamiento, contra la Sentencia definitiva, de la vía judicial ordinaria (art. 44.1.a LOTC), en cuya virtud determinadas resoluciones, que, por ser excesivamente gravosas para determinados derechos fundamentales, han de permitir, a través del amparo, el acceso directo al Tribunal Constitucional a fin de que evitar el injustificado sacrificio de dichos derechos fundamentales, el cual se ocasionaría por el sólo hecho de agotar plenamente la vía judicial ordinaria mediante el ejercicio de los recursos contra la Sentencia definitiva.

Por lo tanto, la actividad de una Sala a la hora de decidir acerca de la admisión de estos recursos de amparo no debiera circunscribirse, en mi opinión, a examinar exclusivamente la existencia al respecto de precedentes jurisprudenciales, que, desde luego, permitirían dicho amparo directo, sino que, además, tratándose de un asunto nuevo (como lo fue el último, el de las inmunidades diplomáticas, admitido mediante Providencia, de la Sección Primera del Tribunal Constitucional, de 24 de Febrero de 2.003), y consecuente con la naturaleza del amparo, dirigido a “restablecer o preservar” los derechos fundamentales (art. 41.3 LOTC), lo procedente sería, contrastar su supuesto de hecho, con la referida doctrina de las excepciones, a la exigencia del agotamiento de los recursos ordinarios, que resume la STC 27/1997:

“Pero esta regla general ha de ser excepcionada en supuestos específicos en los que, de obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria, se produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado.”

En este sentido, hay que señalar que el objeto del amparo que nos ocupa cumple sobradamente con dicha doctrina, pues: a) al recurrente en amparo se le ha negado su derecho constitucional al reexamen del juicio de imputación por el Tribunal de Apelación; b) la arbitrariedad de la resolución impugnada, al no entrar a conocer acerca del fondo, con una fundamentación que carece de cualquier tipo de soporte doctrinal o jurisprudencial sobre la naturaleza del recurso de apelación, le ocasiona una injustificada perpetuación en el tiempo y consumación de la lesión de su derecho fundamental de defensa; y c) aun cuando obtuviera en un futuro una resolución favorable a su denuncia de violación de derechos fundamentales, el daño producido al recurrente sería irreparable, sin que cupiera solución alguna de restitutio in integrum en el restablecimiento de su derecho fundamental.

3. Ningún recurso de apelación posee una pretendida naturaleza estrictamente procesal y no sustantiva. El recurso de apelación es un recurso ordinario (un novum iuditium), en el que, contra la resolución recurrida, se pueden hacer valer, tanto los vicios in procedendo, cuanto los in iudicando (arts. 766.3 LECrim. y 456 LEC). No existe Sentencia del Tribunal Supremo, ni tesis alguna de la doctrina, que avale esta pretendida naturaleza estrictamente procesal. Son muchas las citas que podrían invocarse al respecto. Como ejemplo valgan las siguientes:

“El recurso de apelación regulado en los arts. 216 y siguientes de la LECrim. constituye un medio de impugnación ordinario, devolutivo y generalmente no suspensivo, subsidiario del recurso de reforma, que procede frente a determinados Autos dictados por los órganos instructores, de las causas penales, y a través del cual se hace posible el que otro órgano judicial superior jerárquico pueda enjuiciar, en su íntegra globalidad, las decisiones llevadas a cabo por dichos Jueces y Magistrados instructores. (...)

Desde este carácter ordinario, por tanto, el recurso de apelación no conoce ningún tipo de restricciones a su fundamentación, la cual puede transitar por cualesquiera ámbitos del ordenamiento penal y procesal penal, admitiendo en su seno alegaciones relativas, indistintamente, a vicios formales o defectos materiales.” (Gimeno Sendra, Conde-Pumpido y Garberí, Los Procesos Penales, 2, Barcelona 2000, pags. 441 y 442).

“La jurisprudencia ha podido declarar que el recurso de apelación, dado su carácter ordinario, sitúa al órgano judicial ad quem en la misma situación jurídica en la que se encontraba el Juez a quo a la hora de resolver la primera instancia. Es decir, con las mismas facultades para aplicar el derecho, determinar los hechos y valorar de nuevo la prueba” (Conde-Pumpido y Garberí, Los Juicios rápidos, el Procedimiento Abreviado y el Juicio de Faltas, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECrim. hechas por las Leyes Orgánicas 7/2002, 8/2002 y 9/2002, 1/2003, y por la Ley 38/2002, pag. 780).

Se podrá discutir sobre el alcance de la revisión, por el Tribunal ad quem, del juicio material de imputación efectuado por el Juez de Instrucción. Pero, de lo que no cabe duda alguna es que, si la defensa recurre por motivos de fondo el Auto de transformación, el Tribunal de Apelación ha de entrar a conocer sobre la participación del imputado en el hecho punible y la concurrencia o no de los elementos del tipo, máxime a partir de la reforma efectuada por la citada Ley 38/2.002 sobre el art. 779.1.4ª LECrim., que, consecuente con la doctrina del TC, ha admitido, por vez primera, el recurso de apelación contra estas resoluciones y obligado al Juez de Instrucción a plasmar expresamente, en dicho Auto de transformación, “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan”, por lo que, y de conformidad con la clásica regla de la apelación, según la cual tantum devolutum, cuantum apellatum, si la defensa pide dicho reexamen de la imputación y solicita el sobreseimiento, no puede el Tribunal de Apelación dejar de entrar a conocer el examen del juicio de imputación, sin incurrir en una flagrante violación de derechos fundamentales.

Al haber establecido el legislador un recurso de apelación contra el Auto de transformación, ese recurso, como ocurre con cualquier medio impugnatorio, constituye “una garantía esencial del proceso”. Más aún: la reforma de la Ley 38/2002 sustituye el antiguo recurso de queja contra el auto de transformación por un recurso de apelación; esto es, por la posibilidad de un control pleno de lo decidido por el Juez de Instrucción ya que, como se ha dicho, el Tribunal de Apelación se encuentra investido de “plenitud de jurisdicción” (STC 167/2002, 18 de septiembre).

El Auto recurrido en amparo ha reducido a la nada esta esencial garantía configurada por la Ley al desfigurar la naturaleza y alcance del recurso de apelación.

Adviértase que, en este caso, al no apreciarse ese vaciamiento de la garantía que supone el recurso de apelación contra el Auto de transformación, esta última resolución se ha convertido en innecesaria en la estructura del procedimiento abreviado. Cuando se dictó el Auto de transformación por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, las partes ya habían definido su posición (tanto el Ministerio Fiscal como los imputados habían solicitado el sobreseimiento y las acusaciones se habían opuesto) y el Juzgado contaba con todo el material instructorio relevante. De desaparecer el control sobre la decisión del Juzgado atribuida a la Sala de la Audiencia a través del recurso de apelación, el contenido del Auto de apertura estaría ya perfectamente predeterminado, pues ninguna novedad podrá producirse en el proceso entre las dos resoluciones.

La finalidad que, con toda seguridad, fue perseguida por el legislador al sustituir la queja por un recurso de apelación se ha visto definitivamente frustrada. El paso al juicio oral se produce sin la intervención ni el control de ningún órgano ajeno a la instrucción. Reducir el recurso de apelación a un control de posibles defectos procesales no sólo es violentar la naturaleza del recurso sino también dejar en manos del juez de instrucción, contra la expresa prohibición del legislador, una decisión de tan graves efectos como es la de abrir el juicio oral.

En suma, lo que se ha lesionado efectiva y actualmente es el derecho al recurso de apelación contra el Auto de transformación que, como esencial garantía del proceso, se ha reconocido al imputado tras la reforma operada por la Ley 38/2002, y esa definitiva y efectiva lesión del derecho fundamental, que es ya irreversible conduce también en mi opinión a desvirtuar la finalidad perseguida por la reforma, dejando en manos del juez de instrucción - y sólo del juez de instrucción - la decisión de abrir el juicio oral.

El Tribunal Constitucional en la STC 186/1990, de 15 de noviembre, despejó la duda de constitucionalidad que se suscitó sobre el antiguo art. 790.7 LECrim. (que declaraba que contra el Auto de apertura no cabría recurso alguno) porque el Auto de transformación habría de notificarse a las partes y sería, en todo caso, susceptible de recurso. La Ley 38/2002 ha reformado el procedimiento abreviado en la dirección sugerida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recién invocada y para remediar resoluciones equivocadas o no suficientemente fundadas de los jueces de instrucción. Este es el sentido que cabe apreciar en la sustitución de la queja por el recurso de apelación contra el Auto de transformación.

4. El Auto de la mayoría en su fundamento jurídico 6 viene a reconocer lo que se acaba de exponer, ya que considera como “desafortunada” la calificación del recurso de apelación que realiza el Auto impugnado (al sostener que tiene naturaleza eminentemente procesal y no sustantiva). Además señala que la consideración de prematura de la demanda de amparo no conlleva que se avale la inaplicación del sistema de recursos existente en el procedimiento abreviado tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002, en la medida en que pro futuro no existiría una revisión material del juicio de imputación, ni que se permita la degradación, sin base alguna, del recurso de apelación, hasta convertirlo en un trámite estéril y formulario. Y despeja cualquier duda que pudiera existir al afirmar: “en absoluto puede llegarse a esa conclusión en cuanto, como ya se ha indicado, incluso con anterioridad a la reforma procesal citada ya se calificaba el recurso de queja, que hasta entonces era el previsto contra el Auto de transformación de Diligencias Previas, de recurso ordinario y, por ende, de nueva instancia en la que el Tribunal ad quem podía conocer y revisar las decisiones, procesales y de fondo, del órgano judicial de instancia; entre ellas, por lo tanto, la revisión del juicio material de imputación que se hubiera realizado en la resolución recurrida”.

Es claro, pues, como así tuvimos ocasión de comprobar en las deliberaciones, que la discrepancia con la mayoría no se refiere a esta cuestión, sino a la postura que debía adoptar este Tribunal Constitucional ante la violación de derechos fundamentales denunciada en la demanda de amparo.

Mientras que la mayoría ha considerado que el recurrente debe esperar a que sean los jueces y tribunales ordinarios (especialmente en la audiencia preliminar, regulada por el actual art. 786.2 LECrim., según se afirma en el fundamento jurídico 4 del Auto del que estamos discrepando) los que tengan la oportunidad de tutelar sus derechos fundamentales, la posición que yo sostengo, al igual que he hecho en numerosas ocasiones anteriores, es que ante una conculcación grave de derechos fundamentales, que ya ha causado una lesión o daño actual, debe admitirse el recurso de amparo.

He aquí los argumentos que expuse en la Sala y que, al no ser estimados por la mayoría, me llevan a formular este Voto Particular discrepante, dado que, en mi opinión, debió admitirse el recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta de lo Penal, de fecha 18 de febrero de 2004; y debió acordarse la retroacción de las actuaciones para que la Audiencia Nacional se pronuncie de forma razonada y fundada sobre los motivos de impugnación de los recursos de apelación planteados.

Madrid, a catorce de mayo de dos mil cuatro.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al Auto de 10 de mayo de 1004 por el que se inadmite a trámite el recurso de amparo número 1336-2004, promovido por don Emilio Botín-Sanz de Sautola y García de los Rios

1. Al amparo de lo dispuesto en el articulo 90.2 LOTC expongo en este Voto particular mi opinión favorable a la admisión del recurso, de acuerdo con las tesis que defendí en el acto de deliberación y votación del mismo.

La reforma de la LECrim operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha supuesto un avance en las garantías de cualquier imputado en todo procedimiento abreviado. Dicho avance quedará anulado si se consolida la doctrina que ha establecido el Auto de la Audiencia Nacional que se recurre.

2. La resolución mayoritaria funda su doctrina en la afirmación de que “la reforma procesal de 2002 no ha supuesto una mutación sustancial en la naturaleza jurídica del medio de impugnación disponible en el procedimiento abreviado (antes queja, apelación ahora) al tratarse en ambos casos de un recurso ordinario” (sic en FJ 6).

No comparto esa afirmación. Es mérito de nuestra doctrina constitucional haber garantizado al imputado la posibilidad de recurrir en queja en los casos del antiguo art. 789.5.4 LECrim (FJ 8 in fine de la STC 186/1990). Admito que los avances constitucionales en la configuración del anterior recurso de queja, respetando el principio de contradicción y de igualdad de armas, se aprecian, entre muchas otras, en las SSTC 178/2001, 179/2002 y 8/2003, que invoca el FJ 6 del Auto mayoritario. Sin embargo la propia jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo anterior a la reforma de la LECrim de 2002 muestra que los recursos de queja no han dejado de tener un alcance mucho mas modesto y distinto del que ostenta hoy el nuevo recurso de apelación. (Cfr., SSTS de 22 de enero de 1999 y de 5 de febrero de 2002). El recurso de queja se ha seguido considerando como un “recurso menor”, de alcance más limitado que el recurso de apelación, ceñido ordinariamente a los aspectos procesales de la resolución combatida, ideado por el legislador para asuntos de escasa trascendencia. Por ello - a pesar de los avances de nuestra doctrina constitucional, en los que se detiene el Auto del que discrepo - la práctica de los Tribunales mostraba que en la queja no debía nunca el Tribunal de alzada decretar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones ya que, de acordarlo así, impediría a las partes acusadoras su derecho al ejercicio de la acción penal, formulando el correspondiente escrito acusatorio; también se sostenía que cuando las Audiencias Provinciales entrasen en el fondo de la calificación jurídica de los hechos desbordaban el ámbito propio del recurso de queja y de las facultades que, por razón del mismo, les correspondían.

Partir de esa realidad tiene un relieve decisivo en el presente caso: La calificación errónea que efectúa el Auto de la Audiencia Nacional recurrido en este recurso de amparo del nuevo recurso de apelación como recurso “de naturaleza eminentemente procesal” (calificación que el FJ 6 del propio Auto mayoritario no duda en calificar de “desafortunada”) responde en forma exacta a esa configuración del antiguo recurso de queja, que acabo de exponer y la traslada por inercia al nuevo recurso de apelación.

Mantener tras la reforma del año 2002 esa doctrina - que impregna el FJ 2 del Auto recurrido en amparo y nutre su razón de decidir - tiene consecuencias graves al ser indudable que, en expresión del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal ante este Tribunal, “si esta forma de interpretar el recurso de apelación se extendiera entre los Tribunales creemos que se yugularía el último instrumento procesal que la Ley ha querido dar a los imputados para defender su derecho a no ser acusados y a no comparecer en juicio oral. Estos quedarían entregados irremisiblemente a lo que el Instructor acuerde, que es cabalmente lo que de manera expresa admite la Audiencia Nacional”. No comparto, por ello, la reflexión final del Auto mayoritario cuando no ve peligro de que no exista en el futuro una revisión del juicio de imputación ni de que se degrade el recurso de apelación que nos ocupa hasta convertirlo en un trámite estéril y formulario (FJ 6 in fine). Basta la previsible inadmisión futura, por simple providencia, de recursos de amparo similares al presente para poner en peligro la garantía esencial que trató de introducir la reforma de la LECrim de 2002 al sustituir el recurso de queja por un recurso ordinario de apelación.

3. Creo que, tras esa reforma del año 2002, tiene un relieve constitucional indudable privar a un imputado del recurso de apelación establecido en la reforma de la LECrim. Se trata de una garantía última para defender su derecho fundamental a no ser acusado tras la Instrucción de una forma superficial o sin una mínima consistencia y a no comparecer en un juicio oral o, como dijimos en la STC 186/1990, a no verse sometido innecesariamente a la “penalidad” de la publicidad del juicio oral (FJ 8 in fine) sin el control de un órgano jurisdiccional superior que revise el juicio de imputación del Instructor.

El Decreto de las Cortes de Cádiz de 22 de febrero de 1813 abolió en nuestro Derecho el procedimiento inquisitorial, por su incompatibilidad con la Constitución. Casi doscientos años después, en los debates de la proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2002, se llegó a un texto transaccional entre todos los grupos parlamentarios para la redacción del actual art 779.2 LECrim, que aclara que el recurso de apelación que acabo de citar ha sido introducido en nuestro Derecho “con el fin de otorgar garantías frente a dicho Auto” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Justicia e Interior) núm. 529 de 24 de junio de 2002, p. 17.003 s.). Piénsese que, en Estados Unidos, cualquier persona que se vea amenazada por la posibilidad de un proceso penal en el que se le pida una pena superior a seis meses de cárcel tiene garantizado por la misma Enmienda Quinta de la Constitución que no será incriminado en juicio si, entre otras muchas garantías previas, no se convoca antes el Gran Jurado y si, en el mismo, 12 de los 23 miembros de la comunidad, que lo forman, no confirman la probabilidad del hecho criminal que se le imputa.

4. Si se consideran los extensos y razonados escritos de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y los imputados frente al Auto de transformación en procedimiento abreviado dictado por la Jueza titular del Juzgado de Instrucción Número 3 de la Audiencia Nacional se aprecia que el Auto de la Sección Cuarta de dicha Audiencia Nacional recurrido en amparo rechaza dar respuesta a todos los alegatos en los que se le solicitaba el examen del fondo de la cuestión. No hay vicio de incongruencia (y además, caso de existir, no se podría haber reparado por la vía del artículo 241 LOPJ, dado que estamos frente a una resolución interlocutoria) sino una denegación pura y simple de respuesta, por creer la Audiencia Nacional erróneamente que el nuevo recurso de apelación cumple la triple función del antiguo recurso de queja (así en el FJ 2 del Auto de la Audiencia recurrido en amparo) entendido éste con total olvido de nuestra consolidada doctrina constitucional.

A mi juicio, y esa sería ya cuestión a resolver en la sentencia de amparo y no en este momento de admisión, el control a efectuar en el recurso de apelación no se debería referir a los aspectos fácticos del relato de hechos efectuado por la Jueza Instructora, pero sí a la revisión por el órgano ad quem del juicio de probabilidad que corresponde al Juez Instructor en el trámite del artículo 779.1.4 LECrim. Entiendo que la nueva apelación debería servir para que el órgano superior comprobase si, sentados los hechos que la Jueza relata, resulta verosímil la subsunción indiciaria de los mismos en el tipo penal que considera o si, por el contrario, el juicio de imputación es superficial o inconsistente y se debe acordar el archivo de las actuaciones. Nada de eso se hace en el Auto impugnado. A mi entender desvirtuar, como se ha hecho, el sentido del nuevo recurso de apelación no es una infracción procesal meramente formal, sino un menoscabo efectivo y real del derecho de defensa del recurrente, con el consiguiente perjuicio para los intereses afectados. Creado el recurso por la ley ordinaria el imputado tiene derecho a él; si los Tribunales ordinarios desconocen el alcance del recurso producen un daño irreparable para el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

5. Sentada esta afirmación procede que nos detengamos en el segundo argumento esencial del Auto mayoritario: Si el recurso de amparo es prematuro y si su admisión a trámite contradice en forma abierta nuestra doctrina constitucional, al violar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

Tampoco comparto la opinión mayoritaria en este aspecto. No hay precedente alguno en nuestra jurisprudencia para resolver una cuestión como la que se ha planteado en este caso: Es ésta la primera vez en que nos enfrentamos con el alcance que tenga el nuevo recurso de apelación arbitrado por la Ley de 2002 frente al Auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (art. 766 en relación con el 779.4 LECrim.). Tras lo que acabo de aclarar sobre el alcance del antiguo recurso de queja se puede precisar que, habiendo entrado en vigor la reforma del recurso de apelación contra el Auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado el 28 de abril de 2003 (para los recursos interpuestos a los seis meses de inserción de la Ley en el “Boletín Oficial del Estado”., según su disposición final tercera en relación con la transitoria segunda) parece obvio que ninguna de las numerosas sentencias invocadas en el Auto mayoritario, todas anteriores a ese fecha, puede prestar la autoridad del precedente judicial a la cuestión que aquí se examina ni, por ello a la tesis que sostiene el Auto de inadmisión.

Resulta, en primer lugar, que el Auto mayoritario sólo invoca sentencias y, por ello, amparos que en su día se creyeron merecedores de llegar a ese trámite, cuando nos encontramos, aquí y en este momento, en un rechazo acordado en el trámite previo de inadmisión. Además, en un segundo lugar, en ninguno de los cinco supuestos que detalla el fundamento jurídico 3 del Auto mayoritario se plantea si el recurso entonces existente frente al Auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado servía de garantía del imputado frente a posibles excesos del juicio de imputación. La auctoritas rerum similiter iudicatarum se debe reservar a asuntos en los que se resuelva una cuestión equiparable a la que ahora se nos suscita en amparo sin ampliarla a casos distintos o de una similitud lejana. Por ello, en tercer y último lugar, tampoco creo paradójico (frente a lo que se dice en el fundamento jurídico 4 del Auto de la mayoría) que los informes del Ministerio Fiscal en un recurso de amparo diferente del que ahora examinamos (recurso de amparo 910-2003) hayan llegado a conclusiones distintas de las que se defendieron en éste. Teniendo a la vista tales informes se comprueba que los mismos versan sobre la antigua queja, anterior a la reforma de 2002, con lo que la paradoja se revela como aparente. Además en ninguno se plantea la cuestion de que el órgano judicial se haya limitado a comprobar superficialmente, en una queja, las formalidades del Auto recurrido negándose a entrar en la cuestión de fondo que se le planteaba.

6.Garantizar la aplicación y máxima eficacia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, como derechos subjetivos y como valores objetivos del sistema constitucional, es una función que la Constitución atribuye, en paralelo, tanto a los Tribunales ordinarios como a este Tribunal Constitucional. El deslinde del campo es, como se sabe, polémico. Nos encontramos ante una aplicación concreta del principio de división de poderes (entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional como órgano constitucional) en el sistema de equilibrios que establece la Constitución de 1978. Al prever ésta la participación conjunta de los Tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional en varios terrenos (como la cuestión de inconstitucionalidad o el recurso de amparo que nos ocupa) hace inevitable la existencia de zonas compartidas, en las que el deslinde de competencias no es siempre fácil.

La subsidiariedad del recurso de amparo es una exigencia del artículo 53.2 CE, que sirve a dicho deslinde. Comporta sin duda, como principio general, que deban ser los órganos de la jurisdicción ordinaria los llamados primariamente a resolver las violaciones de los derechos fundamentales y que sólo se pueda abrir la vía del amparo ante nosotros cuando, utilizados en tiempo, forma y por su orden, los medios procesales adecuados no se obtenga el remedio a dichas violaciones. No debe negarse, sin embargo, que producida la lesión de un derecho fundamental por una resolución judicial, ya sea ésta interlocutoria o no, se abrirá la vía de amparo ante este Tribunal Constitucional en todos los supuestos en los que no exista ya remedio eficaz en la jurisdicción ordinaria para remediar la lesión. No habrá un recurso per saltum sino una intervención necesaria que se nos encomienda como órgano que tiene también la función constitucional de proteger los derechos fundamentales. No comparto, por ello, la afirmación (desarrollada ampliamente en el fundamento jurídico 1 del Auto mayoritario) de que la naturaleza subsidiaria del amparo obligue a esperar a que el proceso judicial fenezca por sentencia firme para entender agotada la vía judicial y poder recurrir en amparo. El recurso de amparo es extraordinario y subsidiario, pero no es por ello siempre el último y, por eso, los fundamentos jurídicos 2 y 5 del propio Auto mayoritario admiten de inmediato varias excepciones casuísticas a la regla que acaba de enunciar.

7. La resolución que se recurre en este amparo tiene, sin duda, naturaleza interlocutoria. Sin embargo el Auto de la Audiencia Nacional impugnado ha privado al imputado de la función de garantía del nuevo recurso de apelación establecido en la reforma de 2002, por lo que entra en juego el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE. En tales circunstancias no se vulnera nuestra jurisprudencia sobre la subsidiariedad del amparo (expuesta en forma extensa en el fundamento jurídico 1 del Auto mayoritario) por acordar la admisión a trámite de este recurso.

8. En la sociedad de medios de comunicación contemporánea no puede negarse, sin faltar a exigencias evidentes de justicia material, que el mantenimiento indebido de una imputación criminal implica para el imputado, cualquiera que sea su posición, incertidumbres gastos y un deterioro social que pueden calificarse como auténtica penalidad. Así se dijo en el fundamento jurídico 8 de la STC 196/1990 y así lo hemos reconocido recientemente en el Auto de nuestra Sala de 13 de octubre de 2003 (recurso de amparo 4032-2002) cuando acordamos la suspensión de los efectos de los Autos de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, así como de la tramitación de las diligencias previas núm. 262/1997 de dicho Juzgado Central de Instrucción respecto del mantenimiento de una imputación contra un Presidente de Gobierno extranjero. Y ello en la medida en que se planteaba explícitamente en aquella ocasión que no acceder a la suspensión de dichas resoluciones interlocutorias pondría en entredicho la buena reputación, la fama y el correcto ejercicio del cargo por el más alto representante de un Estado extranjero, conectando los mismos efectos, con carácter irreparable, a todo el tiempo de mantenimiento de una imputación improcedente, dada la divulgación de los hechos en periódicos, revistas y noticiarios (antecedente de hecho 6 y fundamento jurídico 3 del Auto de 13 de octubre de 2003).

9. A efectos del recurso de amparo deben diferenciarse las resoluciones interlocutorias simples de las resoluciones interlocutorias sustantivas a efectos de amparo. Estas últimas son las que el propio Auto mayoritario reconoce como aquéllas que consuman en forma inmediata de la lesión constitucional denunciada (FFJJ 2 y 4). Las resoluciones interlocutorias con sustantividad a efectos de amparo no son, sin embargo, una excepción tópica respecto de una regla general. Deben ser consideradas como una categoría dogmática que, como tal, puede ser aplicada, caso por caso pero cuando proceda, abriendo el amparo en supuestos como el presente.

No debe considerarse que esta configuración es una concepción caprichosa, que anticiparia indebidamente nuestra intervención, subvirtiendo los principios esenciales de subsidiariedad y necesidad de agotamiento de la vía judicial del sistema de amparo. Baste indicar que en el recurso de amparo alemán, afectado de una sobrecarga de asuntos muy cercana al español, como ha mostrado la Comisión Benda, nadie duda que las “selbständige Zwischenentscheidugen” hacen posible el acceso al amparo, a diferencia de las denominadas resoluciones interlocutorias simples.

A mi entender, el Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo se presenta como una resolución interlocutoria sustantiva a efectos de amparo en todo lo que afecta a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) y como meramente interlocutoria (y por tanto no susceptible de amparo) en cuanto a las demás vulneraciones invocadas en el recurso, en la medida en que puedan ser reparadas en la vía judicial ordinaria.

Basta para demostrarlo considerar que la audiencia preliminar, que invoca el Auto de la mayoría, no es ya, desde luego, momento idóneo para reparar la lesión producida, entendida ésta en el sentido de derecho a no ser acusado tras la Instrucción sin una mínima consistencia y el derecho a no sufrir la penalidad de tener que comparecer en un juicio oral, sin la garantía previa de que existe una causa justificada para ello. No se podrá reparar la lesión en tal momento por la sencilla razón de que la audiencia preliminar se produce ya en el comienzo mismo del juicio oral, que no se suspenderá, y se resuelve en el acto sin recurso alguno (art. 786.2 LECrim actual, y 793.2 LECrim aplicable al caso). Ni incluso en la hipótesis de que el Tribunal ordenase retrotraer actuaciones al momento de resolución del recurso de apelación, para que éste fuese resuelto de nuevo con respeto a su finalidad y naturaleza, podría repararse la lesión en los casos en los que fuese procedente decretar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. Tampoco podría, como es obvio, repararse dicha lesión tras la resolución definitiva en la instancia o en vía de recurso siempre que la resolución que hubiera procedido en el recurso de apelación contra el Auto de transformación que nos ocupa hubiera sido la de archivo o sobreseimiento de las actuaciones.

En conclusión, con el respeto que me merece siempre el criterio de mis compañeros de la mayoría, creo que era procedente admitir a trámite este recurso de amparo. Si, en una visión analítica del artículo 24 CE, hubiésemos de precisar más se debería concluir que procedería acordar la admisión únicamente respecto de la queja por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

En ese sentido emito mi Voto particular, en Madrid a catorce de mayo de dos mil cuatro