

SOLANES CORELLA, Ángeles y CARDONA RUBERT, María Belén; *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Ed. Tirant lo Blanch (Colección Laboral), Valencia, 2005, 172 pp.

El fenómeno de la inmigración en España se ha consagrado en una cuestión de primer orden social, político y jurídico al constituirnos en un país de destino. Los recientes datos del INE, de enero de 2005, sitúan la población extranjera en un 8,7 por 100. Está llegando el momento en el que nos acerquemos a esta cuestión, no ya desde el debate de atribución de derechos de primera necesidad, sino que la verdadera integración implica el análisis a fondo de las instituciones, de las Administraciones Públicas, de la totalidad del ordenamiento jurídico con el fin de que esa integración sea real. Así, junto con la problemática de la regularización, del control de flujos, del control de fronteras, de la lucha contra la inmigración clandestina, la seguridad –cuestiones prioritarias en la política de inmigración–, están surgiendo posiciones en la doctrina que están pujando por un reconocimiento más amplio de derechos –derechos de participación política, derechos culturales, derechos sociales, etc.

En esta última línea se enmarca esta obra que acaban de publicar las profesoras Solanes y Cardona, que inicialmente calificaría de sugerente y sorpresiva. Sugerente, porque nos encontramos ante un estudio serio, crítico y muy documentado sobre la problemática general y específica de la protección de datos personales; y sorpresivo por el sujeto al que se refiere, el extranjero inmigrante. Pues pareciera que estos derechos tan especiales, no estuvieran «pensados» para un colectivo que en principio tiene que asegurarse otros derechos más básicos. En estas páginas el lector advertirá de inmediato el posicionamiento de las autoras: la protección y garantía de los derechos fundamentales para todos, sin excepción; la exigencia inaplazable de una igualdad real. Y es que, como afirma Javier de Lucas en el prólogo, los inmigrantes se quedan; ya no estamos ante el *trabajador invitado* que viene, realiza, unas funciones y se va. Esto plantea otro tipo muy distinto de demandas, de exigencias y de necesidades y, por lo tanto, de cambio de argumentos en el ámbito de los derechos. Y es, precisamente en este aspecto, donde radica una de las virtudes más destacables de esta obra: la novedad de su planteamiento, el considerar a los inmigrantes como otros tantos sujetos administrados que tienen los mismos problemas que los demás que ya estábamos aquí, y, por lo tanto, tienen el mismo derecho a proteger sus datos personales, recogidos en su mayor parte, en el padrón municipal. Y ello porque el derecho a la «autodeterminación informativa», protegido por la Ley Orgánica de Protección de Datos y la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, puede verse afectado por la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003, que modifica la Ley de Bases de Régimen Local y hace posible determinados usos del padrón de dudosa constitucionalidad. Usos como, por ejemplo, determinados accesos a la información y colaboración entre Administraciones Públicas, la transmisión de algunos datos de compañías privadas al ámbito público; o las obligaciones de los transportistas respecto a los extranjeros que transporten, que permite a los Estados establecer obligaciones adicionales destinadas a controlar la información relativa a esos extranjeros.

Este trabajo pivota sobre el derecho de autodeterminación informativa que se configura como el poder del sujeto a concretar qué información sobre su persona y circunstancias puede comunicarse a terceros, o, lo que es lo mismo, la facultad de disponer de sus propios datos, siendo ese sujeto el extranjero inmigrante. Este análisis hace ver –y este es uno de los logros del presente libro– el contraste que existe en nuestro ordenamiento jurídico que, por un lado, establece principios y derechos con una clara voluntad garantista para toda persona; y, por otro lado, en la aplicación al caso concreto del extranjero inmigrante, permite contradicciones y excepciones de muy difícil justificación.

La obra se articula en cuatro capítulos, correspondiendo los dos primeros al análisis teórico-técnico del concepto de autodeterminación informativa y del tratamiento de la información en las Administraciones Públicas, y los dos siguientes a la proyección de ese estudio sobre el extranjero inmigrante, atendiendo a la utilización y tratamientos de los datos del padrón y a las obligaciones de los transportistas que trasladan a los extranjeros. Veámoslo más detenidamente.

En el capítulo primero se aborda la cuestión de *teoría general de los derechos humanos del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa*, entendidos como garantías de protección frente a injerencias extrañas en la vida privada, cuyo fundamento último es el valor de la dignidad humana. El análisis legal y jurisprudencial que nos ofrecen las autoras, nos adentra en la problemática general de los principios indispensables para la defensa de la protección de datos y los derechos de la persona en el tratamiento de los mismos por parte de la Administración.

Entre los *principios* analizados –*pertinencia, finalidad, legalidad, veracidad, cancelación, accesibilidad* a los datos y *consentimiento* del afectado–, merece especial mención este último por cuanto si bien aparece como cimiento básico de la protección de los datos, se establecen unas excepciones (art. 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos) que, en última instancia, vienen a plantear la legitimidad de determinados usos que se plantearán en capítulos sucesivos, en relación con el acceso a los datos del Padrón por parte de la Policía. Parece que el legislador ha optado porque el responsable del fichero en esos casos tenga plena disponibilidad de los datos, consciente de la absoluta necesidad de manejar información en dichas situaciones excepcionales y, facilitar, de este modo, la realización de las funciones de los responsables de los ficheros. Ahora bien, esa actuación debe realizarse dentro de los márgenes legalmente establecidos. Es decir, la utilización de esos datos debe estar justificada por el principio de finalidad.

Por lo que se refiere a los *derechos*, nos concretan las posibilidades de acción otorgadas a los individuos en este ámbito, recogidos en el título III de la Ley Orgánica de Protección de Datos. A saber, el *derecho de información* que constituye el presupuesto básico para que los ciudadanos puedan defender sus derechos frente a intromisiones no deseadas, entablando y accionando los mecanismos que garantizan su tutela. El *derecho de consulta* al Registro General de Protección de Datos, según el cual toda persona tiene derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades y otros extremos como la identidad y la residencia del responsable del fichero. El *derecho de acceso* permite el acceso directo a los propios datos, al facilitar el control del sujeto afectado sobre la información tratada. Los *derechos de rectificación y cancelación*, derechos personalísimos, que nacen como consecuencia del previo ejercicio del derecho de acce-

so, pues sin haber tenido conocimiento de los datos que incluyen los ficheros, difícilmente puede procederse a su modificación o supresión. El *derecho de oposición* se contempla sólo para aquellos afectados para los que, en el tratamiento de sus datos, no resulte preceptiva la exigencia del consentimiento. Por último, se reconoce expresamente el derecho del afectado a *impugnar* actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter temporal que ofrezca una definición de sus características o personalidad. Derecho que, como se refiere en el libro, trae una dificultad probatoria que impide que se dé el requisito para la impugnación en la mayoría de las ocasiones.

En el segundo capítulo se aborda el análisis del tratamiento de la información por parte de las Administraciones Públicas, pues también aquí ha llegado la tecnificación y modernización, a través de la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en una doble vía: tanto por parte de las propias Administraciones en el desempeño de sus funciones, como por parte de los ciudadanos en su relación con ellas. Todas las Administraciones se encuentran insertas en este proceso y, por ende, les serán de aplicación todos los preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en concreto, los artículos dedicados a los ficheros de titularidad pública. La principal consecuencia de estos ficheros es que presentan un régimen matizado en cuanto al régimen previsto para los ficheros de la titularidad privada, en atención a las funciones que tienen asignadas los poderes públicos. No obstante, la excepcionalidad que les otorga el interés público debe ser, como manifiesta el Tribunal Constitucional, proporcionada y adecuada para las finalidades legítimas previstas por la Ley.

Teniendo en cuenta el objetivo de este estudio, las profesoras Solanes y Cardona han limitado su análisis a tres excepciones, a saber, la cesión de datos entre Administraciones Públicas, el acceso diferenciado a los derechos reconocidos a los titulares de la información y el régimen legal de un fichero especial, el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La *comunicación de datos entre Administraciones Públicas* tiene que estar presidida por el principio del consentimiento del afectado y, en todo caso, obedecerán al cumplimiento de fines legítimos. No obstante, existen situaciones excepcionales en las que se puede prescindir de ese consentimiento. En cualquier caso, y como así ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, «la cesión de los datos a un tercero con fines distintos a los originarios requiere del consentimiento de su titular y esta facultad sólo admite limitaciones en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, las limitaciones deben estar justificadas, ser proporcionadas, respetuosas con el contenido esencial del derecho y, además, establecidas por Ley».

Sin embargo, teniendo en cuenta el interés público que preside el funcionamiento de los ficheros públicos, será posible establecer determinadas excepciones al ejercicio de derechos en los archivos públicos, sobre todo, cuando la información afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (art. 24 de la Ley Orgánica de Protección de Datos). Esta excepcionalidad, con la correspondiente limitación del derecho a la autodeterminación informativa, adolece –según las autoras– de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal, en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que

defrauda la reserva de ley. Esto lesiona el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa, puesto que lo hace impracticable, le impone restricciones injustificadas y desproporcionadas y lo despoja de su necesaria protección.

En cuanto a la especificidad en el tratamiento de los datos de los ficheros policiales, el legislador diferencia en cuanto al tipo de información incluida en tales archivos, según se trate de datos personales recogidos para fines administrativos o para fines estrictamente policiales. Diferencia que determinará el régimen legal aplicable a uno y otro tipo de función, siendo los segundos sometidos a importantes excepciones que restringen el derecho a la protección de datos de los ciudadanos afectados, como la prescindibilidad del consentimiento del afectado para recabar datos personales con fines policiales. Estamos ante un caso claro de colisión de bienes jurídicos, por un lado, el derecho a la intimidad de los sujetos cuyos datos custodian tales ficheros y, por el otro, el deber de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de velar por la seguridad de la comunidad. No obstante, las autoras del libro sostienen que «la policía estará legitimada para restringir los derechos de las personas, sólo en el ejercicio de estas funciones, cuando sea absolutamente necesario para obtener la finalidad de prevenir, no cualquier teórico peligro, sino un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales». Para verificar la razonabilidad y necesidad de la medida restrictiva de un derecho fundamental será imprescindible el *test de necesidad* e interpretarlo de un modo muy restringido.

Estos principios y derechos se van a ver contrastados en el exhaustivo análisis que realizan en los dos capítulos siguientes, cuando lo refieren al extranjero inmigrante. En este apartado van a constatar la quiebra que se produce en la protección de los datos personales del emigrante extranjero, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2003, de reforma de los derechos y libertades de los extranjeros, en lo que se refiere a los datos que sobre ellos figuran en el padrón municipal. Y es que en el padrón nos encontramos, como afirman Solanes y Cardona, ante un instrumento administrativo que puede determinar el grado de disfrute de derechos fundamentales como la sanidad, la educación, la vivienda, los servicios sociales... a los que se accede desde el ámbito local. Y precisamente la posibilidad de acceso a derechos a través de la inscripción en el padrón, hace que se convierta en un referente clave a la hora de conocer la integración del colectivo de los inmigrantes. Las autoras denuncian que con la reforma de la Ley 14/2003 se han reducido derechos de los inmigrantes de un modo indirecto, modificando los artículos 16 y 17 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local de 1985, relativos al padrón municipal. Y es que introduce importantes cambios en el régimen de acceso y cesión de datos. Vulnera, según las autoras, el principio de finalidad al permitir al legislador que aquellos datos sean utilizados con finalidades radicalmente distintas a las que motivaron su consentimiento, a saber, la persecución de la inmigración ilegal, a través del control de la situación de regularidad o irregularidad de los administrados.

La restricción que se introduce en el derecho a la autodeterminación informativa es una limitación excesiva y desproporcionada que da lugar a un tratamiento legal diferenciado para los datos personales contenidos en el padrón, según el origen nacional de sus titulares y que alcanza al contenido del derecho fundamental, debilitándolo o, cuanto menos, disminuyéndolo en el caso de que se trate de extranjeros extracomunitarios frente al resto. El padrón se convierte de este modo en un lugar de búsqueda de irregulares que

impide el disfrute de derechos de muchos inmigrantes establecidos de hecho en nuestro país, afectando también a la gestión municipal, pues los Ayuntamientos elaboran sus presupuestos de acuerdo con los datos de población.

Por último, en el capítulo cuarto las profesoras Solanes y Cardona abordan, en el marco de la política europea de inmigración, el problema de la protección de datos de los extranjeros en relación a las obligaciones de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, cuando así sean requeridos por los Estados. Y es que la política de inmigración europea, sobre todo después de los terribles acontecimientos del 11-S en Nueva York y 11-M en Madrid, se ha visto reducida al control del cruce de las fronteras, a la lucha contra la inmigración clandestina, dejando en un segundo plano la reivindicación de los derechos fundamentales en clave de igualdad. Y es justamente como exigencia del principio general de lucha contra la inmigración «ilegal» donde se han incluido las obligaciones aplicables a los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros. Lo peor de este nuevo enfoque, lo que ya se conoce como «la filosofía Schengen», es que la vigilancia que se impone contra la amenaza que recae sobre los que trafican y explotan a la inmigración irregular se extiende a cualquier inmigrante que quiera acercarse, por las muy variadas razones que puede haber, a Europa.

En este sentido, las profesoras Solanes y Cardona denuncian el excesivo control que se ejerce sobre los inmigrantes, no ya por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino por las obligaciones que deben ejercer los transportistas, convirtiéndose ellos mismos en ejecutores de funciones de vigilancia y policía que exceden su labor.

La principal obligación que se impone a los transportistas es la de comunicación de la información relativa a las personas que van a transportar cuando lo soliciten las autoridades de control en las fronteras exteriores. Dicha información hace referencia, entre otras cosas, a la nacionalidad, nombre y apellidos, y número de las personas transportadas. La Directiva 2004/82/CE concreta que esos datos se guardarán en un fichero temporal y que se destruirán, tras la entrada de las personas en veinticuatro horas, salvo que dichos datos vayan a ser necesarios posteriormente para el ejercicio de las funciones legales. En este último caso, la utilización de los mismos deberá respetar la legislación nacional y las disposiciones sobre protección de datos de la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, la legislación nacional reformada por la ya mencionada Ley 14/2003 impone el deber a los transportistas de comprobar la documentación, el retorno y la información relativa al extranjero transportado, pero tan sólo, a un tipo de extranjero, aquel que pueda resultar peligroso por estar dentro de lo que constituye un flujo de inmigración o inmigración económica.

Esta situación pone de relieve también, al igual que el análisis del tratamiento de los datos de los inmigrantes en el padrón, no ya la discriminación que el ordenamiento jurídico hace respecto de los nacionales, sino las medidas de trato diferenciadas, dependiendo de la procedencia, entre los mismos extranjeros.

Este libro constituye, sin duda, una denuncia jurídicamente fundamentada de la situación en la que se encuentran los inmigrantes en nuestro país, por lo que respecta a la protección de sus datos personales y, por consiguiente, al disfrute de los derechos fundamentales. Es un trabajo serio que, desde la sólida formación de sus autoras, nos adentra en los entresijos de una normativa que, bajo el cumplimiento formal, esconde la vulneración de derechos básicos de los individuos, como es el derecho a la sanidad, entre

otros. Desvela esas relaciones jurídicas en las que, en su mismo envés, dejan desvalida a la parte más débil, en este caso el extranjero inmigrante.

La lectura del libro corrobora un enfoque que comparto totalmente: por un lado, la necesidad de que se haga realidad el principio, tan enarbolado por cierto, de la universalidad de los derechos humanos; por el otro, que las sucesivas reformas legislativas habidas en nuestro país no han hecho sino recortar precisamente el disfrute de derechos y apostar por una política restrictiva en el tratamiento de la inmigración. Las profesoras Solanes y Cardona tienen el mérito no sólo de presentarnos un instrumento imprescindible para quienes nos dedicamos a la temática de la inmigración, sino de ofrecer un trabajo jurídico que constituye un compromiso social y político en el más amplio sentido de los términos y que, sin duda, nos llevará a una reflexión más aguda y penetrante de nuestro ordenamiento jurídico en lo que afecta al fenómeno de la inmigración.

Ana María MARCOS DEL CANO
UNED-Madrid