

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004 al que se adhieren las Magistradas, doña Adela Asua Batarrita y doña Encarnación Roca Trías, y el Magistrado don Fernando Valdés Dal Ré.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de Pleno debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia, discrepancia que alcanza al fallo de la misma.

Mis discrepancias, de manera particular, se extienden a los pronunciamientos relativos a la impugnación de la regulación del acceso por parte de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (disposición adicional séptima LBRL, introducida por el artículo 3.5 de la Ley Orgánica 14/2003), por un lado, y de la regulación de las medidas de seguridad susceptibles de ser puestas en práctica en los centros de internamiento de extranjeros (apartados 1 y 2 del art. 62 *quinquies* LOEx, introducidos por el art. 1.32 de la Ley Orgánica 14/2003), por otro.

Sin embargo, como se podrá comprobar, mi discrepancia versa, desde una perspectiva más general, sobre un aspecto que considero nuclear del sistema de garantías diseñado por la Constitución en la protección de los derechos y libertades públicas, que es relegado y desatendido en la posición de la mayoría: la calidad de la ley como exigencia material impuesta al legislador de los derechos fundamentales con el fin de respetar el principio de reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental concernido (art. 53.1 CE).

En el voto particular que emití en la STC 39/2012, de 29 de marzo, ya destacué la necesidad de hacer una lectura de las exigencias de la calidad de la ley vinculadas no sólo al respeto al principio de proporcionalidad sino a la necesidad de que se regulen las instituciones o medidas limitativas de derechos fundamentales con un grado de determinación y certeza suficiente para evitar que se genere grave inseguridad o incertidumbre sobre su modo de

aplicación efectiva. En esta ocasión tengo nuevamente que insistir en esta idea al hilo de las cuestiones particulares referidas a la regulación del acceso al padrón de habitantes, como actividad limitativa del art. 18.4 CE, y de las medidas de seguridad que se posibilita adoptar en los centros de internamiento de extranjeros, en tanto que restrictivas de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y la intimidad personal (art. 18.1 CE). En íntima relación con ello, además, en esta ocasión también deberé referirme a los límites de los pronunciamientos de interpretación conforme que puede realizar este Tribunal en su labor de control de la actividad legislativa en materia de los derechos fundamentales.

I. El acceso a los datos de inscripción padronal de extranjeros por la Dirección General de la Policía:

1. La posición de la mayoría parte de la afirmación, que comparto plenamente, de que los extranjeros gozan en España del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) en las mismas condiciones que los españoles, admitiendo, a renglón seguido, que ello no impide que la ley prevea límites al ejercicio del mismo. Sin embargo, el desarrollo de los argumentos dados para sustentar la posibilidad de una interpretación conforme del precepto impugnado lleva a una conclusión que desmiente la afirmación de partida.

La previsión contenida en los párrafos impugnados de la disposición adicional séptima LBRL contempla la cesión de datos del padrón de habitantes de personas de origen extranjero a una Administración distinta de la que los recabó y para una finalidad muy diferente de la que inspira la recogida de esos datos –se puede afirmar que incluso opuesta- sin contar con la autorización de su titular. Esta regulación pone de manifiesto una notable limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4) que, por afectar sólo a personas de origen extranjero, lleva a la conclusión de que los extranjeros ya no gozan en España del derecho fundamental derivado del art. 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles.

2. Es cierto, como sostiene la posición mayoritaria, que la interpretación sobre el alcance del art. 18.4 CE y sobre los límites a la cesión de datos personales debe partir de lo que se dijo en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que reconoce que el derecho a la protección de datos, como el resto de derechos fundamentales, no es ilimitado, “y aunque la Constitución no le

imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución” (STC 292/2000, FJ 11). En el mismo pronunciamiento el Tribunal afirmaba que esos límites pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo o restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, tratándose, en el primer caso, de una forma de desarrollar el derecho fundamental y, en el segundo, de un modo de fijar la forma concreta en la que cabe “ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE” (STC 292/2000, FJ 11). A partir de las anteriores premisas la doctrina de este Tribunal entiende que la Constitución ha querido que sólo la Ley pueda fijar los límites al derecho fundamental contenido en el art. 18.4 CE y que esos límites supongan que el derecho fundamental puede ceder pero sólo ante “bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido” (STC 292/2000, FJ 11).

Teniendo en cuenta lo expuesto como punto de partida del razonamiento, el problema que aborda la impugnación de la disposición adicional séptima LBRL es el de los límites que introduce la cesión de datos personales recogidos en el padrón al derecho contemplado en el art. 18.4 CE, cuando su titular es un extranjero que, si bien dio su consentimiento para la recogida de datos, no está obligado a dar dicho consentimiento para su cesión a un tercero, en este caso a la Dirección General de la Policía. Sobre esta cuestión también se pronunció la STC 292/2000, afirmando que “el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos”. El Tribunal completa su razonamiento afirmando que la cesión de datos a un tercero, para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, que es exactamente el supuesto que nos ocupa, no es automáticamente contrario a las previsiones de la LOPD, pero sí supone una “una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada

y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites” (STC 292/2000, FJ 13).

A partir de ahí, sólo queda aplicar esta doctrina preexistente, que aparentemente no rechaza sino que asume la posición de la mayoría, al precepto que nos ocupa. Tal aplicación, a mi juicio, no puede llevar sino a la conclusión contraria de la que se extrae en el pronunciamiento mayoritario. Y es que, si bien la limitación ahora cuestionada se establece por Ley, de lo cual no cabe duda, discrepo de la justificación de los límites y la proporcionalidad de los mismos que valida el pronunciamiento final.

3. La posición de la mayoría defiende, respecto de la justificación de la medida, que ésta deriva de la finalidad perseguida, que no es otra que la circunscrita al ejercicio de las competencias sobre control y permanencia de extranjeros en España. Además, se argumenta que la medida es idónea a esa finalidad perseguida, consistente en la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de extranjeros en España a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular. Por último, también se entiende que es proporcionada en cuanto sólo podrá darse el acceso cuando el dato en cuestión contenido en el padrón resulte pertinente y necesario en relación con la finalidad expuesta, y siempre que se motive expresamente tanto la concreta atribución de la condición de usuario para el acceso telemático a los datos del padrón que el precepto prevé, como los concretos accesos de que se trate, evitando -en cuanto que la exigible motivación de tales decisiones facilita su correspondiente control mediante los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, en especial, a través del control jurisdiccional contencioso-administrativo- que se produzca tanto un uso torticero de dicha facultad como accesos indiscriminados o masivos.

En primer término, debe decirse que la interpretación conforme que realiza la sentencia no consigue colmar la indeterminación de la norma impugnada, lo que impide garantizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida en cuestión. Así, sin ánimo de ser exhaustivo, puede decirse que existen profundas indeterminaciones en relación con el sujeto habilitado para el acceso, así como con la forma, objeto y garantías del acceso. Por ejemplo, se habilita de forma general a la Dirección General de la Policía para acceder a los datos, sin que la norma, ni la interpretación conforme, aclaren si el acceso se permite al titular de ese órgano (el Director General de la Policía) o a cualquier órgano o unidad integrados en dicha Dirección, aunque la

lectura completa de la norma permite deducir que podrá acceder cualquier miembro de la DGP, en la medida en que se establece en la propia disposición impugnada que “quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados”. Esto supone un amplio universo de sujetos habilitados, lo que va en detrimento de la proporcionalidad de la medida y del mandato de predeterminación de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

Por lo que hace a la forma de acceso, se deduce que la misma será telemática y directa, sin necesidad de autorización del municipio, y además, según la posición de interpretación conforme de la mayoría, motivada. Sin embargo, no se establecen límites o condiciones al objeto de acceso que puede abarcar la totalidad de los “datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales”, lo que no sólo incluye su domicilio, objeto fundamental del padrón, sino también su número de pasaporte [art. 16.2 f) LOEx], en defecto de NIE, con las implicaciones que, como veremos, eso tiene respecto de la identificación de extranjeros en situación de irregularidad administrativa.

Por último, aunque la norma prevé que el acceso se realizará con las “máximas medidas de seguridad”, éstas no se concretan, más allá de que quedará constancia de cada acceso, de la identidad del accedente, de la fecha y hora del acceso y de los datos consultados. La posición de la mayoría afirma que el acceso, y la motivación que lo inspira, “estará sujeta a control mediante los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, en especial, a través del control jurisdiccional contencioso-administrativo, y entiende que habrá de evitarse que se produzca un uso torticero de la facultad de acceso, así como un acceso indiscriminado o masivo. Todas estas previsiones, no obstante, resultan excesivamente indeterminadas e insuficientes. Por dar sólo un ejemplo, no se contempla que el propio afectado pueda conocer que se ha producido el acceso y, en consecuencia, queda indefenso respecto de una medida limitativa de un derecho fundamental ante la que no puede protegerse plenamente en caso de un eventual acceso indebido en su información padronal.

4. En todo caso, el problema fundamental del juicio de proporcionalidad en que se basa la declaración de conformidad del precepto con la Constitución es que no ha ponderado algunos elementos esenciales que, de haber sido tomados en consideración o, al menos, no descartados expresamente, hubieran debido llevar a la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

El padrón de habitantes no es sólo un registro administrativo o un fichero automatizado sujeto a la LOPD. La inscripción en el padrón es, además, para el caso de los extranjeros que se encuentran en España, condición para el ejercicio de diversos derechos que son fundamentales para la definición de su estatuto jurídico y para su integración en nuestra sociedad. Así la posibilidad de prestación de la asistencia sanitaria exige la inscripción en el padrón, el acceso a la educación pública de los menores de edad también, independientemente de la situación de regularidad o irregularidad administrativa de sus progenitores o tutores, así como depende de la inscripción en el padrón el ejercicio del derecho a la participación pública en aquellas dimensiones que completan el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo. Del mismo modo, el padrón también es prueba de estancia continuada en España para una eventual solicitud de regularización por arraigo.

Es evidente, por tanto, la conexión entre el ejercicio de derechos y la inscripción en el padrón de habitantes, como lo es también el efecto desincentivador que la posibilidad de cesión de datos a la Policía provoca sobre esa eventual inscripción. La Policía puede tener interés en acceder a los datos del padrón, porque le ofrecen una información más o menos fiable sobre la situación de irregularidad de un extranjero, en el caso de aquellos que se inscriben con su pasaporte en defecto de NIE, y sobre el domicilio de los mismos, lo que facilita no sólo la incoación de trámites de expulsión, sino su notificación y la localización del extranjero expulsable. Sin embargo, la utilización de los datos del padrón como instrumento de control de flujos entra en abierta oposición con la finalidad del padrón como registro administrativo que se constituye en condición para el ejercicio de derechos. O bien se desconectan ambas finalidades, o bien el análisis de proporcionalidad no puede sustentar la constitucionalidad de la norma impugnada.

Poniendo un ejemplo más concreto, si la finalidad de la cesión de datos es incoar un expediente de expulsión, entonces no deberíamos admitir que los datos del padrón fueran también condición de prueba del arraigo, porque ambas finalidades son incompatibles, lo que hace que la cesión, en este caso sea desproporcionada teniendo en cuenta las consecuencias sobre la situación de extranjeros efectivamente integrados en España. Del mismo modo, tampoco puede exponerse a los menores a una situación de exclusión de la escolarización obligatoria -en tanto que contenido esencial del derecho fundamental a la educación del que,

como ya ha reiterado este Tribunal, gozan también los extranjeros en situación irregular (por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8)- porque sus progenitores o tutores, en situación de irregularidad, opten por no inscribirse en el padrón ante el riesgo de ser sometidos a expediente de expulsión y localizados con datos obtenidos de esa inscripción.

No es que haya que colocar en una balanza, por un lado, la política de control de flujos – y las medidas legislativas que las articulan- y, por otro, las políticas de integración social de los inmigrantes –y las leyes que las arbitran-, aunque finalmente se trata en parte de eso. Es que hay que realizar el análisis de proporcionalidad que nuestra jurisprudencia previa nos impone sin perder de vista el contexto en que funciona el padrón municipal y su influencia en la situación de integración de los extranjeros y sus familias. Si las medidas normativas de control de flujos no son adecuadas y presentan fallos, no se puede hacer de un instrumento que, en principio, lo es de integración, un mecanismo de soldadura de aquellos fallos.

Considero que superaría adecuadamente el test de proporcionalidad una cesión de datos destinada, por poner varios ejemplos, a la actualización del registro central de extranjeros, a realizar comunicaciones administrativas, a localizar personas de origen extranjero por solicitudes realizadas por sus Consulados o Embajadas, o a llegar al conocimiento de que existe un domicilio para evitar el internamiento en un CIE. Sin embargo, en ningún caso sería admisible la cesión de datos que permitan deducir la condición de regularidad o irregularidad de una persona, elemento que, no es que no sea tenido en cuenta en la posición de la mayoría sino que, más bien al contrario, parece ser la base que sustenta la legitimidad constitucional de la medida al amparar la finalidad de la misma y vincularla a la lucha contra la inmigración irregular. Debe recordarse que la norma impugnada permite a la Policía acceder a los “datos de inscripción padronal”, sin especificar más, que esos datos no sólo incluyen el domicilio, y que la sentencia no realiza, en su interpretación, ninguna salvedad al respecto.

5. En resumen, a mi juicio, la interpretación conforme que realiza la sentencia pretende colmar la indeterminación de una ley que, por lo demás, continúa siendo profundamente indeterminada, y no se ajusta a un apropiado juicio de proporcionalidad. Como ya han hecho otros Tribunales Constitucionales antes [véase, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de marzo de 2008 (*BVerfG*, 1 *BvR* 2074/05, de 11.3.2008, 153)], es preciso afirmar que la indeterminación de una ley que regula una medida restrictiva de

derechos fundamentales no puede ser suplida por una interpretación conforme porque, en ese caso, el principio de interpretación conforme vaciaría de contenido el principio de reserva legal que tan claramente invoca nuestra jurisprudencia previa en materia de protección de datos personales.

II. Las medidas de seguridad en los centros de internamiento de extranjeros:

1. En el presente recurso se cuestionaba, en relación con las medidas de seguridad en los centros de internamiento de extranjeros, la regulación de los registros e inspecciones (art. 62 *quinquies*.1 LOEx), por considerarla contraria al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y de las medidas coercitivas (art. 62 *quinquies*.2 LOEx), por considerarla contraria al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2. La regulación de los registros e inspecciones se establece en el apartado 1 de art. 62 *quinquies* LOEx con el siguiente tenor literal: *“Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados”*.

En relación con esta previsión legal, la posición de la mayoría consiste en considerar que no vulnera el art. 18.1 CE siempre que se interprete en el sentido de que únicamente podrá adoptarse estas medidas cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, estando obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. La justificación para alcanzar esta solución de interpretación conforme ha sido la de considerar que sólo en estos casos resultarán ser proporcionadas las limitaciones al derecho a la intimidad personal que comportan estas medidas, atendiendo a la finalidad de mantenimiento del orden y la seguridad en los centros perseguida.

Comparto con la posición mayoritaria las insuficiencias constitucionales del precepto. Discrepo, sin embargo, en que dichas insuficiencias puedan ser salvadas por la vía de una interpretación conforme. La falta de calidad de ley es tan abrumadora en este caso que hubiera

debido determinar una declaración inconstitucionalidad del precepto por vulneración del art. 18.1 CE. La garantía de la previsión legal es sólo uno de los condicionantes de la constitucionalidad de la limitación de este derecho fundamental. Sin embargo, esta garantía no queda limitada al hecho de que una ley habilite la medida, sino que es preciso, conforme a exigencias mínimas de calidad de la ley y de respeto al contenido esencial del derecho –como mandato dirigido al legislador de los derechos fundamentales- (art. 53.1 CE), que en esa regulación el legislador predetermine, como primer obligado a realizar la ponderación de derechos o intereses en pugna, los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. La posibilidad de que ese mandato de predeterminación respecto de elementos esenciales vinculados a la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental quede deferido a un eventual desarrollo reglamentario no sólo no satisface las elementales exigencias de la reserva de ley sino que, además, es especialmente grave en supuestos como el presente en el que las medidas, sin perjuicio de un eventual control judicial posterior, son de aplicación directa por parte de la Administración Pública.

3. Un detallado análisis del tenor literal del precepto impugnado pone de manifiesto que el legislador orgánico no ha cumplido con el mandato constitucional de calidad exigible en la regulación de las medidas limitativas de derechos fundamentales como las reguladas en este precepto. La norma regula dos tipos de medidas, por un lado, inspecciones en locales y dependencias y, por otro, registros de personas, ropas y enseres. Hubiera resultado necesario, cosa que no se hace en la posición de la mayoría, distinguir ambas medidas toda vez que, a pesar de que las dos puedan afectar a la intimidad personal del art. 18.1 CE, su incidencia es diferente y, por tanto, las garantías necesarias para preservar el principio de proporcionalidad también lo son.

Así, en relación con la inspección de locales y dependencias, la norma lo único que determina es que podrán realizarse “en la forma y con la periodicidad que se establezca”. Pues bien, no habría objeción constitucional respecto de esta regulación en tanto que los locales y dependencias a inspeccionar no fueran lugares de desarrollo de la intimidad en los términos señalados en la STC 89/2006, de 29 de marzo. Sin embargo, en relación con la inspección de habitaciones de pernoctación (sean individuales o compartidas), conforme con lo establecido en la citada STC 89/2006, FJ 3, si bien no pueden considerarse domicilio, sí son espacios de

intimidad protegidos por el art. 18.1 CE y, por tanto, le alcanzan las garantías establecidas en dicho precepto. De ese modo, atendiendo al tenor literal de esta regulación, que ni siquiera establece una relación de causalidad entre la inspección y un fin constitucional relevante, tiene razón el Parlamento recurrente al señalar que este precepto tiene tal grado de indeterminación respecto de las situaciones en que procedería la inspección y la regulación de las circunstancias en que cabe acudir a ellas que no se puede considerar que cumpla las exigencias derivadas del art. 18.1 CE.

El mero hecho de que ni siquiera se aprecie el carácter excepcional de la medida cuando tenga por objeto las habitaciones del centro -ya que parece dar a entender que puede hacerse de manera sistemática (se habla de periodicidad y, por tanto, no se vincula a una causa concreta de necesidad)- hubiera sido suficiente para determinar la completa inconstitucionalidad del precepto en lo relativo a dependencias de desarrollo de intimidad personal, al obviarse la regulación de un presupuesto esencial como es la identificación del interés constitucional o fin legítimo que se persigue. Esta insuficiencia no puede ser salvada por vía interpretativa negando la posible sistematicidad de la medida e imponiendo una relación de causalidad con el mantenimiento del orden y la seguridad en los centros perseguida. Hubiera sido exigible, en aras a la citada exigencia de calidad de la ley, que más allá de la determinación del fin constitucionalmente relevante, justificativo de la limitación del derecho fundamental, se concretaran y delimitaran otras condiciones y garantías esenciales en lo relativo a la autorización y justificación, comunicación al interno, eventual presencia en su realización, modo de ejecutarse, levantamiento de actas respecto de los hallazgos, comunicación de resultados al Juzgado, etc.

En conclusión, esta concreta previsión de inspección de locales y dependencias es contraria al art. 18.1 CE, en lo que pueda referirse o aplicarse a dependencias de pernoctación en las que se desarrolla ámbito de intimidad al no excluir, ya de partida, actos de afectación a la intimidad arbitrarios e inmotivados y, por tanto, no establecer una regulación respetuosa con el principio de proporcionalidad y predeterminación legal de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

4. En lo que se refiere al registro de personas, ropas y enseres, estas medidas siempre afectan al art. 18.1 CE. Respecto de ellas la norma sí establece que quedan limitadas a los casos

en que “*fuera necesario para la seguridad en los centros*”. Esta previsión salva la objeción de constitucionalidad respecto del primer requisito de la proporcionalidad de que se identifique un eventual interés de protección constitucionalmente relevante que justifique una limitación de este derecho. El problema es que no aborda, como ya se decía anteriormente respecto de las inspecciones de locales, la regulación de otros requisitos que también conforme a la doctrina constitucional se han ido señalando como inherentes al respeto debido a este derecho. Así, no hay una previsión respecto de quién puede autorizarlos y la exigencia de motivación de la medida o al modo de ejecutarlos. A esos efectos, debe recordarse que este Tribunal ha sido especialmente cuidadoso a la hora de detallar determinadas exigencias en los casos, por ejemplo, de registros con desnudo integral conformando un cuerpo de doctrina que ya estaba plenamente consolidado cuando se estableció esta regulación legal (así, por ejemplo, SSTC 204/2000, de 24 de julio, o 218/2002, de 25 de noviembre).

En conclusión, esta concreta previsión sobre registros de personas, enseres y ropas también es contraria al art. 18.1 CE al no regular con el necesario detalle elementos esenciales que garanticen que la aplicación de la medida se vaya a realizar de manera respetuosa con el principio de proporcionalidad. Nuevamente, estas insuficiencias no quedan salvadas por el hecho de que en la posición de la mayoría se recuerde la necesidad de que la Administración está obligada a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro, toda vez que se trata de aspectos que junto con otros responden a elementales exigencias de la calidad de la ley que debía haber afrontado el legislador.

5. En relación con la posibilidad de adoptar medidas coercitivas previstas en el apartado 2 del art. 62 *quinquies* LOEx, la posición de la mayoría considera que son medidas sin función represiva y, por tanto, no resulta necesario observar las garantías constitucionales que rigen la imposición de las sanciones *ex* art. 24.2 CE. Igualmente, se destaca que, desde la perspectiva del art. 17.1 CE, son medidas cuya regulación aparece justificada en la defensa de intereses constitucionales relevantes y resultan proporcionadas y necesarias al fin perseguido, contando con una estricta delimitación temporal que se circunscribe a la desaparición de las circunstancias que motivan su adopción.

En este caso mi discrepancia se produce no tanto con el razonamiento que niega la naturaleza sancionadora de estas medidas, sino nuevamente con que no se haya dado cumplimiento a las exigencias de la calidad de la ley al regular medidas que indubitadamente, y aunque no tengan carácter sancionador, son limitativas del derecho a la libertad. Ciertamente, la regulación de estas medidas concreta los supuestos en que resulta posible acudir a las mismas - evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo-. Igualmente, cabe apreciar que se establecen determinados límites a su modo de ejecución y a su finalidad conforme al principio de proporcionalidad y que se regula tanto la autorización como el control de las medidas. Ahora bien, de nuevo, la regulación carece del necesario detalle impuesto por la exigencia de reserva de ley y la obligación de ponderación del legislador en la regulación de medidas limitativas de derechos fundamentales.

La lectura del precepto pone de manifiesto que la norma impugnada regula dos medidas coercitivas: contención física personal y separación preventiva. Pues bien, la naturaleza especialmente restrictiva que tiene la medida de separación preventiva y su carácter marcadamente cercano a una sanción de aislamiento hubiera exigido concretar mucho más cuál de todos los supuestos enunciados en la norma son los que habilitan a acudir a esa medida e incluso delimitar algunos de los requisitos de la concreta forma de ejecución. Sin embargo, más allá de ello, lo que considero que es definitivo para sostener la inconstitucionalidad del precepto, en el sentido alegado por el Parlamento recurrente, es que no se establece una limitación temporal absoluta a esta situación de separación preventiva. Esta falta de previsión supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 17.1 CE en tanto que implicaría una medida susceptible de ser indeterminada, al quedar sólo condicionada con la idea de que durará “lo estrictamente necesario”, lo que es manifiestamente insuficiente en garantía de este derecho fundamental. Esta insuficiencia sólo muy parcialmente queda solventada con la previsión del art. 62 *quinquies*.3 LOEx, que exige el control judicial inmediato de la medida para su mantenimiento o revocación, toda vez que también esa eventual decisión judicial de mantenimiento carece de una previsión legal expresa respecto a un eventual tiempo máximo objetivable, dejándolo a la interpretación de un concepto jurídico indeterminado.

En conclusión, la ausencia de una regulación de elementos esenciales que garanticen que la aplicación de las medidas de coerción se va a realizar de manera respetuosa con el

principio de proporcionalidad y, muy especialmente, la carencia de una limitación temporal máxima absoluta para la medida de separación preventiva hubieran debido de ser determinantes para que también se declarara la inconstitucionalidad de este precepto.

En Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil trece.