

Hay una infracción procesal que se produce por una falta u omisión de actividad, que una mínima dinámica procesal exige al órgano judicial y esta falta de actividad produce el efecto de que una persona, interesada en el procedimiento, no sea llamada para ser oída respecto a la adopción. Esta falta de llamamiento, sin culpa de la recurrente en amparo, lleva consigo una falta de audiencia, que engendra la indefensión que se denuncia.

La afirmación del Juez, en el Auto antes mencionado, en relación con la falta de trascendencia de la audiencia de la madre, respecto al sentido del resultado de la adopción, no puede ser admitida, porque supone prejuzgar el contenido de dicha audiencia convirtiendo en inútil y formularia la exigencia legal, lo que no es de recibo.

La audiencia de que habla el Código Civil no puede quedar reducida a una mera exposición de las alegaciones de la madre respecto a la adopción sino que debe de comprender, por su propia lógica, la posible aportación de datos que acrediten estas alegaciones y este alegar y aportar los fundamentos de ellas tiene un interés enorme y una posibilidad de producir efectos.

En este caso concreto, la audiencia podía haber puesto en situación de estudio y examen, ante el Juez, con posibles consecuencias jurídicas, los temas de si el menor estaba abandonado legalmente, la posible equiparación entre suspensión de la guarda y custodia y la suspensión de la patria potestad, la realidad de las visitas de la madre al hijo en la Institución en que estaba acogido y si, dados los datos aportados, era necesario el consentimiento de la madre para la adopción.

No se puede negar esta realidad y su posibilidad, porque la opinión contraria convertiría esta audiencia en un trámite de ficción, lo que es contrario a la finalidad y contenido de la institución de la adopción.

El órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción procesal adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.

Por todo ello se interesa del Tribunal Constitucional dicte Sentencia estimando la demanda de amparo, por vulnerar las resoluciones impugnadas el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

8. Por providencia de 21 de septiembre de 1990 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

Unico.-La recurrente pretende la nulidad de las resoluciones judiciales que declararon y confirmaron la adopción plena de su hijo menor de edad solicitada por las personas a quienes se les había confiado dicho menor para su guarda y acogimiento familiar. Invocando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de toda indefensión, aduce la recurrente que en el trámite seguido en el expediente de adopción no se le dio oportunidad de ser oída, siendo así que el órgano judicial tenía a su alcance los medios apropiados para identificar su domicilio y efectuar el emplazamiento personal. Afirma además que la declaración de abandono de su hijo menor fue prejuzgada a partir de las manifestaciones realizadas por los adoptantes, sin respeto del principio de contradicción.

La queja de amparo ha de ser estimada.

En efecto, de las actuaciones examinadas resulta que, tras recabar sin resultado positivo del matrimonio adoptante los datos domiciliarios precisos para emplazar a la madre biológica del menor, el Juez se limitó a ordenar su citación por cédula en el tablón de anuncios del Juzgado y por edictos en el «Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza».

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el artículo 24 de la Constitución garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus

pretensiones. De ahí la especial relevancia que reviste el emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser partes en el procedimiento judicial, pues sólo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de la parte podría justificar, en principio, una resolución *inaudita parte* (STC 109/1989). Por ello, muy tempranamente, desde la STC 9/1981, este Tribunal ha mantenido que debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptando, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con éstos últimos que se practiquen en tales procedimientos.

En el caso que ahora examinamos, es claro que, como señala el Ministerio Fiscal, el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad el domicilio de la madre biológica del menor, hoy recurrente en amparo, con sólo haber desplegado «una sencilla actividad», pues tal domicilio constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona en el precedente expediente de protección del citado menor de edad. La omisión de esta mínima diligencia judicial ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el artículo 24 de la Constitución. Debemos, pues, corregir dicha indefensión mediante la anulación de lo actuado, rechazando el razonamiento del Juzgado, que la Audiencia Provincial hace suyo, en el sentido de que «el hecho de ser oídos (los padres biológicos) no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte», pues aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción.

FALLO

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

Ha decidido

- 1.º Declarar la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, de 4 de febrero de 1987, dictado en el expediente de adopción núm. 473/86, así como de las actuaciones y resoluciones judiciales posteriores.
- 2.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.
- 3.º Retrotraer las actuaciones del expediente de adopción cuya nulidad se declara al momento en que se debió practicar la citación personal de la recurrente, para que ésta pueda ser oída en dicho expediente.

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

Dada en Madrid a veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa.-Francisco Tomás y Valiente.-Fernando García-Mon y González Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Jesús Leguina Villa.-Luis López Guerra.-Vicente Gimeno Sendra.-Firmado y rubricado.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 846/1989, promovido por doña María Dolores Barleycorn Buila, representada por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo y asistida del Letrado don Juan J. González Herrero, contra Autos de 25 de febrero y 2 de marzo de 1989 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid y de 14 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid. En el proceso de amparo ha comparecido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito que tiene entrada en este Tribunal el 8 de mayo de 1989, el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo

25730 Sala Primera. Sentencia 144/1990, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 846/1989. Contra Autos del Juzgado de Instrucción núm. 1 y de la Audiencia Provincial de Madrid que decretaron el internamiento de la recurrente en aplicación de la Ley de Extranjeros. Vulneración del derecho a la libertad: falta de motivación de la resolución judicial de internamiento.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don José Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

interpone, en nombre y representación de doña María Dolores Barleycorn Buila, recurso de amparo contra los Autos de 25 de febrero y 2 de marzo de 1989 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid y 14 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial.

2. El recurso de amparo se contrae, en síntesis, a los siguientes hechos:

a) El día 23 de febrero de 1989, la hoy recurrente de amparo, de nacionalidad ecuatoguineana, fue detenida en un local de *top less* de Madrid. La Autoridad gubernativa, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, inició expediente de expulsión del territorio nacional de la detenida. El día 25 de febrero de 1989, la Autoridad gubernativa, de conformidad con lo prevenido en el art. 26.2, párrafo 2.º, de la citada Ley Orgánica y dentro del plazo señalado al efecto, puso a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid, en funciones de guardia ese día, a la hoy recurrente de amparo (y a otras siete personas más), solicitando autorización para su internamiento hasta que se procediera a la expulsión.

b) El Juzgado de Instrucción incoó las diligencias indeterminadas 240/1989 respecto de todas las personas extranjeras detenidas y puestas a su disposición, y el mismo día dictó Auto en el que decretó el internamiento de todos los detenidos, a disposición de la excelentísima señora Delegada del Gobierno de Madrid, para su posterior expulsión, por el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, sin exceder en ningún caso el internamiento de cuarenta días.

El fundamento de Derecho único dice así:

«De conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2.º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, procede decretar el internamiento de los detenidos arriba indicados en el Centro de Internamiento de Extranjeros, a disposición de la excelentísima señora Delegada del Gobierno en Madrid, para su posterior expulsión del territorio nacional, por haber cumplido los requisitos exigidos en dicha Ley.»

c) Contra el citado Auto interpuso la representación de la hoy demandante de amparo recurso de reforma y subsidiario de apelación. Por Auto de 2 de marzo de 1989, el Juzgado de Instrucción desestimó el recurso, al considerar que se mantenían en su totalidad los hechos que habían motivado el internamiento. Tramitado el recurso de apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo núm. 66/1989), fue desestimado en Auto de 14 de marzo de 1989.

En el único fundamento de Derecho, la Sala hace constar lo siguiente:

«No aparecen en modo alguno desvirtuados los fundamentos del Auto acordando el internamiento de la recurrente, reiterados en el que rechazó la reforma, y que acertadamente aluden al cumplimiento, en el presente supuesto, de lo prevenido en la Ley Orgánica 7/1985, en cuanto a los requisitos para llevar a cabo tal internamiento (art. 26.2.º).»

Contra la mencionada resolución presentó la representación de la detenida recuso de aclaración, que fue inadmitido por providencia de 17 de abril de 1989.

d) Con independencia de lo expuesto, la Autoridad gubernativa inició expediente administrativo de expulsión, en virtud del cual se procedió, en fecha 4 de marzo de 1989, a la efectiva expulsión de la detenida. Con posterioridad, por oficio de 9 de marzo de 1989, la Dirección General de la Policía comunicó al Juzgado de Instrucción núm. 1 que se había llevado a efecto, en la fecha antes indicada, la expulsión de la detenida.

Contra la resolución del expediente administrativo que decretó la expulsión, la representación de la hoy recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la —entonces— Audiencia Territorial de Madrid, al amparo de lo dispuesto en la Ley 62/1978, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, solicitando la suspensión del acto de suspensión y autorización para que la recurrente regrese a territorio nacional.

3. La representación de la recurrente considera que las resoluciones judiciales impugnadas infringen los arts. 17.1 y 3 y 24.1 y 2 de la Constitución. En primer lugar, estima que ha existido violación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos en un proceso público con todas las garantías, garantizado todo ello en el art. 24.1 y 2 de la C.E., pues tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial decretaron y confirmaron, respectivamente, el internamiento de la hoy recurrente en base a lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en unas diligencias indeterminadas incoadas con carácter colectivo contra varias personas, sin relación alguna entre ellas, sin razonar ni justificar dicha medida teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en la detenida y, en concreto, la causa de su expulsión, su situación legal y personal, la mayor o menor probabilidad de que huyera, si existían razones de seguridad o de orden público para justificar el internamiento, etc. Por ello, considera que la aplicación que los órganos judiciales han hecho del art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985,

antes citada, no ha sido conforme con la doctrina sentada al respecto en el fundamento jurídico 1.º de la STC 115/1987, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra distintos preceptos de la mencionada Ley Orgánica, entre ellos el art. 26, también antes citado, y, en consecuencia, las resoluciones judiciales infringen los derechos fundamentales aducidos. Asimismo considera que el Auto dictado por el Juzgado el 25 de febrero de 1989 ordenando el internamiento toma postura y decisión sobre la expulsión de la detenida, lo que está absolutamente vedado al órgano por lo que también infringe el derecho a la presunción de inocencia y los principios de audiencia, asistencia y defensa consagrados en el art. 24.2 de la Constitución.

En segundo lugar, alega la violación de los derechos a la libertad y a la seguridad y a ser informado de forma inmediata, y de modo comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, consagrados en el art. 17.1 y 3 de la Constitución, pues la recurrente no fue en ningún caso informada de forma inmediata de las razones de su detención y fue privada de su libertad sin que hubiera una razón que justificase tal medida. En este sentido considera que la autorización judicial del internamiento de extranjeros mientras se sustancia el expediente de expulsión se viene haciendo por los órganos judiciales de forma arbitraria y sin cumplir los requisitos legales, como ocurrió en el caso que ahora nos ocupa, por lo que, a su juicio, corresponde al Tribunal Constitucional dejar sentado y concretar los derechos fundamentales que corresponden al extranjero detenido pendiente de expulsión.

Por todo lo expuesto, solicita de este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales impugnadas, declare que la recurrente tiene pleno derecho a ejercitar todos los medios legales de defensa que las leyes le reconozcan, y a permanecer físicamente en España mientras se tramita su expediente de expulsión, tanto administrativamente como judicialmente, hasta que no exista una resolución firme de expulsión. Por sendos otrosí solicita que se acuerde la suspensión de «la ejecución efectiva de la expulsión de la recurrente, concretando dicha suspensión al hecho de que por las Autoridades competentes se autorice, su regreso a España» (sic), así como el recibimiento a prueba de este recurso a los debidos efectos.

4. Por providencia de 29 de junio de 1989, la Sección Segunda (Sala Primera) acuerda tener por interpuesto recurso de amparo por doña María Dolores Barleycorn Buila y por personado y parte, en nombre y representación de la misma, al Procurador señor de Diego Quevedo. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo para que aleguen lo que estimen pertinente en relación con la existencia del siguiente motivo de inadmisión: Carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional, conforme previene el art. 50.1 c) de la LOT.

5. En su escrito de alegaciones, presentado el 13 de julio de 1989, la representación de la recurrente manifiesta que la demanda tiene contenido suficiente para justificar una decisión por parte del Tribunal Constitucional, toda vez que se ve apoyada de manera esencial y fundamental en los propios razonamiento y consideraciones jurídicas plasmadas por este Tribunal en su STC 115/1987, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reiterando las alegaciones de la demanda. En consecuencia, solicita la admisión a trámite del recurso de amparo por existir violación de los derechos fundamentales garantizados en los arts. 24.1 y 2, 17.1 y 3 de la Constitución.

El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 14 de julio de 1989, alega, de una parte, que los Autos impugnados adolecen de falta de motivación y no contienen una explicitación de las causas que determinaron la privación de libertad de la recurrente, lo que puede suponer infracción de los arts. 17.1 y 24.1 de la Constitución. De otra parte manifiesta que las alegaciones de la recurrente referidas a la vulneración del art. 17.3 de la Constitución no pueden ser constatadas sino a la vista de las actuaciones gubernativas y judiciales con las que acreditar si ha existido o no información de derechos a la detenida o se le ha garantizado la asistencia de Letrado en el modo en que la ley lo establece. Por lo expuesto, solicita la admisión a trámite de la demanda de amparo.

6. La Sección, por providencia de 27 de julio de 1989, acuerda admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes, y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la LOT, requerir atentamente al Juzgado de Instrucción núm. 1 y a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid para que en el plazo de diez días remitan, respectivamente, testimonio de las diligencias indeterminadas número 240/89 y del rollo de Sala número 66/89. Asimismo acuerda formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

Una vez recibidas las actuaciones remitidas, la Sección, por providencia de 18 de septiembre de 1989, acuerda, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOT, dar vista de todas las actuaciones del presente

recurso, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo para que aleguen lo que a su derecho convenga.

7. La representación del recurrente en escrito presentado el 16 de octubre de 1989, reitera, en primer término, que en el caso que nos ocupa se ha producido la violación del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), con indefensión para la recurrente, así como la del derecho a la libertad y a la seguridad reconocidos en el art. 17.1 de la C.E. como consecuencia de la falta de motivación para adoptar la medida de privación de libertad consistente en el internamiento de la hoy recurrente.

En segundo término alega que en el presente caso también ha existido infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), pues, aunque el internamiento decretado es una medida cautelar, el citado derecho fundamental debe ser tenido en cuenta siempre antes de proceder el órgano judicial a decretar la privación de libertad de un extranjero, al que se le aplique la Ley de Extranjería, ya que la privación de libertad se decreta, no por la supuesta comisión de delitos en donde se dan indicios racionales de criminalidad, sino supuestas infracciones administrativas. Por ello, corresponde a la Autoridad gubernativa y, en su caso, al órgano judicial, el acreditar y justificar razonadamente que el extranjero se encuentra ilegalmente en España y que al mismo tiempo es totalmente necesario, dadas las circunstancias que concurran en el caso, privarle de libertad para que no eluda la acción de la justicia. Y en el presente caso, la policía se limitó a aportar al Juez de Guardia como única prueba de que doña María Dolores Barleycorn estaba ilegalmente en España un atestado en el que, después de identificarla con su Tarjeta de Residencia, se dice fue detenida en un *Top Less* el día 23 de febrero de 1989 a las dos de la madrugada, que una hora más tarde se procedió a notificarle la apertura de un expediente de expulsión, porque según dicha policía «se encontraba ilegalmente en territorio nacional por no haber obtenido la prórroga de estancia, o en su caso, permiso de residencia cuando fueran exigibles, carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales», dándole un plazo de cuarenta y ocho horas para que alegara y presentara en las dependencias de la Brigada Provincial de Documentación de Madrid cuantos documentos y justificaciones estimara pertinentes, y que dos días más tarde, esto es, el 25 de febrero de 1989, antes de que terminara el plazo de las cuarenta y ocho horas que se le había concedido para justificar su legítima estancia en el país y antes incluso de que fuera puesta a disposición del órgano judicial, se había resuelto ya el expediente administrativo de expulsión, en el que se acordó la expulsión de María Dolores.

Por ello, no hay duda alguna de que también se violó el derecho de presunción de inocencia, entendido en el sentido de que tanto la Autoridad gubernativa como la Autoridad judicial tiene la obligación de presumir, salvo pruebas concluyentes en contrario, que los extranjeros que están en España lo están legalmente y no ilegítimamente. De lo contrario, absolutamente todos los extranjeros que se encuentren en nuestro país pueden ser objeto de detención, de privación de libertad y de expulsión cuando le venga en gana al funcionario de turno.

En segundo término considera que también resulta patente y queda constatada la violación del art. 17.3 de la Constitución Española. Efectivamente, estando privada de libertad la recurrente y por consiguiente estando la recurrente a la plena disponibilidad del Juez, la policía —sin que conste autorización judicial alguna— caprichosa y arbitrariamente dispuso con fecha 3 de marzo de 1988 a las diecisiete horas, unas cuantas horas antes de que se procediera a la efectiva expulsión, expulsión que se llevó a cabo sin solicitar la pertinente autorización del órgano judicial encargado de la guarda y custodia de María Dolores, se procediera a tomar una «nueva declaración» a la señorita Barleycorn con el objeto de que aclarase la situación de su hija de un año y seis meses de edad y, como claramente se desprende del acta que la recoge, no se le leyeron a la detenida en presencia del Letrado sus derechos constitucionales instantes antes de que se iniciase el interrogatorio, por lo que si está probado suficientemente que se violó el art. 17.3 de la Constitución, en cuanto que no se le leyeron sus derechos constitucionales, reconocidos en los arts. 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como por intentar forzarla a declarar en contra de su voluntad.

Finalmente aduce que a pesar de los loables esfuerzos que hizo el Tribunal Constitucional en STC 115/1987, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, para tratar de paliar en la medida de lo posible las múltiples lagunas de la Ley Orgánica citada, y para marcar unos criterios hermenéuticos de interpretación de dicha norma, que permitiese una lectura conforme a la Constitución respecto de los términos ambiguos y equívocos empleados por el legislador, prácticamente la unanimidad de los especialistas en Derecho de Extranjería sigue considerando que dicha Ley Orgánica es totalmente inconstitucional. En efecto, leyendo la norma no resulta difícil comprobar la inseguridad jurídica a que se ven sometidos los extranjeros que se encuentren, legal o ilegalmente, en España. No se regula ningún procedimiento, ni judicial ni administrativo, que garantice al extranjero una mínima imparcialidad, ni sus más elementales derechos para poder demostrar que se

encuentra legalmente establecido en nuestro país. Por ello, considera que corresponde al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, según dispone el art. 11 de su Ley Orgánica, el revisar la totalidad de la Ley Orgánica 7/1985 para ver si se ajusta a los límites que nuestra Constitución establece, si la aplicación de dicha Ley viene lesionando en forma generalizada los derechos fundamentales o libertades públicas, hecho que ha sido denunciado públicamente por el Defensor del Pueblo en reiteradas ocasiones, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En razón a lo expuesto, solicita de este Tribunal que proceda a dictar sentencia estimando íntegramente la demanda y conceda el amparo constitucional solicitado, en los términos que se solicita en el suplico principal de la misma.

8. En su escrito de alegaciones, presentado el 20 de octubre de 1989, el Ministerio Fiscal, después de exponer los hechos y fundamentos de Derecho del presente recurso, analiza por separado los motivos de amparo alegados en la demanda. En primer lugar considera, por lo que respecta a la lesión del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. que no cabe apreciar la lesión denunciada, puesto que la privación de libertad en los términos en que se prevé para los extranjeros en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 no implica, por sí misma, una vulneración de tal derecho. En este sentido, dice el Fiscal, es compatible la medida de privación de libertad a través del internamiento constitucionalmente legítimo, que no tiene autoridad de cosa juzgada, y el derecho a la presunción de inocencia, que se proyecta en el campo de la Sentencia penal y exige prueba de cargo suficiente para determinar la culpabilidad de una persona. El internamiento, como medida de privación de libertad, no implica culpabilidad, sino medida cautelar que se adopta para prevenir huidas del sometido a trámite de expulsión y con la base de las manifestaciones contenidas en el atestado policial de estar incurso el detenido en dos o más causas de expulsión.

En segundo lugar, en cuanto a la alegada infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), como consecuencia de la falta de motivación de las resoluciones judiciales, el Fiscal considera que, de conformidad con la doctrina sentada en la STC 117/1987, la decisión judicial en relación con la medida de internamiento pendiente de expulsión ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, explicitada, en la que se deben tener en cuenta los datos siguientes: a) causa de expulsión invocada; b) situación legal y personal del extranjero; c) mayor o menor probabilidad de su huida, y d) cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Y en el presente caso, el Juzgado, después de incoar procedimiento único para ocho extranjeros puestos a su disposición dictó Auto de 25 de febrero de 1989, posteriormente confirmado en reforma, en el que decretó el internamiento de todos los detenidos sin hacer mención alguna en la fundamentación de la privación de libertad a aquellos parámetros que venían exigidos por la STC 115/1987. En consecuencia, no se sabe si el internamiento se decreta teniendo en cuenta la causa de expulsión, porque la persona pueda constituirse en ignorado paradero, o si hay alguna circunstancia relevante, que no explicita, para decantarse por la privación de libertad.

Esta ausencia de fundamentación explicitada que resulten de comprensión racional para el privado de libertad, tiene trascendencia constitucional en cuanto produce falta de tutela judicial e indefensión para la parte recurrente con vulneración del art. 24.1 de la C.E.

Finalmente, por lo que se refiere a la aducida infracción del art. 17.1 y 3 en la demanda de amparo, el Fiscal considera que carece de fundamento, pues, a su juicio, de una parte, el que las resoluciones judiciales de privación de libertad carezcan de fundamento explicitado no conlleva por sí sola la vulneración del citado precepto constitucional. Y, de otra parte, del examen de las actuaciones se comprueba que la recurrente en todo momento, tanto en la Brigada de Policía Judicial como en el Juzgado de Guardia, fue informada de sus derechos, se le proveyó de Letrado que asistió a sus declaraciones y se respetaron de modo íntegro los derechos del art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo expuesto, el Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo, declarando la nulidad de los autos de 25 de febrero de 1989 y 2 de marzo de 1989 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid y de 14 de marzo de 1989 de la Audiencia Provincial, con reconocimiento del derecho de doña María Dolores Barleycorn Buila a la tutela judicial efectiva y a que se le motiven las razones por las que fue privada de libertad.

9. Por Auto de 10 de agosto de 1989, dictado en la pieza separada de suspensión, la Sala de Vacaciones acordó denegar la suspensión solicitada por la recurrente.

10. Por providencia de 21 de septiembre de 1990, se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Conviene precisar cuáles son los actos impugnados y el alcance y contenido de la pretensión de la recurrente.

La demanda, en efecto, se dirige directamente contra los Autos dictados tanto por el Juzgado de Instrucción núm. 1 como por la Audiencia Provincial de Madrid, que decretaron el internamiento de la recurrente durante el periodo comprendido entre la fecha de su detención hasta el momento de la expulsión del territorio nacional, en aplicación de lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1981, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, pero indirectamente también se impugna la validez del expediente de expulsión tramitado por la autoridad gubernativa, hasta el punto de que en el suplico de la demanda se solicita expresamente que se reconozca el derecho de la recurrente a «permanecer físicamente en España mientras se tramita su expediente de expulsión», así como que se suspenda la ejecución de la orden de expulsión y que por las «autoridades competentes se autorice su regreso a España».

En cuanto a la pretensión son dos, pues, las cuestiones planteadas en el presente recurso: De un lado, determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han infringido los derechos fundamentales aducidos por la recurrente, y de otro, si cabe apreciar violación constitucional en la tramitación del expediente de expulsión de la recurrente incoado por la autoridad gubernativa.

Sin embargo, no es posible analizar la última de las cuestiones planteadas con la extensión y efectos que pretende la recurrente, puesto que, con independencia de si han existido las anomalías que se denuncian en la tramitación del expediente de expulsión, lo cierto es que las resoluciones administrativas dictadas en el citado expediente y, en concreto, la orden de expulsión, se encuentran recurridas ante el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso-administrativa, como expresamente se reconoce en la demanda, por lo que no es posible estudiar en vía de amparo dichas cuestiones antes de su decisión por los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, pues ello supondría desconocer el alcance y naturaleza subsidiaria de este recurso. En este sentido cabe precisar que las cuestiones acerca de la suspensión o no de la orden de expulsión de la recurrente durante la tramitación de los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional, han de ser resueltas —al menos inicialmente— por la jurisdicción contenciosa.

Ahora bien, lo anterior no obsta, como es obvio, para que sea objeto de estudio en el presente recurso, en lo necesario, la queja de la recurrente respecto a la aplicación que los órganos judiciales han hecho del art. 26.2 de la L.O. 7/1985, en orden al control del internamiento decretado, y que no ha sido conforme con la doctrina sentada al respecto por este Tribunal en la STC 115/1987, así como la denuncia de que la orden de expulsión de la recurrente acordada por la autoridad gubernativa se ejecutó sin permitir a la recurrente ejercitar todos los medios de defensa legalmente previstos.

2. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, única susceptible de ser analizada en su totalidad ahora, ésta consiste en determinar si los Autos dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid, en fechas 25 de febrero y 2 de marzo de 1989, en las diligencias indeterminadas núm. 240/1989, que decretaron y confirmaron, respectivamente, el internamiento de la hoy recurrente, y el Auto de 14 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, confirmatorio de los anteriores, han infringido los derechos a la libertad (art. 17.1 y 3 C.E.) a obtener la tutela judicial efectiva en un proceso público con todas las garantías, sin indefensión de la recurrente (art. 24.1 y 2 C.E.), y a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la C.E.).

Procede, en primer lugar, desestimar la pretensión de la recurrente en relación con la presunción de inocencia. Considera la recurrente que dicho derecho fundamental ha sido vulnerado porque, aunque el internamiento decretado por los órganos judiciales es una medida cautelar, tal derecho debe ser tenido en cuenta siempre antes de proceder el órgano judicial a decretar la privación de libertad de un extranjero al que se le aplique la Ley de Extranjería, ya que la privación de libertad se decreta no por la hipotética comisión de delitos, sino por supuestas infracciones administrativas. Por ello —dice la recurrente— corresponde a la Autoridad gubernativa y, en su caso, al órgano judicial, acreditar y justificar razonadamente que el extranjero se encuentra ilegalmente en España y que es totalmente necesaria la privación de libertad, lo que, a su juicio, no ha ocurrido en el presente caso.

Esta alegación, sin embargo, no puede ser aceptada. En primer lugar, porque la privación de libertad en los términos que se establece para los extranjeros en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, en cuanto medida de carácter cautelar que es, no puede suponer por sí misma una vulneración autónoma del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues, de una parte, el propio art. 26.2 de la citada Ley Orgánica prevé expresamente una restricción de la libertad de tal naturaleza, y, de otra parte, la presunción de inocencia se asienta sobre la idea esencial de que toda condena o sanción se funde en una actividad probatoria suficiente para desvirtuarlos, aparte de otros requisitos. En segundo término, y con independencia de lo anterior, lo cierto es que esa pretendida infracción constitucional se confunde en el presente caso con la del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en cuanto que el núcleo argumental de la demanda radica en denunciar no la ausencia de actividad probatoria, sino la falta de motivación de resoluciones

judiciales impugnadas que decretaron el internamiento de la hoy recurrente.

3. En segundo lugar, también se impone rechazar la alegación de la recurrente referida a la violación de los derechos a ser informada de forma inmediata y de modo comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, así como a no declarar consagrados en el art. 17.3 de la Constitución. Primeramente ha de señalarse al respecto, como hace el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que del examen de las actuaciones judiciales remitidas se comprueba que la hoy recurrente, en todo momento, tanto en la Brigada de Policía Judicial como en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid, en funciones de guardia, fue informada de sus derechos, se le designó Letrado, quien asistió a sus declaraciones y se respetaron de modo íntegro los derechos reconocidos en el art. 520 de la L.E.Crim., por lo que no cabe apreciar lesión del art. 17.3 de la C.E. De otro lado, tampoco puede servir de fundamento a la pretensión de amparo la alegación de que la hoy recurrente, el día 3 de marzo de 1989, horas antes de su efectiva expulsión, fue forzada a declarar por la policía sin que se le hiciera lectura en presencia de Letrado de sus derechos constitucionales antes del interrogatorio, pues, con independencia de la realidad o no de dicha aseveración, es evidente que la queja ahora deducida no fue denunciada en su momento ante los órganos judiciales competentes, ni siquiera se intentó la intervención judicial, a cuya disposición se encontraba la detenida, por lo que carece de virtualidad aducirla ahora, *ex novo*, en esta vía de amparo constitucional.

4. Por lo que se refiere a los derechos a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 C.E.) y a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), en la demanda se estima —criterio al que se adhiere en parte el Ministerio Fiscal— que las resoluciones judiciales infringen dichos derechos constitucionales como consecuencia de su falta de motivación para adoptar la medida de privación de libertad, consistente en el internamiento de la recurrente, en aplicación del art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Al efecto, es preciso recordar que, conforme ha afirmado este Tribunal en STC 115/1987, la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, prevista en el art. 26.2 de la citada Ley Orgánica, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 de la L.O. 7/1985, en conexión con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la L.O. 7/1985, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo. La resolución judicial, pues, no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario. El órgano judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

5. Pues bien, en el caso presente, de la simple lectura de los Autos impugnados se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos —un total de ocho—, sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido. En este sentido, tanto el Juez de Instrucción como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y causas en virtud de los cuales acuerdan el internamiento de la detenida, hoy recurrente de amparo, hasta su expulsión del territorio nacional.

Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad, consagrados en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución, respectivamente, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la hoy solicitante de amparo y, en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera.

En definitiva, pues, el internamiento se acordó sin explicitar los órganos judiciales, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en la hoy actora fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Por ello cabe concluir que en el presente caso ha existido una infracción de los arts. 17.1 y 24.1 de la Constitución. Al respecto, el hecho de que la privación de libertad decretada pudiera tener cobertura legal —art. 26.2 de la L.O. 7/1985, de 1 de julio—, no impide, en contra de lo apuntado por el Fiscal en su escrito de alegaciones, apreciar la lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 de la C.E., toda vez que esta

lesión se produce cuando una persona es privada de libertad, excepto en los casos y con la observancia de los requisitos previstos en la Ley, requisitos éstos que, en el presente caso, y debido a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, no es posible presumirlos existentes.

6. Queda por dilucidar, en fin, la queja de la recurrente referida a la existencia de anomalías con relevancia constitucional en la tramitación del expediente de expulsión y, sobre todo, en su expulsión del territorio nacional por ejecutar la Autoridad gubernativa la orden de expulsión acordada.

Al respecto, como antes se dijo, no pueden ser impugnados ahora en vía de amparo los actos administrativos dictados en el expediente de expulsión, ni es posible analizar la viabilidad del suplico de la demanda de que se reconozca el derecho de la recurrente a permanecer físicamente en España mientras se tramita su expediente de expulsión, toda vez que dichos actos administrativos se encuentran —según se afirma en la demanda— impugnados en vía contencioso-administrativa.

Para ello, también es preciso recordar la doctrina sentada al respecto por este Tribunal en la tantas veces citada STC 115/1987, en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra distintos preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Por lo que se refiere a la intervención judicial para decretar el internamiento autorizado en el art. 26.2 de la L.O. 7/1985, resulta claro que si bien en el procedimiento de expulsión la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. En consecuencia, «el extranjero respecto a su libertad a partir de las setenta y dos horas se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el Juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión» (fundamento jurídico 2.º). De otra parte, la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, debe respetar además, entre otros extremos, «la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» (fundamento jurídico 2.º).

25731 Sala Segunda. Sentencia 145/1990, de 11 de octubre. Recurso de amparo 619/1988. Contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declaró ajustada a Derecho resolución anterior del Tribunal Económico Administrativo Provincial en proceso contencioso-administrativo dimanante de reclamación económico-administrativa del recurrente. Alega vulneración del art. 24 C.E., por supuesta indefensión imputable al órgano judicial.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 619/88, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Antonio Miguel Araque Almendros, en nombre de «Hormigones y Pavimentos, Sociedad Anónima», contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988, sobre vulneración del art. 24 de la Constitución Española, produciendo indefensión. Han sido partes la citada Compañía mercantil y el Abogado del Estado y fue oído el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don José Gabaldón López.

I. Antecedentes

1. El 5 de abril de 1988 se presentó en el Juzgado de Guardia y, un día más tarde, en el Registro de este Tribunal, un escrito mediante el que don Antonio Miguel Araque Almendros, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de «Hormigones y Pavimentos, Sociedad Anónima», interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988.

2. En esencia, la demanda se fundamenta en los hechos y alegaciones siguientes:

7. Es preciso determinar, finalmente, el alcance de la concesión del amparo y, en concreto, cuál ha de ser el contenido y extensión del fallo para restablecer a la recurrente en la integridad de sus derechos. A este respecto, el presente caso ofrece la singularidad, de un lado, que el internamiento de la recurrente finalizó y no se mantiene en la actualidad, y, de otro, que no es objeto del presente recurso de amparo las cuestiones referidas a la legalidad del acto administrativo de expulsión, así como de su ejecutividad o suspensión en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado, cuestiones éstas que han de ser resueltas previamente por los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria. Por lo mismo, tampoco es posible acceder a la pretensión de la actora de que se reconozca su derecho a permanecer físicamente en España mientras se tramita su expediente de expulsión, puesto que, como antes se dijo, la suspensión o no de la orden ha de ser acordada en la vía judicial correspondiente.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el amparo solicitado por doña María Dolores Barleycorn Buila y en su virtud:

1.º Declarar la nulidad de los Autos de 25 de febrero y 2 de marzo de 1989 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid y Auto de 14 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid.

2.º Reconocer los derechos de la recurrente de amparo a la libertad y a obtener la tutela judicial efectiva.

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

Dada en Madrid a veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa.—Francisco Tomás y Valiente.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—José Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

a) La Entidad recurrente, acogida al régimen de regulación fiscal voluntaria de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, fue objeto de determinadas actuaciones inspectoras y acuerdos de la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes de la Delegación de Hacienda de Pontevedra, y entre ellos el de 24 de marzo de 1982, resolutorio de recurso de reposición, por el que se giró una liquidación por importe de 567.702 pesetas.

b) Contra dicho acuerdo y la liquidación en él practicada se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Pontevedra, alegando el recurrente la improcedencia de girar liquidación cautelar alguna en los casos en que, como el presente, una Empresa entendiera que le era de aplicación la Ley 50/1977, por hallarse acogida a regularización voluntaria, sin que dentro del plazo de caducidad legalmente fijado para ello (31 de diciembre de 1980), las actuaciones inspectoras iniciadas hubieran cristalizado en rechazo formalmente admisible de la regularización pretendida. Aducía, asimismo, la Entidad recurrente, que, en el presente caso, no podía darse por terminada o concluida la comprobación de la regularización, manifestando no haberse tenido en cuenta lo dispuesto en el apartado 3.º de la Orden de 2 de febrero de 1974 que obliga a que los resultados de la comprobación se hagan constar en un informe, e indicando que el acta de mera constancia de hechos levantada por la inspección de 24 de diciembre de 1980, en modo alguno podía suplir todas las formalidades y requisitos indispensables para evitar el efecto de la caducidad el 31 de diciembre de 1980, y que, además, dicha acta había sido suscrita por un empleado que carecía de facultades generales de la Empresa ante la Inspección de Hacienda, sino tan sólo respecto a las cuestiones relacionadas con las declaraciones del Impuesto de Sociedades. Se alegaba, por último, la improcedencia de la liquidación cautelar practicada, pues ésta tenía como fuente legal única la impugnación del régimen de estimación indirecta, el cual no había sido impugnado por la actora, que se limitó a recurrir la denegación de la aplicación de la amnistía prevista en la Ley 50/1977.

c) La reclamación fue desestimada por resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Pontevedra de 30 de septiembre, contra la que se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de La Coruña, que en Sentencia de 11 de junio de 1985 estimó el recurso y declaró la nulidad de la resolución impugnada y de la liquidación cautelar practicada a la entidad actora.