

Innovaciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía de los Derechos Fundamentales en Respuesta a los Cambios que Conducen a la Sociedad de la Información*

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM

Catedrático emérito de Derecho Público y Ciencias de la Administración en la Universidad de Hamburgo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Constitucional alemán entre 1999 y 2008.

Traducido del alemán por Antonio López Pina y Angelika Freund.

Recibido: 2 de abril de 2014

Aceptado: 5 de mayo de 2014

RESUMEN: En este trabajo se expone de qué manera afronta el Tribunal Constitucional la garantía de los derechos fundamentales también a la vista de esos profundos cambios sociales y tecnológicos. Se toma como ejemplo los derechos de la personalidad y su potencial para procurar la protección frente a peligros y riesgos también más allá de los casos tradicionalmente abordados, sin que ello suponga un freno a las importantes oportunidades que el uso de las nuevas tecnologías abre para el desarrollo de la sociedad y en la sociedad.

PALABRAS CLAVES: Tribunal Constitucional, derechos de la personalidad, tecnología, cambio social.

ABSTRACT: This paper analyzes how the Constitutional Court guarantees fundamental rights in the context of deep and social changes. Personality rights are an example of how the Court goes beyond its classical meaning to approach the proper protection of fundamental rights but without stopping the development of society through new technologies.

KEYWORDS: Constitutional court, personality rights, technologies, social change.

SUMARIO: 1 Cambios e innovación; 2 La irradiación y la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales como innovación; 3 El derecho general de la personalidad como innovación en el Derecho; 4 Derecho fundamental a la autodeterminación informativa; 5 El derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos; 6 Particularidades y potenciales de la nueva concreción del derecho fundamental; 7 Epílogo.

* Texto ampliado y anotado de la conferencia pronunciada el 9 de mayo de 2013 en la Facultad de Derecho de la UNED con ocasión del Congreso Internacional Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales.

1 CAMBIOS E INNOVACIÓN

Los desafíos a los que se enfrentan las sociedades modernas cambian constantemente. Europa lucha en estos momentos contra la crisis financiera, de deuda y bancaria. Las consecuencias para España son especialmente severas, pero también afectan a otros Estados europeos. Semejantes crisis exigen mucho a las personas: capacidad de adaptación y también sacrificios. El Derecho por sí solo no es capaz de resolverlas. De todos modos, también en las crisis se pone de manifiesto la importancia de un sistema jurídico eficaz para el funcionamiento adecuado de la economía y para el bienestar de la sociedad. El Derecho puede contribuir a crear estructuras que hagan más fácil afrontar los retos presentes y futuros. Esto es importante, porque hoy día nadie puede sustraerse a los vertiginosos cambios tecnológicos, económicos, culturales y sociales que tienen lugar en todas las sociedades y que despliegan una extraordinaria dinámica transnacional e internacional. Tales transformaciones abren nuevas posibilidades, pero también comportan riesgos. Corresponde al Derecho facilitar que se puedan aprovechar las oportunidades y, a la vez, conjurar los riesgos en la medida de lo posible.

Un ejemplo actual que ilustra la rapidez con la que se producen los cambios es el desarrollo de la sociedad de la información. Innovaciones tecnológicas como la digitalización, la computarización, los formatos cada vez más reducidos, la vinculación en red y todos los nuevos servicios que derivan de ello han generado una dinámica cuyo impacto es perfectamente comparable con el surgimiento de la sociedad industrial a finales del siglo XIX, pero que quizá cambie la sociedad aún más profundamente. Todo ello, junto con la entrada triunfal de internet en numerosos ámbitos de la vida de cada uno de nosotros, afecta no solo a individuos, organizaciones sociales y empresas, sino que también plantea retos al Derecho. De ahí que competa al legislador, a la Administración y al Gobierno y a los jueces procurar un ordenamiento jurídico vivo que haga justicia a los cambios, pero teniendo en cuenta el bien común y los intereses de los ciudadanos.

El ejemplo que hoy ofrecen las tecnologías de información y telecomunicaciones muestra cómo las innovaciones tecnológicas y sociales impulsan cambios en la sociedad. El concepto de innovación, en un sentido muy general, se refiere a cambios significativos y sostenidos en el tiempo capaces de contribuir a la superación de problemas conocidos o nuevos¹. La Ciencia del Derecho, que apoya el desarrollo del Derecho aportando teoría y sistema, debe explorar el papel que desempeña el Derecho en el origen de las innovaciones, en su acompañamiento e incluso, cuando entrañan riesgos que

1 Esto supone una síntesis de elementos esenciales aportados por diversas propuestas de definición. Sobre usos convencionales del concepto vid. las contribuciones reunidas en J. FAGERBERG / D. C. MOWERY / R. R. NELSON, *The Oxford Handbook of Innovation*, 2006.

hay que evitar, en su contención². Pero también debe ocuparse de la capacidad de innovación del propio ordenamiento jurídico.

El diálogo doctrinal sobre la innovación y el debate público sobre la capacidad de innovación de una sociedad suelen limitarse a analizar los aspectos tecnológicos. Sin embargo, la capacidad que una sociedad tiene de afrontar su futuro no sólo depende de las innovaciones tecnológicas, sino también de las innovaciones sociales³ (como pueden ser el desarrollo de destrezas a la hora de diseñar nuevas vías y estrategias para afrontar los problemas, por ejemplo mediante nuevas formas de organización y nuevos procedimientos, nuevos estilos de vida, nuevas orientaciones de valor, nuevos equilibrios en las respuestas), cambiando así el modo de abordar problemas como el desempleo, el cambio demográfico o la emigración. Ello puede imponer nuevas respuestas en los campos de la salud, la atención social o la vida laboral. El concepto de innovación social también abarca cambios en las estructuras, el desarrollo de nuevas formas y estrategias de acción y asimismo cambios en actitudes y planteamientos, así como en las instituciones sociales o estatales.

También constituyen innovaciones sociales las transformaciones que se producen en el propio Derecho, por ejemplo los nuevos enfoques a la hora de reformar leyes, pero también el desarrollo del Derecho por parte de los jueces. Cambios fundamentales en el Derecho pueden tener lugar así⁴, en forma de adaptaciones constantes a las nuevas perspectivas o constelaciones de problemas, pero también colmando lagunas de forma expresa, digamos por vía de analogía o de cualquier otro desarrollo del Derecho⁵. Es de especial relevancia que las normas puedan cumplir la finalidad que persiguen también en las nuevas circunstancias. Y de hecho hay muchas normas cuya letra ha permanecido inalterada, pero que se han aplicado de forma diferente a lo largo del tiempo atendiendo a las condiciones de cada momento. Lo que importa es que las premisas normativas, como expresión de la voluntad del legislador, sigan siendo punto de referencia y se lleven a la práctica aunque cambien

-
- 2 Sobre la investigación en torno a la innovación en la Ciencia del Derecho vid. W. HOFFMANN-RIEM, "Möglichkeiten des Rechts bei der Bewirkung von Innovationen", en VDI Technologiezentrum, *Rechtliche Rahmenbedingungen für Forschung und Innovation*, 1996, p. 10 ss.; M. SCHULTE (editor.), *Technische Innovation und Recht*, 1997; W. HOFFMANN-RIEM / J. – P. SCHNEIDER (editores), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, 1998; así como los cuatro tomos de M. EIFERT / W. HOFFMANN-RIEM (editores), *Innovation und Recht*, 2008-2011. También existen monografías sobre temas específicos, por ejemplo P. SCHUMACHER, *Innovationsregulierung im Recht der netzgebundenen Elektrizitätswirtschaft*, 2009, o artículos de interés, como S. AUGSBERG, "Innovative Versorgungsstrukturen im Gesundheitswesen", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 61 (2013), p. 579 ss.
 - 3 Al respecto vid. las contribuciones en J. HOWALDT / H. JAKOBSEN (Hrsg.), *Soziale Innovation. Auf dem Weg zu einem postindustriellen Innovationsparadigma*, 2010.
 - 4 Sobre los diversos procedimientos informa la bibliografía sobre el método jurídico: K. LARENZ / C. – W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed. 1995; F. MÜLLER / R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik, Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 10. ed. 2009; id., *Juristische Methodik, Bd. II, Europarecht*, 2012.
 - 5 Sobre desarrollo del Derecho vid. BVerfGE 96, 375, 394 s., también ya BVerfGE 78, 20, 24. Entre la inmensa bibliografía vid. por todos R. WANK, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5 ed. 2011, p. 89.

las condiciones socioeconómicas o tecnológicas. El operador jurídico deberá respetar la potestad del legislador para determinar los objetivos normativos y el marco para realizar tales fines, pero está asimismo llamado a llevar a la práctica el sentido y el fin de la norma legal también cuando cambian las circunstancias⁶. Si por causa del progreso científico–tecnológico se modifican las circunstancias y se brindan nuevas posibilidades de acción y desarrollo para la realización de los fines normativos, es por principio legítimo tenerlo en cuenta en la interpretación y aplicación del Derecho. Ello se corresponde con la tarea de cualquier jurisprudencia y, en la medida en que concierna al Derecho constitucional, en particular de la jurisprudencia constitucional.

2 LA IRRADIACIÓN Y LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INNOVACIÓN

Mi contribución se ceñirá a un ámbito limitado dentro de esa problemática, a título de ejemplo. Me referiré a las innovaciones en el Derecho constitucional alemán que han sido promovidas por el propio Tribunal Constitucional. De entre toda una serie de ejemplos comenzaré por la sentencia posiblemente más célebre del Tribunal Constitucional alemán, la del caso Lüth⁷. En concreto, se trataba de la libertad de expresión de una conocida personalidad, Erich Lüth, que había llamado públicamente al boicot de una película de título tan discreto como “Die unsterbliche Geliebte”, La amante inmortal. El autor y guionista era Veit Harlan, también autor y guionista de “Jud Süß”, una película antisemita de la época nazi. Lüth, un demócrata comprometido, quiso agitar la opinión pública alemana y contribuir a que en la joven República Federal se vedara el foro público a eminentes representantes del nazismo. Según el Derecho civil de entonces (§ 826 BGB), su llamamiento al boicot era considerado como un atentado a las buenas costumbres, por lo que los tribunales condenaron a Lüth a cesar en su actividad. Lüth recurrió mediante un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional anuló la sentencia de la jurisdicción ordinaria. Argumentó que, aun siendo cierto que un derecho fundamental como el de la libertad de expresión es ante todo un derecho de defensa del ciudadano frente al Estado, las normas sobre derechos fundamentales de la Ley Fundamental fundan también un orden objetivo de valores que, en cuanto decisión constitucional de principio, irradia en todos los ámbitos del Derecho y debe ser atendido en la interpretación de las disposiciones del Derecho privado. Una vez ponderadas todas las circunstancias, incluida la ausencia de ánimo de lucro de quien llamaba al boicot, el Tribunal llegó a la conclusión de que tenía primacía en este supuesto la libertad de expresión.

6 Sobre ello vid. en la jurisprudencia alemana por ejemplo BVerfGE 96, 375, 395 ss. Asimismo BVerfGE 78, 20, 24.

7 BVerfGE 7, 198 ss.

Esta sentencia ha sido importante no sólo para el desarrollo de las libertades de la comunicación en Alemania. Su transcendencia histórica estriba especialmente en la construcción de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales frente a terceros y de la irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico⁸. Tal sentencia ha tenido como consecuencia la constitucionalización del ordenamiento jurídico⁹ y condujo sobre todo a que el Derecho civil, el Derecho penal y por supuesto el Derecho público se tuvieran que examinar comprobando si se ajustaban a los requisitos de una democracia basada en los principios de la libertad y del Estado de Derecho. Esto tuvo y tiene aún una importancia particular en la interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, que en la mayor parte de los casos requieren ser complementados mediante juicios de valor. Desde entonces, las concepciones de valor de la Ley Fundamental han debido ser tenidas en cuenta en la interpretación de dichos conceptos también cuando los conflictos afectan sólo a particulares. Entretanto, es jurisprudencia consolidada que los derechos fundamentales no sólo son derechos liberales de defensa contra el Estado, sino que simultáneamente tienen un significado jurídico-objetivo para todo el ordenamiento jurídico¹⁰. Tal dimensión jurídico-objetiva habrá de ser atendida en la legislación, pero también por la jurisprudencia cuando se trate de la interpretación y aplicación de normas necesitadas de una concreción valorativa.

Esta sentencia ha contribuido de forma esencial, a mi juicio, al éxito histórico en Alemania del Estado social de Derecho. Incluso llegó a convertirse en modelo a seguir para otros ordenamientos jurídicos¹¹. La dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales llevó asimismo a otras innovaciones, por ejemplo el desarrollo de deberes de protección¹² derivados de normas jurídico-constitucionales y, en tal contexto, a elaborar la prohibición del defecto de protección¹³. La prohibición del defecto de protección es contrapunto de la prohibición del exceso en la limitación de los derechos fundamentales, que en particular se desarrolla en el marco del principio de proporcionalidad¹⁴. Este

8 Sobre la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales vid. por todos H.-J. PAPIER, "Drittwirkung der Grundrechte", en D. MERTEN / H. – J. PAPIER (editores), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, 2006, § 55.

9 Sobre el particular vid. G.F. SCHUPPERT / C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

10 Se trata, por cierto, de una especie de inversión del desarrollo histórico, en el que los derechos fundamentales fueron originariamente considerados como parte del ordenamiento jurídico-objetivo y sólo con posterioridad fueron configurados como derechos subjetivos.

11 Ejemplos al respecto se encuentran en T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, 2007.

12 Sobre los deberes fundamentales vid. por todos C. CALLIES, "Schutzpflichten", en D. MERTEN / H.- J. PAPIER (editores), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, 2006, § 44.

13 Sobre el particular cfr. L.P. STÖRRING, *Das Untermassverbot in der Diskussion*, Berlin 2009, p. 19 ss., 28 ss., con referencias adicionales.

14 Sobre el principio de proporcionalidad vid. por todos D. MERTEN, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", en D. MERTEN / H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehre II*, 2009, § 68.

principio no es creación del Tribunal Constitucional, sino que se ha desarrollado progresivamente en colaboración con la doctrina y la praxis jurídica. Resulta común considerar que se trata de una de las figuras jurídicas que han sido transferidas desde el Derecho alemán al ámbito europeo y, en particular, al Derecho de la Unión Europea.

La prohibición del defecto de protección tiene particular importancia en los pronunciamientos sobre las omisiones legislativas¹⁵: los deberes constitucionales de protección exigen medidas para una protección adecuada y eficaz. Ello vale no sólo para las normas de derechos fundamentales que contienen un expreso mandato de protección -por ejemplo el art. 6 de la Ley Fundamental (GG) sobre la protección del matrimonio, la familia y los hijos-, sino también más allá, en el marco de los contenidos de garantía jurídico-objetiva de las normas de derechos fundamentales. Debe asegurarse las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de la libertad también en la medida en que las amenazas a la libertad procedan de ciudadanos particulares.

3 EL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD COMO INNOVACIÓN EN EL DERECHO

Voy a dejar ahora al margen algunos capítulos esenciales del desarrollo de los derechos fundamentales en Alemania para pasar a hablar del derecho general de la personalidad, que ha estado en el origen de varias innovaciones en el ámbito de los derechos fundamentales generadas por la jurisprudencia. El art 2.1 GG protege el libre desarrollo de la personalidad, que resulta concreción de la inviolabilidad de la dignidad humana conscientemente colocada al comienzo de la Constitución, en el artículo 1.1 GG. Aquí se añade: “Es obligación de todos los poderes del Estado respetarla y protegerla”. Ahora quisiera mostrar cómo el Tribunal constitucional ha asumido este mandato de protección y cuál ha sido su reacción frente a los cambios producidos fuera del ámbito del Derecho. Para terminar, trataré de explicar que, a la vista de la jurisprudencia acumulada, existe potencial para emprender más innovaciones que se adapten a los nuevos cambios de las circunstancias.

En el año 1900, el legislador del Código Civil alemán había rechazado el derecho general de la personalidad¹⁶. Cincuenta años más tarde, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal («Bundesgerichtshof») lo reconoció y lo interpretó como derecho autónomo¹⁷. Desde entonces, y en la medida en que se echen en falta reglas específicas de protección, en el Derecho civil se recurre a él como norma de aplicación general. El Tribunal Federal ha ido concretando progresivamente esta figura jurídica, cuya utilización en cuanto fundamento de

15 Cfr. BVerfGE 88, 203, 254.

16 Vid. H.-P. GÖTTING, *Inhalt, Zweck und Rechtsnatur des Persönlichkeitsrechts* en H.-P. GÖTTING / C. SCHERTZ / W. SEITZ / B. BECKER (editores), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, Rn. 1 en §1.

17 BGHZ 13, 334.

pretensiones civiles fue considerada inicialmente por el Tribunal Constitucional sólo como “no objetable”¹⁸. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional dejó cada vez más claro que este instituto jurídico-civil quedaba comprendido en la protección constitucional que el Tribunal deriva de la conexión entre el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) y la protección de la dignidad humana (art. 1.1 GG)¹⁹, y ello sin limitar el ámbito de protección al ámbito jurídico-privado²⁰. Además, el desarrollo ulterior de la jurisprudencia ha extraído del derecho general de la personalidad nuevas concretizaciones: sirva como ejemplo el derecho a la voz y a la propia imagen²¹.

El derecho general de la personalidad ha sido de gran ayuda en la reacción del ordenamiento jurídico también frente a los cambios tecnológicos y sociales en la transición a la sociedad de la información y en su realización. Ya en el año 1973 se vio el Tribunal Constitucional en la necesidad de decidir sobre la admisibilidad de grabaciones magnetofónicas realizadas de forma subrepticia durante la instrucción de un proceso penal. Es decir, se trataba de la utilización de una tecnología hasta entonces no admisible, pero ya desarrollada desde hacía tiempo. Entre otros argumentos esgrimió el siguiente²²: “Se debe garantizar la posibilidad de mantener conversaciones privadas sin que haya razones para sospechar o temer que una grabación subrepticia de las mismas se utilice sin el consentimiento del afectado y menos aún en contra de su voluntad”. En último término, se trataba de proteger constitucionalmente las condiciones de una individualidad libre y autónoma, digamos que como protección de la esfera privada y de la posibilidad de expresar de forma consciente la propia personalidad en presencia de terceros²³. En el caso concreto, esto constituía una reacción frente al nuevo potencial de riesgos asociado a las nuevas tecnologías. Quedaba claro que la necesidad de protección derivada de los derechos fundamentales tiene una alta correlación con el potencial actual de la amenaza.

De este modo, el Tribunal Constitucional traspuso al ámbito del Derecho constitucional un instituto desarrollado con anterioridad por el Derecho civil. Esto modificó su rango y consiguientemente la dimensión y el sentido de la protección. Lo cual, a su vez, tuvo consecuencias profundas para muchos ámbitos de desarrollo del Estado de Derecho alemán. Como ya he anticipado, a partir de aquí me limitaré a las concreciones de este instituto en conexión con los cambios tecnológicos. Lo mostraré con dos concreciones de los derechos fundamentales, el desarrollo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa y del derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad y la

18 Vid. BVerfGE 30, 173, 194 ss.; 34, 118, 135 s.; 34, 238, 246 ss.

19 Vid. BVerfGE 34, 238, 245 s.

20 Vid. BVerfGE 27, 1, 6 s.

21 Vid. por todos P. KUNIG, en I. von MÜNCH / PH. KUNIG (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. 1, 6. Ed. 2012, parágrafo 35 del art. 2.

22 BVerfGE 34, 238, 247.

23 Así DREIER, *Kommentierung (Art. 2 Abs. 1 GG)*, parágrafo 21 ss., 25.

integridad de los sistemas informáticos. En ambos casos se trata de reacciones a desarrollos tecnológicos que, junto a oportunidades de desenvolvimiento social y de despliegue individual, encierran nuevos potenciales de amenaza y necesidades de protección. Ha sido y es tarea del ordenamiento jurídico desarrollar también la correspondiente protección jurídica de forma pormenorizada.

4 DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El derecho fundamental a la autodeterminación informativa es un invento del Tribunal con consecuencias de amplio alcance para el Derecho alemán. Se produjo como consecuencia de un censo de población políticamente muy controvertido y ardorosamente debatido. La sentencia se dictó en 1983²⁴, por tanto un año antes de 1984, fecha dotada de una fuerte carga simbólica a causa de la novela futurista de Orwell sobre el «Big Brother». Ya mucho tiempo antes de esta sentencia se habían generado y desarrollado ampliamente nuevas tecnologías capaces de almacenar y procesar unificada y sistemáticamente mediante el ordenador datos personales. En comparación con la actualidad, las tecnologías resultaban aún primitivas; pero ya entonces tuvieron un impacto importante en muchos ámbitos sociales. El punto de partida de la controversia en torno al censo fue la recolección de datos estadísticos – es decir, anónimos – sobre el nombre y los apellidos, domicilio, situación económica, profesión, etc. Lo que se temía era que, con las nuevas tecnologías, estos datos se pudieran re-individualizar, llegando con ello a dañar los derechos de la personalidad.

La respuesta del Tribunal a esta potencial preocupación fue una decisión de principio: “Teniendo en cuenta las posibilidades del moderno procesamiento de datos personales, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión de sus datos personales de forma ilimitada queda comprendida bajo el derecho general de la personalidad derivado del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1 GG. El derecho fundamental garantiza por tanto la facultad del individuo de decidir por principio sobre la entrega y la utilización de sus datos personales”²⁵. Este derecho, por lo demás, tiene también límites. El Tribunal Constitucional no debía prohibir con carácter general que se emplearan ordenadores para realizar el censo, sino que pudo aceptarlo en la medida en que se observaran determinadas condiciones jurídico-constitucionales. El Tribunal impuso sobre todo que se establecieran garantías contra el uso torticero de los datos, entre otras la exigencia de una autorización legal suficientemente precisa y la adopción de garantías de organización y procedimiento²⁶. Este nuevo derecho fundamental se convirtió en la base de la

24 BVerfGE 65,1.

25 Así reza la primera tesis de BVerfGE 65, 1; con más detalle en p. 41 ss.

26 Sobre el particular BVerfGE 65, 1, 48 ss., 58 ss.

moderna legislación alemana de protección de datos, en particular de las leyes generales de protección de datos, así como de numerosas reglas especiales sobre la protección de datos personales y de la consiguiente jurisprudencia. Ha sido una de las innovaciones con mayores consecuencias en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales.

5 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA GARANTÍA DE LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS

5.1 NUEVOS DESARROLLOS TECNOLÓGICOS

Desde 1983 el desarrollo de las tecnologías de la información ha sido vertiginoso sobre todo en cuanto se refiere a la digitalización, miniaturización, conexión en red, desarrollo de nuevas infraestructuras y creación de nuevos servicios (en particular sociales). El fenómeno más evidente es la creación y el uso generalizado de internet. A diferencia de lo que ocurría en 1983, ya no se depende de unos ordenadores centrales, voluminosos, caros y comparativamente lentos con una capacidad de almacenamiento relativamente limitada. Hoy cualquiera puede acceder a ordenadores muy eficaces con un precio asequible, los lapiceros USB permiten almacenar gran cantidad de datos que en el pasado hubieran requerido ordenadores de grandes dimensiones; portátiles, tabletas y teléfonos inteligentes posibilitan la comunicación móvil por internet; también el almacenamiento de datos admite movilidad, en especial en la nube; la comunicación transcurre por redes globales. El aprovechamiento de datos de los usuarios (datos funcionales, en particular de conexiones, y contenidos) posibilita muchos nuevos modelos de negocio, cuya puesta en práctica ha podido tener y va a continuar teniendo considerables efectos en los desarrollos económicos y sociales.

Las nuevas tecnologías abren a las personas también nuevas oportunidades de despliegue en muchos ámbitos. Ello afecta a la comunicación en y entre las organizaciones y la Administración, en el tráfico mercantil (baste con mencionar eBay y Amazon), en el ámbito de la comunicación personal (correo electrónico), así como a las múltiples formas de participación en redes sociales, hasta llegar a la protesta o al impulso y la dirección de movimientos revolucionarios²⁷. La creación y el uso de internet son sólo una expresión, si bien la más importante, de todos estos desarrollos tecnológicos, que también han comportado muchas innovaciones sociales. Al respecto merecen mención, además de los nuevos servicios sociales en red – como Facebook –, las nuevas formas colaborativas de generación de conocimiento en el ámbito de «open source» o de «open content», las posibilidades del «crowd financing». Las tecnologías ofrecen

27 Un ejemplo es la llamada "primavera árabe", en la que el levantamiento popular se hizo posible y se organizó también con ayuda de Internet.

enormes potencialidades, y no es ninguna exageración hacer referencia a las oportunidades que se derivan de la sociedad de la información. En la mayoría de los aspectos de la vida cotidiana, los ciudadanos están hoy obligados a utilizar las nuevas tecnologías si no quieren quedar social y económicamente marginados. Pero las nuevas tecnologías comportan también un potencial de peligros: no sólo el de que terceros, incluido el Estado, penetren en el ámbito privado, sino también el desarrollo de un poder de comunicación y económico que imponga sus intereses de forma selectiva mediante la manipulación o por otras vías²⁸.

El recurso a estas tecnologías está, por supuesto, abierto a los delincuentes. Al respecto, y como ejemplo, el Tribunal Constitucional dijo, en una sentencia de 2010 sobre el almacenamiento de datos personales²⁹, que los nuevos medios de telecomunicación facilitan “la comunicación y la acción clandestinas de los delincuentes y permiten incluso que grupos dispersos integrados por pocas personas confluyan y colaboren de manera eficaz. Mediante una comunicación que prácticamente no encuentra obstáculos se hace posible vincular conocimiento, voluntad de actuación y energía criminal en términos que colocan la prevención de riesgos y la persecución penal ante nuevas tareas. Algunos delitos tienen lugar directamente a través de las nuevas tecnologías. Al tener lugar en el interior de un entramado de ordenadores y redes técnicamente conectados entre sí, estas actividades se sustraen en gran medida a la capacidad de observación”.

Tales hechos obligan a plantearse cómo puede responder el Estado. Tiene encomendada la persecución penal. Los derechos fundamentales que rigen en la comunicación por internet comportan barreras, que sin embargo también permiten a la autoridad intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales si lo justifica la persecución de una actividad delictiva. En el caso del almacenamiento de datos fue decisivo el art. 10 GG, la libertad de la telecomunicación. Para el control constitucional del almacenamiento de datos el Tribunal Constitucional no precisó de innovación fundamental alguna, sino que le bastó con apoyarse en la anterior jurisprudencia sobre este derecho fundamental. El Tribunal se sirvió de ella para exigir, también respecto del almacenamiento de datos, normas legales claras y comprensibles que garanticen en particular la seguridad de los datos almacenados. Las medidas adoptadas deben ajustarse al estado actual del desarrollo tecnológico, pero deben seguir incorporando los nuevos conocimientos y las nuevas perspectivas. Hay que asegurar la transparencia y las posibilidades de tutela jurídica. El Tribunal no descarta el almacenamiento de datos en cuanto tal, simplemente impone condiciones que van más allá de los requisitos que exigen otros ordenamientos jurídicos europeos, incluida la

28 En general sobre tales potencialidades vid. W. HOFFMANN-RIEM, “Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts* Vol. 137, 2012, p. 509, 533 ss.

29 BVerfGE 125, 260, 322 s. Anteriormente ya BVerfGE 121, 1 ss.

directiva de la Unión Europea sobre almacenamiento de datos. Esta sentencia, como otras anteriores, reacciona ante el hecho de que las nuevas tecnologías brindan al Estado nuevas posibilidades de acción preventiva y represiva, no solo para la persecución en el ámbito penal, sino también para la prevención de riesgos y la defensa frente al peligro.

5.2 NUEVOS PROBLEMAS A LA LUZ DE NUEVOS DESARROLLOS TECNOLÓGICOS

Para los casos en que se autorice el control de comunicaciones para el cumplimiento de tareas públicas – lo que en Alemania solo es posible bajo muy estrictas condiciones –, las nuevas tecnologías generan también nuevos problemas. La digitalización y los nuevos recursos de software en el ámbito de la comunicación (como Skype) permiten el contacto entre personas, por tanto también entre delincuentes, sin que sea posible o al menos técnicamente sencillo que el Estado pueda controlarlo, escapando del riesgo de ser vigilados. Tales nuevas tecnologías excluyen la captura de información durante el proceso telemático de comunicación, haciendo imposible por tanto una forma de vigilancia que antes, por ejemplo con el uso del teléfono, resultaba relativamente fácil poner en marcha. Hoy por hoy, los contenidos de este tipo de comunicación sólo pueden registrarse con anterioridad a su entrada en las redes de telecomunicaciones o una vez que los haya recibido el destinatario. Para atender a esta nueva realidad se ha creado un instrumento de supervisión, el llamado registro online, que permite captar la comunicación en el momento de su emisión, en su origen, y hace posible con ello la llamada supervisión de las fuentes de la telecomunicación.

5.3 EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS REGISTROS ONLINE

La sentencia sobre almacenamiento de datos era la última en una larga serie de decisiones sobre la utilización de las nuevas tecnologías para la protección frente al peligro y la persecución penal. Habían llevado a ajustes en el alcance de la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo no sólo en el art. 10 GG sobre la libertad de la telecomunicación, sino también en el art. 13 GG sobre la inviolabilidad del domicilio. Especial repercusión pública tuvieron las sentencias sobre el control de las telecomunicaciones por parte de los Servicios Federales de Inteligencia³⁰, la vigilancia acústica en el interior del domicilio («Großer Lauschangriff»)³¹, el control de las telecomunicaciones por parte de la policía³² y el rastreo masivo de datos informáticos³³. Recientemente

30 BVerfGE 100, 313.

31 Vid. BVerfGE 109, 279.

32 BVerfGE 113, 348 ss.

33 Sobre el particular vid. BVerfGE 115, 320 ss.

se ha publicado una sentencia sobre la ley antiterrorista basada especialmente en el artículo 10 GG³⁴.

Ya antes de la mencionada sentencia sobre el almacenamiento de datos hubo de decidir el Tribunal sobre el registro online. ¿Tiene derecho el Estado a infiltrarse en ordenadores privados – o dicho en términos más amplios, en sistemas privados de tratamiento de la información – mediante el correspondiente software, los llamados troyanos, con el fin de recoger y utilizar de modo secreto datos personales, tanto operativos como de contenido? Esta sentencia – del año 2008, esto es, quince años posterior a la pionera sentencia sobre el censo – tenía como objeto una ley regional de Renania del Norte-Westfalia que, con el propósito de la defensa del orden constitucional, había previsto una autorización para la obtención y el aprovechamiento de datos.

La infiltración de los sistemas informáticos privados debía tener lugar de forma tal que al afectado le fuera prácticamente imposible detectar nada. Pero, en ausencia de conocimiento, en la práctica resultaba también imposible recurrir a la protección jurídica garantizada por el art. 19.4 GG. Lo que buscaba la infiltración del Estado era esquivar las posibles medidas de autoprotección de los ciudadanos³⁵, esto es, justo las medidas que por principio pretende apoyar el derecho a la protección de datos en cuanto derecho de protección de la autonomía³⁶. Se incrementaba de este modo la pérdida de la posibilidad de disponer de forma autónoma sobre los datos de la propia esfera privada que entran en juego en el curso de las comunicaciones y el desmantelamiento de las posibilidades de control, que en internet son siempre considerables³⁷. Simultáneamente surgían riesgos de manipulación en los sistemas informáticos, que afectaban a su operatividad y que podrían hacer posibles los abusos, incluso por parte de terceros³⁸.

5.4 LA ELABORACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONFIDENCIALIDAD Y A LA INTEGRIDAD DE LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS

Un contencioso judicial como el del registro online queda configurado y a la vez limitado por las concretas condiciones en las que surge. El Tribunal Constitucional se lo plantea a causa de un recurso de amparo de ciertos ciudadanos frente a la vulneración, que la ley hacía posible, de los derechos al desarrollo individual de la personalidad.

34 Sentencia de 24 abril 2013 – 1 BvR 1215/07.

35 Cfr. también la documentación en BVerfGE 120, 274, 324.

36 Sobre el particular vid. A. ROSSNAGEL, “Konzepte des Selbst Datenschutzes”, en A. ROSSNAGEL (editor), *Handbuch Datenschutzrecht*, 2003, p. 325 ss.

37 Sobre el particular vid. W. HOFFMANN-RIEM, “Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnische Systeme”, *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1009, 1012 y ss.

38 Sobre las posibilidades de protección frente a ello vid. J. D. ROGGENKAMP, “Verfassungs- und datenschutzrechtliche Anforderungen an die technische Gestaltung von sogenannten Staatstrojanern”, en F. PETERS / H. KERSTEN / K.-D. WOLFENSTETTER (editores.), *Innovativer Datenschutz*, 2012, p. 267 ss.

En tal proceso, el Tribunal trató de explorar el ámbito de las nuevas tecnologías, particularmente en lo referente a las posibilidades y riesgos de la infiltración de sistemas informáticos. Para ello elaboró cuestionarios detallados y se los envió a organismos públicos, a asociaciones y a expertos en la materia, rogándoles su opinión. Organizó una exhaustiva vista oral en la que fueron oídos científicos, pero también representantes de la práctica (por ejemplo, un miembro del «Chaos Computer Club»), para recabar información profesional de primera mano. A partir del conocimiento de la evolución tecnológica, el Tribunal se planteó examinar si el potencial de peligros asociado a tal forma de recabar información por parte de las autoridades pudiera conducir a considerar contraria a Derecho la intervención estatal incluso cuando estuviera al servicio de fines legítimos. En particular, el Tribunal debía verificar si quedaban suficientemente despejados los eventuales riesgos en el marco de los derechos fundamentales relevantes hasta ese momento para tal control (derecho a la autodeterminación informativa, protección de la libertad de telecomunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio).

La respuesta del Tribunal fue que continuaba habiendo lagunas en la protección; consiguientemente, era necesario un nuevo enfoque jurídico en la protección ante los avances tecnológicos, sociales y económicos. Las premisas empíricas de la protección de los derechos fundamentales habían cambiado. El Tribunal debía plantearse, por tanto, si las premisas normativas vinculadas a los derechos al desarrollo de la personalidad en su concepción hasta ese momento vigente – en particular, la finalidad de la protección de la autonomía personal como garantía de libertad – podían ser debidamente tenidas en cuenta a la vista de las nuevas posibilidades tecnológicas. Su respuesta fue que no. El Tribunal procedió de modo semejante a como había hecho en el pasado, cuando a partir del derecho fundamental derivado de los arts. 2.1 y 1.1 GG dedujo los derechos – no mencionados en la Constitución, pero comprendidos en su sentido – a la propia imagen, a la propia voz y a la autodeterminación informativa, en cuanto concreciones del derecho general de la personalidad. En tal sentido señaló³⁹: “En la medida en que no existe suficiente protección frente a los peligros para la personalidad que se derivan del hecho de que los particulares necesiten utilizar para el desarrollo de la misma sistemas técnicos informáticos, el derecho general de la personalidad atenderá a esta necesidad de protección mediante su tarea de colmar lagunas yendo más allá de las concreciones reconocidas hasta ahora y garantizando la integridad y confidencialidad de los sistemas informáticos”. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no ha encontrado o inventado un nuevo derecho, sino que, a la luz de los cambios tecnológicos y sociales y cumpliendo con su misión de continuar desarrollando el Derecho constitucional⁴⁰, concretó de forma novedosa, mediante una ulterior diferenciación dotada de su propio

39 BVerfGE 120, 274, 313.

40 Sobre interpretación que desarrolla el Derecho vid. supra, nota 4.

nombre, un derecho fundamental reconocido desde hace mucho tiempo, el derecho general de la personalidad.

Al reformular el mandato de garantía incluyendo la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos, el Tribunal puso en primer plano las dudas respecto del funcionamiento de tales sistemas: dudas por una parte tecnológicas, por ejemplo cuando señala que la instalación de un troyano puede ser aprovechada por terceros con fines de espionaje⁴¹ o puede provocar fallos del sistema informático. Pero los términos confidencialidad e integridad también implican una garantía de operatividad social⁴²: por principio, los ciudadanos deben poder confiar en que los sistemas informáticos no serán objeto de manipulación y en que la comunicación será confidencial.

La aplicación de esta nueva concreción del derecho fundamental en el caso particular – se trataba, a fin de cuentas, de resolver el recurso de amparo planteado por particulares – siguió el modelo habitual del examen de la injerencia en un derecho liberal de autonomía: ¿justifica el fin (aquí la defensa de la Constitución) la intervención del Estado en el derecho del recurrente y, en caso afirmativo, respeta la ley los límites constitucionales, especialmente el principio de proporcionalidad? En el supuesto concreto, el Tribunal respondió negativamente.

El nombre que el Tribunal dio a esta nueva concreción del derecho fundamental, ya en el primer apartado del resumen en forma de tesis que antepone a su sentencia, fue el de “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad y de la integridad de los sistemas informáticos”. Este concepto, también conocido como “derecho fundamental IT” (derecho fundamental de las tecnologías de información y telecomunicación), ha sido ya acogido por la bibliografía en materia constitucional⁴³. En la doctrina, tal construcción dogmática sigue provocando división de opiniones. Las voces críticas argumentan que la protección bien podía haber sido garantizada sobre la base del ya conocido derecho a la autodeterminación informativa⁴⁴. Tales posiciones, sin embargo, no se plantean en detalle las lagunas de protección descritas por el Tribunal Constitucional⁴⁵.

41 Vid. BVerfGE 120, 274, 314.

42 Cfr. BVerfGE 120, 274, 323.

43 Sobre el particular por ejemplo el popular *Kommentar* de H. D. JARASS / B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. ed. 2011, parágrafo 45 del art. 2 GG.

44 Vid. por ejemplo G BRITZ “Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Einige Fragen zu einem neuen Grundrecht”, *Die öffentliche Verwaltung*, 2008, p. 411 ss.; M. EIFERT, “Informationelle Selbstbestimmung im Internet. Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen”, *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2008, p. 521 ss.

45 Ello se hizo evidente ya inmediatamente después de la publicación de la sentencia del BVerfG. Sobre el particular vid. la referencia en W. HOFFMANN-RIEM, “Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme”, *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1009, 1015, nota 64.

Está por ver con qué alcance será incorporada en la doctrina y en la práctica del Derecho, sobre todo en la legislación, esta nueva garantía. En la nueva redacción de la Ley sobre el Servicio Federal de Investigación Criminal, el legislador la ha asumido en una nueva norma (§ 20k: “intervención subrepticia en sistemas informáticos”), aunque como ocasión para una nueva autorización de injerencia⁴⁶. Al efecto, se han integrado ampliamente en la ley las formulaciones del Tribunal Constitucional. El legislador tenía a su disposición la posibilidad de responder al requerimiento de garantía del derecho fundamental no permitiendo intervención estatal alguna en los sistemas informáticos. Así ha ocurrido hasta ahora en el ámbito de la persecución penal: en el proceso penal no se ha previsto hasta hoy la autorización de intervención. Se trata de una decisión política, condicionada por el hecho de que el anterior socio de la coalición de gobierno, el Partido Liberal (FDP), se oponía a tales intervenciones⁴⁷. Habremos de esperar al desarrollo de la legislación en el futuro.

6 PARTICULARIDADES Y POTENCIALES DE LA NUEVA CONCRECIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

6.1 ¿CONTENIDOS JURÍDICO-OBJETIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Volvamos a la sentencia del Tribunal Constitucional. Llama la atención en ella que la nueva acuñación del derecho fundamental se desvíe de la terminología habitual de las normas de defensa, que se hubiera referido por ejemplo a la protección frente a la intervención del Estado en los ordenadores. En lugar de un término como protección se opta por la expresión garantía. Esta también se encuentra por ejemplo en el art. 5.1 GG. En ese ámbito, el Tribunal Constitucional lo ha interpretado a partir de la doctrina de los derechos fundamentales en el sentido de que, junto a una protección jurídico-subjetiva (la libertad de medios), el derecho fundamental incorpora también una dimensión jurídico-objetiva⁴⁸. El mandato constitucional para el legislador se formuló en términos de garantizar la operatividad del ordenamiento de los medios de radio y televisión mediante disposiciones materiales, organizativas y en su caso procedimentales. Debía crearse un ordenamiento que asegurara “que en la radiotelevisión encuentre expresión el pluralismo de las opiniones con la mayor amplitud y plenitud posibles”⁴⁹.

46 Con más detalles al respecto M. BÄCKER, *Terrorismusbwehr durch das Bundeskriminalamt*, 2009, p. 102 ss.

47 En la práctica de la investigación criminal, los registros en línea sin embargo han sido llevados a cabo, en parte recurriendo a la norma existente hace tiempo del §100 a StPO (vigilancia de las telecomunicaciones), una solución que fue expresamente rechazada por el Fiscal General del Estado a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional (vid. la respuesta del Gobierno Federal a la pregunta del Diputado Lischka y del grupo Parlamentario Socialdemócrata sobre el empleo de la supervisión de las fuentes de telecomunicación, BT Drucks 17/11087).

48 Sobre el particular vid. H. SCHULZE-FIELITZ, en H. Dreier, *Grundgesetz. Kommentar*, 2 ed. 2004, Vol. I, parágrafo 232 ss. del art. 5 I, II, con otras referencias bibliográficas.

49 Vid. BVerfGE 57, 295, 319; 73, 118, 152 s.; 90, 60, 94; 114, 371, 387; 119, 181, 214.

Que el Derecho constitucional alemán reconoce en principio funciones jurídico-objetivas de los derechos fundamentales es algo que ya he explicado al tratar la sentencia Lüth. Señalaba que el legislador había recibido el encargo de desarrollar el ordenamiento jurídico-privado de modo que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales alcanzara a todos los ámbitos del Derecho. En cuanto a los medios de comunicación, más específicamente en cuanto a la libertad de prensa, el Tribunal Constitucional ha concretado esta fuerza de irradiación del art. 5.1 GG señalando que cabe pensar en una obligación del Estado de “proteger de los peligros” que puede generar para una prensa libre la formación de monopolios de opinión⁵⁰. Tales tareas estatales podrían llevar a incidir en el Derecho privado y en el tráfico económico – por más que sean concebidas como disposiciones estructurales para asegurar la posibilidad de ejercicio efectivo de las libertades de comunicación de los ciudadanos en una forma adecuada al Estado garante.

El modelo del Estado garante⁵¹ reacciona frente al fenómeno, creciente en los Estados de hoy, de desplazamiento del cumplimiento de tareas en favor de sujetos privados (desregulación, privatización, sujeción a parámetros económicos). Hace referencia a que, no obstante, el Estado conserva la responsabilidad de garantizar que las tareas públicas sean satisfechas en la calidad prevista por la Constitución y las demás normas también cuando se haya transferido a sujetos privados el cumplimiento de las mismas. Para ello, el Estado introduce en el ordenamiento disposiciones para cumplir con su responsabilidad de garantía. De las determinaciones de fines del Estado (como democracia, Estado social, Estado de Derecho) y no en último extremo del contenido jurídico-objetivo de las normas que reconocen derechos fundamentales se infieren orientaciones sobre el modo de ejercicio de la responsabilidad estatal de garantía. A la tarea de garantía corresponde asimismo procurar la observancia de la irradiación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-privado y del tráfico económico. Cuando los sujetos privados no realicen debidamente las tareas que les han sido transferidas, la responsabilidad de garantía puede también ser activada mediante la recuperación por parte del Estado del cumplimiento de la correspondiente tarea.

50 BVerfGE 20, 162, 176.

51 Sobre el concepto de Estado garante vid. por todos F. G. SCHUPPERT, “Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren”, en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN / A. VOSSKUHLE (editores), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. 1,2., 2012, § 16, parágrafo 16; W. HOFFMANN-RIEM, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, p. 24 ss. El modelo del Estado garante es una reacción al creciente desplazamiento en los Estados contemporáneos de la realización de tareas públicas a agentes privados (desregulación, privatización) y hace referencia a que el Estado tiene simultáneamente la responsabilidad de garantizar que las tareas públicas sean satisfechas conforme a la calidad prevista por la Constitución y por otras normas también cuando su cumplimiento se haya transferido a manos privadas. El Estado adopta para ello medidas jurídicas que cubren la responsabilidad de la garantía y que se activan cuando el cumplimiento de las tareas por parte de los sujetos privados encargados de ellas resulta insatisfactorio.

En la sentencia sobre el registro online no se trataba de decidir sobre cuestiones centrales del Estado garante o en concreto del Derecho de los medios de comunicación. Pero la utilización por el Tribunal del término garantía sí sugiere una posible referencia a la concepción del Estado garante y, en particular, a la dimensión jurídico-objetiva de la protección de los derechos fundamentales.

Refuerza esta impresión el hecho que el Tribunal menciona como objeto de la protección los sistemas informáticos, haciendo expresa referencia a su complejidad⁵². Con ello hace extensiva la garantía a las condiciones infraestructurales de las modernas tecnologías de las telecomunicaciones⁵³. A juicio del Tribunal Constitucional, una protección efectiva de los derechos fundamentales debe también abarcar la observancia de la integridad y de la confidencialidad de tales sistemas informáticos, como fundamento de la confianza de los ciudadanos en los mismos. Esta confianza es, por su parte, condición para que estos sistemas sean aceptados y con ello, como hemos dicho, de su funcionalidad social⁵⁴.

No en la formulación de la garantía del derecho fundamental en el punto primero de las tesis que resumen la Sentencia, pero sí en las consideraciones referidas al caso contenidas en los fundamentos jurídicos, el Tribunal se ciñe a la protección de los sistemas informáticos propios (mejor dicho, de uso propio). Una protección más amplia tampoco sería compatible con la inferencia de la garantía a partir del derecho fundamental individual del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1. La sentencia se refiere exclusivamente a la protección jurídica individual de los recurrentes, que sólo pueden invocar en recurso de amparo la vulneración de “sus propios derechos subjetivos” (art. 93.1 nº 4a GG; § 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional). Ahora bien, en la medida en que la protección de la utilidad de los propios sistemas informáticos debe garantizar la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos en cuanto tales, tal protección del derecho individual tiene indirectamente un alcance expansivo.

Un año después de la sentencia del Tribunal Constitucional, en 2009, el concepto de sistemas informáticos ha sido elevado expresamente a la categoría de concepto constitucional, concretamente en el art. 91c GG. En tal norma se regula, como una de las llamadas “tareas comunitarias”, la colaboración de la Federación y de los Länder en la construcción y administración de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de las técnicas informáticas. La tarea que deben asumir conjuntamente la Federación y los Länder debe posibilitar en particular la interoperatividad y la seguridad de las infraestructuras⁵⁵. Tal tarea

52 BVerfGE 120, 274, 313 ss.

53 Vid. también BVerfGE 120, 274, 314.

54 Cfr. sobre el particular W. HOFFMANN-RIEM, “Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme”, *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1012.

55 Cfr. BT Drucks 16/12410,8.

de coordinación tiene lugar también en el contexto de la necesaria cooperación administrativa con la Unión Europea⁵⁶.

6.2 POTENCIALIDADES DE ESTA GARANTÍA PARA EL ORDENAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Si se consideran las particularidades terminológicas de la nueva concreción del derecho fundamental (garantía y referencia a los sistemas informáticos) como base para la protección de determinados aspectos de la funcionalidad tecnológica y social de tales sistemas en su conjunto, se hace evidente que la nueva construcción tiene un potencial que excede lo descrito hasta ahora. Bien puede acabar afectando, más allá del conocido ámbito de aplicación de la vieja garantía del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, al ordenamiento de las comunicaciones en la sociedad de la información. Por ahora no hay ninguna decisión del Tribunal Constitucional al respecto. Las reflexiones que siguen constituyen un intento de explorar eventuales potencialidades de futuro para la legislación, la jurisprudencia y la práctica administrativa.

De momento, la tarea de garantizar importantes aspectos de la funcionalidad tecnológica y social de los sistemas informáticos se ciñe al ámbito del ordenamiento jurídico nacional. Pero, a la vista de la dimensión internacional de estas infraestructuras, puede y debe también implicar que las instancias nacionales contribuyan de forma significativa a establecer medidas a nivel transnacional e internacional que aseguren la funcionalidad de las infraestructuras con la vista puesta en la confidencialidad y la integridad. Ello podría comprender garantías contra amenazas a la confidencialidad y a la integridad que procedan de agentes no dotados de poder público.

La asunción de la responsabilidad sobre la funcionalidad de las infraestructuras informáticas es una importante tarea estatal en el marco del Estado garante⁵⁷. El art. 91c GG la regula con respecto a la satisfacción (del resto) de tareas de la Federación y de los Länder, en la medida en que las mismas precisan al efecto de sistemas informáticos. Tal norma está en un título sobre la cooperación entre la Federación y los Länder en el ámbito de la Administración pública; es decir, no se trata de una norma de derechos fundamentales. En consecuencia, el art. 91c GG no aborda en plenitud la garantía de la funcionalidad de sistemas informáticos. Dado que no se trata de una norma de derecho fundamental, no pretende concretar una garantía de los derechos de unos ciudadanos que necesitan que los sistemas informáticos resulten operativos. Sin embargo, no se puede excluir que esta norma, por ejemplo mediante una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el art.

56 Vid. U. MAGER en I. von MÜNCH / P. KUNIG, *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. 2, 6 ed. 2012, parágrafo. 4 del art. 91c GG.

57 Sobre la visión del Estado contemporáneo como Estado garante vid. supra, nota 51.

10 GG y el derecho fundamental a la confidencialidad y a la integridad de los sistemas informáticos, pueda servir como base argumentativa para el ulterior desarrollo de la tarea de garantía del Estado concerniente a otros aspectos de la operatividad de los sistemas informáticos. De ese modo podrían estimularse otras innovaciones en el Derecho.

Las actuales infraestructuras técnicas de comunicación apenas han sido puestas en marcha por agentes públicos, sino ante todo por empresas privadas. Sus concretas condiciones de funcionamiento son también configuradas preferentemente por ellas. Unas pocas empresas presentes en todo el mundo, como Google, Facebook, Apple o Microsoft, tienen un poder global de oligopolio en sus amplísimos segmentos de mercado, que aprovechan y amplían en el marco de sus respectivos modelos de negocio, diversificándose cada vez más (sobre todo Google) y logrando la exclusividad en algunos ámbitos particulares⁵⁸. Así ejercen una enorme influencia sobre el desarrollo tecnológico, pero especialmente sobre los contenidos que se manejan en internet, y en consecuencia moldean de forma decisiva el orden de las comunicaciones de casi todas las sociedades.

Si un Estado democrático como Alemania se propusiera alcanzar aunque solo fuera una parte del poder de información y sobre los datos personales que tienen empresas como Google o Facebook, y no digamos aprovecharlo para dirigir o en su caso filtrar vías o incluso contenidos de comunicación, se lo impedirían enseguida los límites constitucionales. Por lo demás, para poder tomar medidas en este ámbito necesitaría las correspondientes bases legales, y también quedaría sometido a límites materiales (entre otros el principio de proporcionalidad) y controles democráticos. Sin embargo, en el orden global de la información, dominado por oligopolios, no existen por el momento medidas comparables o funcionalmente equivalentes a las diseñadas en un Estado de Derecho para garantizar la moderación en el uso del poder. La función correctora del mercado y de la competencia no se basta a tal fin, habida cuenta la posición de oligopolio global de actores concretos. Más bien debe señalarse que ésta comporta, por sí misma, riesgos de abuso de poder.

Puesto que en el ámbito de los sistemas informáticos estos riesgos de abuso se verifican, hoy y en el futuro, y que ello da motivo para limitar el poder del mercado, también la responsabilidad de garantía de los poderes públicos debe llevarles a adoptar las medidas de corrección que estén a su alcance. Dado que el ámbito de actuación de las empresas de internet es internacional, incluso global, la regulación requiere de la coordinación transnacional e internacional. Para afrontar los retos que supone garantizar de cara al futuro la funcionalidad de los sistemas informáticos (incluida la posibilidad de usarlos para toda suerte

58 Sobre la posición de poder de tales empresas vid. por todos W. HOFFMANN-RIEM, "Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet", *Archiv des Öffentlichen Rechts* Bd. 137, 2012, pp. 533 ss. con notas 136, 137, 142 y 149.

de servicios), el cumplimiento de la tarea de garantía por parte de los Estados soberanos debe extenderse a los ámbitos transnacionales e internacionales. Los órganos estatales, gobiernos y parlamentos, están cuando menos legitimados para asumir responsabilidades en el ámbito transnacional e internacional a fin de que el orden de las comunicaciones y también las infraestructuras informáticas sean funcionales. En su caso, y así ocurre a mi juicio con los órganos estatales alemanes, pueden estar constitucionalmente obligados a actuar en tal sentido.

De todos modos, la nueva concreción del derecho fundamental propuesta por el Tribunal Constitucional y aquí tratada, habida cuenta su estrecho ámbito de aplicación referido a la protección de la personalidad, no es base suficiente para un mandato orientado a adoptar amplias medidas transnacionales e internacionales de prevención y de defensa frente al riesgo en el ámbito de las infraestructuras de información y de telecomunicaciones. Pero también otras normas⁵⁹, como las determinaciones de fines del Estado que suponen la democracia, el Estado de Derecho y el Estado social (art. 20 GG), ofrecen orientaciones para la tarea de garantía. A ello se añaden otras normas de derecho fundamental, como por ejemplo los derechos económicos (particularmente arts. 12⁶⁰ y 14⁶¹ GG), que por lo demás también contienen mandatos jurídico-objetivos.

Dada la globalización del orden de las comunicaciones, ningún legislador nacional está en condiciones de gestionar por sí solo la tarea de garantía. Por ello, en el ámbito europeo va a plantearse cada vez más la cuestión de si los mandatos de configuración y protección del TFUE (por ejemplo las garantías de las libertades económicas o las normas sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), así como las garantías de derechos fundamentales de la Carta Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, han de ser entendidos también como mandatos jurídico-objetivos de garantía para los órganos de la Unión Europea. Se trata de una cuestión controvertida en la doctrina, aún no resuelta definitivamente por los tribunales, cuya respuesta afirmativa personalmente no me ofrece dudas.

En cualquier caso, no bastará en el ámbito europeo con que la Unión se defina, por ejemplo en varios documentos y libros verdes, como “Unión por la innovación”⁶². Habrá de concebirse a sí misma como una Unión garante y, por tanto, como una Unión que se plantea entre otras la tarea de procurar la

59 Aunque aquí se infieran de tales normas orientaciones normativas para la satisfacción de tareas públicas, ello no implica necesariamente que los ciudadanos vayan a poder imponerlas judicialmente con recurso a la protección jurídico-subjetiva del derecho fundamental. Las Constituciones contienen también mandatos y orientaciones programáticas para los poderes públicos que no se corresponden con garantía jurídico-subjetiva alguna.

60 Sobre el particular vid. J. WIELAND, en DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, 2. ed. 2004, parágrafo 151 ss. del art. 12 GG.

61 Sobre el particular vid. J. WIELAND, en DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, 2. ed. 2004, parágrafo. 176 ss. del art. 14 GG.

62 Así en Comisión Europea, Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM (2010) 2020 final, págs. 6, 15; id., Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación

funcionalidad de infraestructuras como las de los sistemas informáticos en el ámbito de la Unión Europea y, habida cuenta el carácter global de las redes de infraestructuras, también con la vista puesta en los contextos internacionales.

La libertad deberá ser garantizada por los órganos estatales nacionales y por los órganos de la Unión Europea de modo tal que los ciudadanos puedan ejercerla en la vida real. Para conseguirlo, a la vista de la dimensión global del orden de las comunicaciones, hay que exigir la disposición a influir sobre los actores globales, también sobre aquellos no sometidos, o sólo parcialmente, al Derecho de la Unión Europea.

En la medida en que afecte a la acción de órganos estatales alemanes, los mandatos jurídico-objetivos de garantía del Derecho alemán deben ser interpretados en el sentido de que los agentes públicos alemanes que operan en el marco europeo e internacional han de actuar de modo que los mandatos de garantía definidos para el ámbito nacional no sean eludidos mediante sistemas o vínculos internacionales, sino que se haga posible su cumplimiento. También hay que observar el mandato nacional de garantía cuando su satisfacción requiera coordinación y cooperación transnacional e internacional, por ejemplo para hacer posibles medidas contra posiciones globales de oligopolio de determinados actores y frente a los riesgos de abuso que comportan⁶³. El mandato de garantía ofrece orientaciones a los órganos estatales para su actuación en los diversos ámbitos transnacionales e internacionales.

7 EPÍLOGO

Con esto concluyo. He querido ilustrar de qué manera afronta el Tribunal Constitucional los cambios tecnológicos y las oportunidades y riesgos que conllevan. Ha estado y sigue estando decidido a preservar la función protectora y de garantía de los derechos fundamentales también a la vista de los profundos cambios en la realidad tecnológica, económica y cultural. La reacción del Tribunal frente a cambios esenciales, aquí descrita sirviéndonos del ejemplo del derecho general de la personalidad, tiene el potencial, que acabo de señalar, de procurar la protección frente a peligros y riesgos también más allá de los casos concretos abordados hasta el momento, sin que ello suponga un freno a las importantes oportunidades que el uso de las nuevas tecnologías abren para el desarrollo de la sociedad y en la sociedad.

La vía elegida por el Tribunal Constitucional como reacción frente a los riesgos para la protección de la libertad, mediante la progresiva especificación del derecho fundamental a la protección de la personalidad, sin duda no servirá

pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, C OM (2011) 15 final, p. 3.

63 Sobre tales cuestiones vid. W. HOFFMANN-RIEM, "Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet", *Archiv des öffentlichen Rechts* 2012, págs. 533 ss., 541 s.

en su forma concreta como modelo para afrontar cualesquiera otras crisis, como por ejemplo las crisis financiera, de deuda y bancaria ya mencionadas al comienzo⁶⁴. Pero merecería la pena pensar hasta qué extremo las normas constitucionales encierran el mandato para los poderes públicos nacionales y transnacionales de analizar el ordenamiento jurídico con una mirada innovadora, el mandato de crear estructuras capaces de limitar los potenciales riesgos de otro tipo. Es cierto que el Derecho por sí solo no podrá eliminar, ni siquiera reducir significativamente aquellos riesgos que surgen más allá de su propio ámbito. Pero el Derecho sí puede y debe crear estructuras que, en la medida de lo posible de forma preventiva, pero también en su caso con eficacia reparadora, ayuden a afrontar las crisis salvaguardando los derechos de los ciudadanos al pleno desarrollo de su personalidad y al ejercicio de sus derechos de libertad. No basta con que la libertad esté garantizada simplemente en las palabras de un texto constitucional; debe poder ser experimentada en la vida real.

64 A estas crisis, sin embargo, no se habría llegado – en todo caso no a sus dimensiones actuales – sin los cambios tecnológicos de la sociedad global de la información a los que he hecho referencia. Pero esa es ya otra historia.