Angeles SOLANES CORELLA y María Belén CARDONA RUBERT,
***Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrante*,**
Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 171 pp.

MARÍA JOSÉ AÑÓN
Universitat de València

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, Constitución, intimidad, migración
KEY WORDS: fundamental rights, Constitution, privacy, imigration

La intersección entre el derecho a la protección de datos personales o "autodeterminación informativa" y el estatuto jurídico de las personas inmigrantes en España, sugiere problemas de alcance muy distinto, cuando se aborda con la profundidad con que lo hacen en este libro las profesoras Angeles Solanes y María Belén Cardona. Cuestiones proyectadas desde los principios explícitos orientadores de la legislación de extranjería tanto europea como española, aspectos relativos a la teoría de los derechos fundamentales, interrogantes nacidos del debate constitucional a propósito de la propia configuración del derecho al control sobre la información personal, dudas surgidas de las distintas modificaciones de la legislación de extranjería relativas al acceso y garantía de los derechos, el tratamiento de esa información por parte de las administraciones públicas o principios que se presentan como justificatorios para asignar una función de control de flujos migratorios a personas físicas y jurídica de carácter privado, como son los transportistas.

Angeles Solanes y Maria Belén Cardona han sido capaces, como advierte certeramente Javier de Lucas en el prólogo, de abordar toda esta gama de problemas, desde una toma de posición muy clara en materia de política jurídica de inmigración, en términos de la concepción política de inmigración y desde una rigurosa y matizada reflexión teórica sobre dichos aspectos.

Este libro somete a prueba la advertencia de que el garantismo del estado constitucional puede estrellarse frente al acantilado de la inmigración, que los derechos fundamentales proclamados para los nacionales de un país

e inspirados en un amplio abanico de principios protectores, pueden disolverse a través de una multiplicidad de situaciones diferenciadas y fragmentadas cuando hablamos de inmigrantes y de políticas de inmigración definidas únicamente desde parámetros como el control de flujos, la funcionalidad del mercado de trabajo y la seguridad pública. Desde la otra vertiente, tampoco es desdeñable la merma paulatina de nuestra capacidad efectiva de controlar la información personal, mediatizada tanto por el desarrollo tecnológico como por las restricciones que se aceptan derivadas también de exigencias de orden público y seguridad.

Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes propone un panorámico diagnóstico de situación y modula nuevas perspectivas de debate vinculadas, junto a otros aspectos, a las condiciones de acceso a los derechos fundamentales. Es sabido, que el reconocimiento de derechos a los extranjeros que viven en España ha estado recorrido por un principio básico: una equiparación parcial de derechos a nivel constitucional y un permanente y progresivo endurecimiento de las condiciones de acceso, permanencia y trabajo de los inmigrantes extracomunitarios, en niveles normativos inferiores. Es habitual que los argumentos ofrecidos para restringir las condiciones de acceso a los derechos arranque de los principios que nos son ofrecidos como orientadores de las "políticas migratorias" como contexto o causa mediata de la articulación jurídica (principio de control, lucha contra la inmigración clandestina y principio de integración), y de los que devienen diversas inconsistencias, que este libro pone de relieve de forma impecable. Estas ideas suelen ir aderezadas con razones normativas y sociales a partir de las cuales se justifica una atribución de soluciones normativas a supuestos considerados distintos (nacionales *versus* extranjeros), apuntalada en la vinculación entre inmigración, seguridad y orden público, de tal forma que es esta distribución desigual de los derechos la que genera exclusión o es ella misma excluyente. Puesto que aunque la normativa española ha tenido como objetivo permanente acabar con las situaciones de irregularidad, no ha establecido alternativas legales y flexibles para ello y buena prueba de ello son los procesos extraordinarios de regularización y de "normalización" que distintos gobiernos se han visto obligados a realizar cuando la situación ha llegado a cotas alarmantes, advirtiendo siempre de su excepcionalidad.

La jurisprudencia constitucional en nuestro país ha venido manteniendo, a partir de una interpretación conjunta de los artículos 10 y 13 de la

Constitución, una concepción del extranjero –extracomunitario– titular de derechos en términos de trabajador no permanente en nuestro país, titular de derechos segmentados o fraccionados. Si tenemos en cuenta las modificaciones introducidas por la LO 8/2000 y 14/2003, la titularidad de los derechos fundamentales quedaría sintetizada del siguiente modo: (a) Los extranjeros residentes (con autorización de estancia y/o trabajo) son titulares de derechos de reunión, manifestación, asociación y huelga, derecho a la educación no obligatoria, derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria, ayudas en materia de vivienda, intimidad familiar y reagrupación, justicia gratuita. (b) Los extranjeros residentes (con autorización de estancia y/o trabajo) y si hay reciprocidad en los países de origen, son titulares del derecho de sufragio activo en elecciones municipales, (c) Los extranjeros indocumentados (sin las respectivas autorizaciones) menores de 18 años son titulares del derecho a la educación obligatoria. (d) Los extranjeros indocumentados y empadronados son titulares del derecho de asistencia sanitaria y a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003). De acuerdo con ello, resulta una obviedad subrayar que uno de los hilos conductores de este libro reside en la tesis en virtud de la cual las nuevas previsiones legales consagran un tratamiento diferenciado en función de las personas a las que pertenecen los datos personales, lo que sitúa a la ley 14/2003 en el ámbito de la inconstitucionalidad.

El examen del derecho a la protección de datos indica, no sólo lo infrecuente que resulta pensar en los inmigrantes como titulares de este derecho, sino también la importancia que cobra en la actualidad la tesis del carácter integral de todos los derechos fundamentales, así como las dificultades para seguir manteniendo categorías separadas entre derechos (tradicionalmente se habla de derechos civiles, políticos y sociales), puesto que incluso un derecho que originariamente tuvo una configuración en términos de libertad negativa, inmunidad o ausencia de intromisión de otros (como derecho a la intimidad), hoy no puede ser conceptualizado sin tener en cuenta su dimensión material, social o de libertad positiva, en tanto que incorpora todo un haz de libertades, pretensiones, potestades e inmunidades por parte del titular, necesarias para que pueda producirse el control sobre la información personal abordadas de forma precisa y contenida por parte de las autoras.

En él encontramos un análisis minucioso e inteligente del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, como garantías frente a la intrusión en la vida privada, los valores que lo sustenta, su categorización jurídica, regulación y su interpretación jurisprudencial, los principios cons-

titutivos de la esta institución: finalidad, pertinencia, legalidad, veracidad, cancelación, accesibilidad a los datos, consentimiento del afectado. Así como los derechos de la persona frente al tratamiento de sus datos: derecho de información, de consulta, de acceso, de rectificación, cancelación, de oposición, impugnación de decisiones basadas exclusivamente en tratamiento de datos.

Tras ello, el lector está en condiciones para comprender el sistema general de protección de datos en el ordenamiento jurídico español y a la vez permite a las autoras realizar un análisis comparativo de su aplicación cuando los titulares del derecho son personas inmigrantes extracomunitarias, al que dedican el capítulo dos. En este caso, los principios y derechos enderezados a proteger a las personas de intrusiones en su vida personal y a ejercer el control sobre sus datos personales, muestran una serie de condiciones excepcionales de dudosa constitucionalidad, como ocurre cuando la ley permite la cesión de los datos personales contenidos en ficheros automatizados a otras administraciones públicas distintas a las que los recabaron, para una finalidad que podría ser diferente a la que dio origen a su archivo y sin el consentimiento de los sujetos afectados. Y aunque es evidente la capacidad del legislador para regular los límites de un derecho como éste, en todo caso, no puede hacerlo sin respetar su contenido esencial; los límites tendrán que ser precios, ciertos, permitir la previsibilidad y su modo de aplicación. Con todo, es el legislador quien tiene que imponer tales límites y no parecen muy razonables los apoderamientos para que sea la administración quien lo haga. Por otra parte, el principio de finalidad impone que el derecho a consentir en que los datos sean recogidos y tratados no implica, en ningún caso, aceptar la cesión de tales datos que es una facultad exclusiva del sujeto y que también forma parte del contenido esencial del derecho. Así ocurre, por ejemplo, cuando se exige a las compañías de transporte la obligación de comunicar los datos que tengan sobre los pasajeros sin su autorización o cuando se señala que los datos del padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado. Las autoras llevan a cabo una muy razonada propuesta a propósito de las posibles inconsistencias entre esta regulación y lo dispuesto en la constitución española, concretamente en el artículo 18.4.

Los capítulos tercero y cuarto abordan el tratamiento de información relativa a los extranjeros inmigrantes, de un lado, por parte de la Administración Local a través de la institución del padrón Municipal y, de otro lado, a

través de las obligaciones impuestas, en este sentido, a los transportistas. Las páginas dedicadas al padrón Municipal ofrecen un diagnóstico de situación claro y exhaustivo, sobre el sentido, función y límites del padrón y la reasignación de funciones en la que se ha visto envuelto a raíz de las modificaciones que afectan a la Ley de Régimen local en virtud de la última reforma de la ley de extranjería (LO 14/2003) y el Reglamento aprobado en 2005.

Al hilo de esta aproximación, el libro abunda certeramente en las contradicciones internas de los principios de la política española de inmigración. A pesar de las dudas sobre la existencia de una política migratoria europea, existe una pretensión de armonización de las distintas legislaciones nacionales sobre la materia que ponga de relieve la cohesión interna de la Unión y garantice la seguridad. De los distintos instrumentos normativos que han ido produciéndose, la mirada comunitaria sobre la inmigración pivota en torno a tres ejes: el control de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración clandestina y las redes de tráfico de inmigrantes y finalmente la integración. Las tres vertientes no siempre pueden conciliarse a través de políticas enderezadas a su realización; por el contrario, los dos primeros principios son el contenido de buena parte de la política exterior de la Unión, fundamentalmente a través de la protección y control de las fronteras exteriores, y a través de una lógica de gestión vinculada estrictamente a las exigencias del mercado laboral, que suele ser bastante frustrante por la imposibilidad de la contención de fronteras y el desbordamiento de la inmigración a través de vías ilegales; mientras que el contenido difuso del tercer principio no siempre es funcional a aquellos.

El principio de integración aparece así, como una pieza básica de toda política migratoria. Sin embargo, la polisemia del concepto y los instrumentos que se proponen para lograr los objetivos de integración constituyen el primer problema para calibrar el alcance de este objetivo. La legislación estatal y el plan GRECO son ejemplo de una concepción unilateral de integración, coincidente con la función social que se atribuye a una inmigración que se considera residual, instrumental y reducida a la valoración de los inmigrantes en tanto que trabajadores temporales; aunque es cierto que buena parte de los planes autonómicos de integración arrancan de un concepto distinto. Para éstos la integración es un proceso bidireccional y transitivo por el cual quedan afectadas y transformadas tanto la sociedad autóctona, cuanto la alógena y que prescribe una condición simple: la igualdad.

Precisamente, el capítulo cuarto arranca de esta perspectiva para analizar críticamente la coordinación en el espacio Schengen, como marco al que

se ha vinculado la reforma de la legislación española de extranjería respecto a las obligaciones y sanciones de los transportistas respecto a los extranjeros inmigrantes. La valoración que ofrece el texto de la obligación impuesta a los transportistas de comprobación, información y retorno, detalla un panorama complejo de indeterminaciones normativas y de principios poco claros desde el punto de vista constitucional. Los transportistas tiene la obligación de facilitar datos a las autoridades con el doble objetivo de combatir la inmigración ilegal y garantizar, de otro lado, la seguridad pública. Para comenzar la indeterminación se plantea *ab initio* por la ausencia de criterio sobre qué ha de entenderse por fronteras exteriores, esto es, terceros países de los que provienen flujos migratorios que debe especificarse por parte de las autoridades encargadas del control y da lugar a una selección de grupos considerados inmigrantes deseados o deseables y los que no lo son. En realidad, la ley y el reglamento han hecho recaer sobre los transportistas funciones de control policial, que deberían ser llevada a cabo exclusivamente por autoridades estatales y no por sujetos o entidades privadas. Otro ámbito de indefinición proviene de la ausencia de precisión a la hora de delimitar, por parte del legislador, del ámbito de aplicación de la sanción administrativa y la penal, puesto que utiliza los términos de tráfico ilegal e inmigración clandestina como sinónimos y de otro lado, pone de manifiesto una confianza excesiva en el incremento de sanciones punitivas y no tanto en la dimensión preventiva frente al tráfico de inmigrantes. Finalmente el tratamiento de datos relativos a los extranjeros inmigrantes de los que disponen los transportistas suscita en el autoras importantes dudas sobre su constitucionalidad. Las autoras nos proponen reconsiderar si y en qué medida, una vinculación estricta y permanente entre inmigración, seguridad y orden público incide directamente sobre el imaginario colectivo reforzando la ecuación según la cual a mayor inmigración ilegal implica menor seguridad. A su juicio, la inmigración ilegal ha de combatirse haciendo frente a las redes dedicadas al tráfico de inmigrantes que, contrariamente a lo que se sostiene, se encuentran en mejores condiciones cuanto más restrictivas son las posibilidades legales de acceso.

MARÍA JOSÉ AÑÓN
Universitat de València
e-mail: maria.j.anon@uv.es