

EL “DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE SISTEMAS INFORMÁTICOS” - UN APORTE EXITOSO A LA CREACIÓN DE DERECHOS DE LIBERTAD?*

Gerrit Manssen**

Resümee

Nach der Verkündung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen über die sog. Online-Durchsuchung im Verfassungsschutzgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen meldeten die Medien die Schaffung eines neuen Grundrechts durch das Bundesverfassungsgericht, das sog. Computergrundrecht. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt deshalb Anlass dazu, sich mit dem Problem der Findung von „Grundrechten“ noch einmal kritisch auseinander zu setzen. Gegenstand dieses Absatzes ist diese Auseinandersetzung.

Stichwörter

Computergrundrecht, Bundesverfassungsgericht, Findung von Grundrechten, Online-Durchsuchung, Freiheitsrechten.

Resumen

Después de la notificación de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones relacionadas con el denominado Registro informático que se contemplaban en la Ley de seguridad constitucional del estado federado de Nordrhein-Westfalen los medios de comunicación informaron sobre la creación de un nuevo derecho fundamental por parte del Tribunal Constitucional Federal: el llamado derecho fundamental informático. El objeto de este artículo es, tomando como punto de partida dicha sentencia, analizar de forma crítica el problema de la creación de “derechos fundamentales”.

* Título original “Das „Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ – Ein gelungener Beitrag zur Findung unbenannter Freiheitsrechte?”, publicado originalmente en: Das neue Computergrundrecht 2009, pp. 61 y ss. Traducción de Angélica María Arango Díaz, LL.M. (Regensburg), becaria del KAAD para estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Regensburg. La traductora le agradece a la asistente científica Lina Schneider por las observaciones realizadas a la traducción.

** Profesor de Derecho público, en particular de Derecho administrativo alemán y europeo, de la Universidad de Regensburg. Miembro del centro común de investigaciones sobre Derecho de la sociedad de información.

Palabras clave

Derecho fundamental informático, Tribunal Constitucional Federal, creación de derechos fundamentales, registro informático, derechos de libertad

Summary

After the Announcement of the decision about the unconstitutionality of the provisions about Online-searching, which are contained in the law for protection of the Constitution of the state of Nordrhein-Westfalen, the media reported on the Federal Constitutional Court's newly created fundamental right: the computer fundamental right. Considering the arguments supporting the decision, this article aims to make a critical analysis of the issue of the creation of "fundamental rights".

Keywords

Computer fundamental right, Federal Constitutional Court, creation of fundamental rights, Online-searching, freedom rights.

I. Introducción

El Tribunal Constitucional Federal creó un nuevo derecho fundamental, el llamado derecho fundamental informático (nombre oficial: "Derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de sistemas informáticos"). Ésta fue la información difundida por los medios de comunicación tras la notificación de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones relacionadas con el denominado Registro informático que se contemplaban en la Ley de seguridad constitucional del estado federado de Nordrhein-Westfalen.¹ A partir de ese momento celulares, computadores portátiles y la misma internet gozarían también de la protección especial de la Ley Fundamental [Grundgesetz, en adelante GG]. De este modo el Tribunal Constitucional Federal, 25 años después de la sentencia sobre el "Derecho a la autodeterminación informativa", habría realizado un importante aporte al desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en el campo de la tecnología de la información.²

¹ BVerfGE 120, 274. Algunos comentarios determinantes sobre la decisión pueden encontrarse en el artículo del ponente *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, pp. 1009 y ss.

² Cfr. La bibliografía relacionada en *Eifert*, NVwZ 2008, 521 m. Pp. 3

En cierta contraposición a la euforia de los medios por el nuevo “derecho fundamental de las tecnologías de la información”³ o derecho fundamental informático se encuentra la reacción de la literatura científica.⁴ Allí pueden percibirse claramente voces de escepticismo. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal da lugar a que se aborde de forma crítica nuevamente el tema de la creación de “derechos fundamentales”⁵, pues ya en el pasado se habían “encontrado” o “creado” de diversas maneras este tipo de derechos. Con ello la teoría del Estado no mejoró necesariamente su reputación en el mundo jurídico.⁶ Muchos aspectos que de algún modo se vieron como deseables han sido incluidos en la interpretación del Art. 2 párrafo 2 frase 1 en concordancia con el Art. 1 de la GG. Entonces cabría preguntarse: ¿El Tribunal Constitucional Federal hace ahora lo mismo que han hecho los creadores de otros derechos fundamentales como aquel del “derecho fundamental a la movilidad y conducción de automóviles”⁷ o aquel del “derecho al disfrute de la naturaleza”⁸, o tiene un método seguro que ayude a impedir errores y confusiones?⁹

La Función de suplir vacíos jurídicos adjudicada a los derechos fundamentales de libertad innominados

La función de suplir vacíos jurídicos en la jurisprudencia vigente

A pesar de la ignorancia que rodea la forma de proceder metodológicamente en los casos de creación de derechos innominados, parece haber un amplio consenso con relación a un aspecto: Nuevos

³ Con relación a la terminología véase *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014) con más bibliografía.

⁴ Véase el artículo bastante crítico de *Lepsius* en la colección de Roggan (eds.), *Online-Durchsuchungen. Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27. Februar 2008*, 2008, pp. 21 y ss. Muy crítico también *Britz*, DÖV 2008, pp. 411 y ss. En gran medida críticos *Eifert*, NVwZ 2008, pp. 521 y ss. y *Sachs/Krings*, JuS 2008, pp. 481 y ss. Véase también *Hornung*, CR 2008, pp. 299 y ss., quien critica algunos elementos de la argumentación, no obstante en general con un informe positivo. Críticas a algunos de los pasajes pueden encontrarse en *Kutscha*, NJW 2008, pp. 1042 y ss. Por el contrario se manifiesta a favor *T. Böckenförde*, JZ 2008, pp. 925 y ss.

⁵ Este escrito no tiene como objetivo ocuparse de todas las cuestiones planteadas en la Sentencia.

⁶ Algunas remisiones pueden encontrarse en el artículo, con razón crítica, del anterior Presidente del Tribunal Federal Administrativo *Sendler*, NJW 1995, pp. 1468 y ss., el cuál observaba con asombro el „enigmático aumento de derechos fundamentales“.

⁷ Véase especialmente *Ronellenfisch*, DAR 1992, pp. 321 y ss. y DAR 1994, pp. 7 y ss.

⁸ Véase *Dirnberger*, *Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung*, 1992.

⁹ Sobre otras ideas erróneas en relación con “derechos fundamentales de libertad innominados” véase también *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, pp. 187 y ss.

derechos fundamentales innominados son reconocidos como tales, cuando aparecen nuevas amenazas contra las cuales las garantías vigentes no ofrecen una protección suficiente.¹⁰ En este sentido el derecho civil ha sido modelo metodológico. El derecho general de la personalidad es uno de esos “*otros derechos*” en el sentido del párrafo 823 párrafo 1 BGB (Código Civil Alemán), el cual tiene la finalidad de colmar los vacíos relacionados con la protección de la personalidad que sigan existiendo pese al reconocimiento de derechos de la personalidad individuales.¹¹ De forma similar el Tribunal Constitucional Federal define la función constitucional del derecho general de la personalidad en el sistema de protección de la GG: Ésta consistiría en garantizar las esferas personales de vida íntima y la conservación de sus condiciones básicas cuando no estén comprendidas en las garantías de libertad concretas y tradicionales.¹²

En parte, con el reconocimiento del derecho general de la personalidad, sí se cerró un vacío en la protección jurídica. Derechos como a la propia imagen o sobre la propia palabra¹³ no pueden ser integrados sin más a la garantía de la dignidad humana, consagrada en el Art. 1 párrafo 1 GG, como garantías constitucionales de acuerdo con la redacción estricta de la *fórmula-objeto*.¹⁴ Tampoco es directamente aplicable el derecho general a la libertad de acción del Art. 2 párrafo 1 GG. En el caso de la publicación de una foto sin el consentimiento del afectado, a éste no se le impide con el hecho de la publicación que haga o deje de hacer lo que él quiere. En todo caso no existe una presión en el sentido jurídico policial, cuando mucho una limitación fáctica a la libertad determinada socialmente. Esto mismo es válido para los casos de firma de declaraciones que no fueron realizadas por la persona.

¹⁰ Así también el planteamiento expuesto por el Tribunal Constitucional Federal en la decisión que es objeto de discusión, ver BVerfGE 120, 274 (pp. 302 yss.). En otro sentido *Manssen* (Pp. 9), pp. 183 y ss.

¹¹ Véase también *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Loseblattslg.), Stand: Oktober 2008, Art. 2 nm. 26.

¹² Como ejemplo véase BVerfGE 54, 143 (153).

¹³ Cfr. en general *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 5. Aufl. 2007, nm. 218 y ss.

¹⁴ BVerfGE 50, 166 (175); 109, 279 (312).

También “el derecho a la autodeterminación informativa”¹⁵, reconocido por el Tribunal Constitucional Federal en 1983, tuvo la función de ampliar la protección constitucional. Así, fue reconocida la relevancia jurídica restrictiva que la recolección de datos puede ejercer ante las posibilidades modernas de procesamiento electrónico de datos. La protección especial a la facultad del individuo de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites revela sus situaciones personales es necesaria, toda vez que a partir de informaciones puntuales con la ayuda del procesamiento electrónico de datos y de la utilización de otras referencias puede generarse una idea de la personalidad.¹⁶ Tal interpretación no habría podido desarrollarse de la mano de la dogmática tradicional de intervención de los derechos fundamentales. La serie de decisiones en las cuales se hayan reconocido de forma constitutiva derechos subjetivos con la ayuda del derecho general de la personalidad, que de otra forma no habrían podido derivarse, es amplia. Pueden ser nombrados como ejemplos el derecho de réplica en el derecho de prensa,¹⁷ el derecho a conocer la propia ascendencia¹⁸ o la pretensión de resocialización.¹⁹

No obstante, el derecho general de la personalidad constitucionalmente protegido nunca cumplió una única función de suplir vacíos jurídicos, sino que desempeñó también una función de precisión de normas. Esto puede notarse particularmente en los intentos de la teoría de las esferas por diferenciar entre un campo inviolable de desarrollo de la vida privada, una esfera privada y una esfera social. Tal diferenciación lleva a que existan diferentes posibilidades de justificación y diferentes requisitos para los casos en que el Estado pretenda ejercer algún tipo de intervención en el derecho fundamental.²⁰ Así, en el marco de un proceso penal es considerada como admisible la lectura del diario de un presunto homicida sexual, pero sólo con sujeción estricta al principio de proporcionalidad.²¹

¹⁵ BVerfGE 65, 1 y ss.

¹⁶ Véase BVerfGE 65, 1 (42 y s.).

¹⁷ BVerfGE 63, 142 y ss.

¹⁸ BVerfGE 79, 268 y ss.

¹⁹ BVerfGE 35, 202 y ss.

²⁰ Cfr. en detalle *Leibholz/Rinck* (Pp. 11), Art. 2 nm. 36 y ss.

²¹ BVerfGE 80, 374 y ss.

¿Se colman vacíos jurídicos con el “derecho fundamental informático”?

El Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia sobre el “derecho fundamental informático”, recurre a la función de suplir vacíos jurídicos que ejerce el derecho general de la personalidad. Una garantía con dicha función sería requerida [según el Tribunal Constitucional] principalmente para el tratamiento de nuevos riesgos generados a través del desarrollo de tecnologías de la información modernas.²² Toda vez que ni la garantía de confidencialidad de las comunicaciones según el Art. 1 párrafo 1 GG o de la inviolabilidad del domicilio según el Art. 13 párrafo 1 GG, ni el derecho a la autodeterminación informativa “toman lo suficientemente en cuenta” esa recientemente surgida necesidad de protección, sería entonces necesario reconocer una nueva dimensión de protección, esto es, a través del derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos.²³

Justamente esa susposición del Tribunal Constitucional Federal es la que suscita ciertas dudas.²⁴ El derecho a la autodeterminación informativa en su redacción original protege la facultad de disposición sobre los propios datos, incluyendo la protección frente a la recolección de datos específica. Sin embargo, si ésta recolección específica de datos requiere de una justificación particular, entonces con mayor razón lo requiere, por ejemplo, el registro efectuado vía electrónica. La recolección de datos personales es ya en sí misma una intervención en el derecho a la autodeterminación informativa.²⁵ Por ésta razón no existía, ni existe un “vacío de protección”.²⁶ Ya en el pasado la incautación de un teléfono móvil, con la finalidad de investigar la información sobre los contactos, había sido entendida por el mismo Tribunal Constitucional Federal como una intervención en derecho a la autodeterminación informativa.²⁷ En el pasado el Tribunal Constitucional Federal también llegaba a resultados adecuados sin

²² BVerfGE 120, 274 (302 y s.); véase también *Bäcker*, en éste tomo, II 2.

²³ BVerfGE 120, 274 (306 y ss.).

²⁴ Acertado *Britz*, DÖV 2008, 411 (413); *Eifert*, NVwZ 2008, pp. 521 y ss.

²⁵ Así *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

²⁶ En otro sentido, aunque poco convincente *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1018).

²⁷ BVerfGE 115, 166 y ss.

el “derecho fundamental informático” en los casos en los que ahora éste debería ser aplicado.²⁸

El derecho fundamental a la propiedad privada consagrado en el Art. 14 párrafo 1 GG pasó totalmente desapercibido en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Aún cuando se hizo referencia a los daños ocasionados al computador por el acceso en línea,²⁹ la posibilidad de una injerencia en el Art. 14 párrafo 1 GG no fue objeto de controversia. Que el Tribunal Constitucional Federal no haya mencionado este derecho fundamental podría justificarse a la luz de un entendimiento de la Constitución, según el cual a determinados ámbitos de vida les corresponde determinados derechos fundamentales. Piénsese en “ámbitos de garantía”,³⁰ en los cuales, a diferencia de la técnica de subsunción clásica, se realiza una clasificación por temas esenciales. Aquello que no encaje en el modelo ya dispuesto, simplemente no es considerado. Toda vez que el asunto esencial en el registro de datos en línea no está referido a una cuestión sobre la propiedad privada, los daños materiales son al parecer únicamente un sub-problema de la intervención en el “derecho fundamental informático”.

Sin embargo, restringir el Art. 14 párrafo 1 GG a una protección netamente patrimonial constituye una reducción inadmisibles del derecho fundamental. Los bienes no son “importantes” únicamente en razón de su valor patrimonial, se les puede atribuir otro tipo de funciones primarias. Es posible hablar, por ejemplo, de un interés afectivo particular sobre los bienes, éstos pueden tener un significado específico para el desarrollo de una actividad profesional,³¹ o pueden dar incluso información sobre rasgos de la personalidad. Las razones por las cuales en éste caso los bienes no deban incluirse dentro del ámbito de protección del Art. 14 párrafo 1 GG no es clara. La garantía constitucional de la propiedad privada se extiende mas

²⁸ Por ello sorprende que el Tribunal Constitucional Federal haya dejado de lado ésta decisión en su argumentación. Con razón crítico *Lepsius* (Pp. 4), S. 31 y s.

²⁹ BVerfGE 120, 274 (325).

³⁰ Cfr. También *Lepsius* (Pp. 4), S. 43 y s.

³¹ Puede pensarse por ejemplo en una compilación de normas por Schönfelder o por Sartorius de un pasante de abogado, que durante la preparación para su examen de Estado escriba en él ciertas referencias permitidas. Ésta compilación tiene mucho más valor que los 30 ó 40 euros que se exijan en una librería para obtener un nuevo ejemplar.

allá del valor patrimonial de los bienes hasta la relevancia que ellos tengan para la personalidad.

El supuesto vacío de protección es, según la Garantía ya existente, más bien una creación artificial del Tribunal Constitucional siguiendo el lema: “Es mejor inventar algo nuevo, que desarrollar lo ya existente”. En éste punto la sentencia es algo obstinada con la innovación.³²

Precisión normativa a través del “derecho fundamental informático”

No obstante lo mencionado anteriormente, aquí no se pretende defender la tesis, según la cual lo desarrollado en la sentencia en relación con el problema del registro de datos en línea era innecesario. En un segundo plano, el de los requisitos de la justificación para la intervención correspondiente, eran necesarias algunas aclaraciones para la posterior actividad legislativa, ante todo relacionadas con asuntos como la reserva judicial, requerimientos de concreción y justificación de una injerencia en los casos de previsión de peligro.³³ En vista de la permanente corrección efectuada por el Tribunal Constitucional Federal³⁴ a las leyes sobre seguridad fundamental tales aclaraciones eran convenientes. Aquí se encuentra el mayor mérito de la sentencia. Sin embargo, para ello no habría sido necesario inventarse una nueva garantía fundamental.³⁵

Otros puntos críticos de la sentencia

¿Un “derecho fundamental nuevo”?

Más de inclinación teórica, pero no por ello menos interesante, es la pregunta si el “derecho a la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos” es un “derecho fundamental” propiamente dicho.³⁶ Un “derecho fundamental” según la concepción de la GG es en primer lugar, un derecho subjetivo público consagrado en

³² Véase también la crítica aguda de *Britz*, DÖV 2008, 411 (413): El Tribunal Constitucional Federal de manera maliciosa le habría cortado las alas al derecho a la autodeterminación informativa con la finalidad de negarle con posterioridad la altura de vuelo necesaria y así poder afirmar la necesidad de un nuevo derecho fundamental.

³³ Sobre el punto *Hornung*, CR 2008, 299 (304).

³⁴ Véase más detallado *Kutscha*, NJW 2008, pp. 1042 y ss.

³⁵ Igualmente el informe de *Hornung*, CR 2008, pp. 299 y ss.

³⁶ En contra *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014): Según éste autor se trata simplemente de una manifestación del derecho fundamental a la protección de la personalidad.

la primera parte de la Ley Fundamental.³⁷ La pregunta, sobre designar o no como derechos fundamentales aquellas derivaciones innominadas en el ámbito de los Art. 2 párrafo 1 y Art. 1 párrafo 1 GG, ha sido entre tanto degradada a una cuestión de gusto. Según el Art. 1 párrafo 3 GG los “derechos fundamentales” que le siguen vinculan las tres ramas del poder público. De ésto no depende, sin embargo, si el “derecho a la autodeterminación informativa” o el “derecho fundamental informático” son en sí mismos derechos fundamentales, o manifestaciones del derecho general de la personalidad. Adicionalmente conforme a lo establecido en el Art. 20 párrafo 3 GG existe una vinculación de todo el poder estatal a la Constitución y no solamente a los allí denominados derechos fundamentales.

El “acápito de derechos fundamentales”³⁸ tiene también un significado limitado en consideración al Art. 93 párrafo 1 numeral 4a GG por razones similares. Si una persona alega la vulneración del derecho general de la personalidad y en particular de la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos, o sí igualmente se remite al correspondiente “derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos” no juega un papel especial en la práctica del recurso de queja constitucional. En el marco de la fundamentación exigida (Parágrafos 23 párrafo 1 frase 2 y 90 párrafo 2 BVerfGG) los recurrentes tienden en todo caso a invocar en exceso los posibles derechos fundamentales vulnerados.

Por lo que respecta a la estructura, el “derecho fundamental informático” tiene la de un derecho fundamental. Existe un ámbito definido de protección y requisitos determinados para la procedencia de una intervención en el derecho.³⁹ Aquí podría discutirse si aún se trata de la interpretación o de la creación de una norma. La diferencia es, sin embargo, difícil de establecer con claridad. Tal diferencia podría determinarse correctamente sólo a través de una especie de *judicial self-restrain*, incluso desde el punto de vista terminológico. Por esta razón este tema, es decir, si se le otorga a los propios productos del conocimiento el título de “derecho fundamental”, y así se anima a complementar el texto constitucional escrito con una quasi

³⁷ Cfr. En lugar de otros *Manssen* (Pp. 13), nm. 18.

³⁸ Cfr. *T. Böckenförde*, JZ 2008, 925 (927).

³⁹ Acertado *T. Böckenförde*, JZ 2008, 925 (927 m. Pp. 25).

Constitución paralela, o si por el contrario se es modesto y se dice: “Precisamos lo que está concebido en la Constitución y se trata de derivaciones particulares del derecho general de la personalidad”, es una cuestión de estilo. En el fondo no se cambian aspectos sustanciales.

No obstante, el estado de la discusión es en general algo extraño: La Constitución concibe la noción de “derecho fundamental” como una noción jurídica y lo vincula a determinadas consecuencias jurídicas, el Tribunal Constitucional federal habla de un “derecho fundamental”⁴⁰, el ponente de la sentencia, dice que no habría sido concebido un nuevo derecho fundamental,⁴¹ pero en últimas la clasificación es igual. Al gremio de los constitucionalistas y del Tribunal Constitucional Federal con su, en parte, identidad personal cabría preguntárseles, si tal vez no han perdido un poco el contacto real imprescindible con la Constitución escrita.

Protección constitucional orientada al objeto

A través de los derechos fundamentales consagrados en la GG se garantizan diversos comportamientos como la libertad de expresión o la libertad de reunión. La protección de la personalidad en sentido amplio, que se busca a través derechos fundamentales, a veces es asegurada también en forma indirecta con la tutela especial de algunos objetos de derecho. Esto puede notarse particularmente en las garantías a la propiedad privada del Art. 14 párrafo 1 GG y a la inviolabilidad del domicilio dispuesta en el Art. 13 GG.

El derecho a la autodeterminación informativa, como una creación temprana de un nuevo derecho fundamental, posee una relación fuerte con el individuo. Éste derecho garantiza la facultad de disposición sobre los datos propios, es decir, la voluntad de decidir sobre su divulgación y procesamiento. En su estructura se asemeja a la concepción original del derecho general de la personalidad. Cada quien debe decidir por sí mismo sobre su imagen en público o sobre la divulgación de las relaciones existentes en un plano privado.

Con la aparición del derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos se suscitó una curiosa

⁴⁰ Véase BVerfGE 120, 274 LS 1.

⁴¹ *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014).

cosificación del ámbito de protección del derecho general de la personalidad.⁴² En éste caso ya no se trata de la protección de decisiones fundamentalmente personales, sino, de la protección de expectativas sobre un objeto, que nadie vea los datos que se encuentran en una sistema técnico informático, o que los objetos que se utilizan de alguna manera para el procesamiento de datos no sean manipulados.

Ahora bien, no todo elemento con contenidos electrónicos es relevante para la personalidad y por ello tampoco es objeto de tutela a través de normas de derecho fundamental.⁴³ Por consiguiente, es necesario efectuar una tipificación de los dispositivos a los cuales deba arrogarseles una protección especial de la confidencialidad en razón a su relación con la personalidad. Determinantes para tal clasificación son la posibilidades que tengan de guardar y procesar información.⁴⁴ El Tribunal Constitucional Federal nombra como ejemplos de los dispositivos, que según la nueva jurisprudencia no deben ser categorizados como sistemas técnicos informáticos, los dispositivos de control no integrados pertenecientes a la técnica doméstica,⁴⁵ teléfonos móviles simples o agendas electrónicas que no cuenten con una “gran capacidad”.⁴⁶

Estos fragmentos en el fallo parecen ser particularmente atacables y además superfluos. Primero, el Tribunal Constitucional Federal plantea un problema de limitación que no puede ser resuelto. ¿Cuántas funciones debe tener un teléfono móvil para que sea considerado como un “sistema técnico informático”? ¿Es suficiente la función de repetición de llamada, requiere de un directorio complementario, de un administrador de documentos, ó continúan siendo muy po-

⁴² En el mismo sentido *Hornung*, CR 2008, 299 (302). Véase también la crítica de *Lepsius* (Pp. 4), p. 36 y s., sin embargo su tesis, según la cuál no se trata de la protección de ámbitos de libertad subjetivos, sino de la creación de una posición procesal con la cuál los ciudadanos se convierten en custodios del interés general, es un poco exagerada. Es evidente que los sistemas de tecnología de la información tienen un vínculo estrecho con la personalidad. Críticas acertadas a los razonamientos de *Lepsius* pueden encontrarse en *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014 m. Pp. 62)

⁴³ Puede pensarse solamente en la pregunta analizada por la jurisprudencia sobre si un zapato deportivo podía considerarse como un componente electrónico en el sentido de la Ley sobre sistemas eléctricos y electrónico, Ver BayVGH, GewArch 2008, 92 f.

⁴⁴ Cfr. Al respecto *Hornung*, CR 2008, 299 (302), quien llega a la misma conclusión utilizando una terminología diferente. De cualquier modo – según la opinión justa de *Hornung* – el contenido de los datos no es relevante.

⁴⁵ BVerfGE 120, 274 (313).

⁴⁶ BVerfGE 120, 274 (314). Otros intentos de limitar el concepto en *Hornung*, CR 2008, 299 (302).

cas funciones? ¿Función SMS? ¿Bluetooth? ¿Cámara y reproductor MP3? Quizas se produzca en el sector de los mercados electrónicos, de cualquier manera ya agresivos, un nuevo tipo de publicidad-broma para promocionar nuevos teléfonos móviles, como la que sigue: “Odiarnos husmear! Sistemas técnicos de información según el Tribunal Constitucional Federal! Protección intensificada contra espionaje!”

Lo anterior es igualmente válido para las agendas electrónicas. Una agenda electrónica ofrece, como casi ningún otro elemento, una idea de la personalidad, sin importar si es electrónica o escrita manualmente. La razón por la cuál una agenda electrónica deba contar con una capacidad alta para que sea tratada como un caso de protección del nuevo derecho fundamental, resulta incomprensible. Indefectiblemente surge la pregunta sobre el por qué un diario llevado en un computador debe ser tratado, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de forma diferente a un diario común en papel. De ninguna manera se trata en este caso de una dimensión totalmente nueva de la injerencia en el derecho fundamental a través del acceso a sistemas técnicos informáticos, como lo intenta describir el Tribunal Constitucional Federal.⁴⁷ Los datos que hoy en día se encuentran almacenados en un telefono móvil, existían también antes en formato escrito. El porno que algunos bajan de internet, podía conseguirse antes en los quioscos de revistas. La tarjeta postal de entonces es el MMS de hoy. Naturalmente con la utilización de sistemas técnicos informáticos se originan datos adicionales, huellas que deja tras sí el usuario generadas por el mismo sistema y que antes no se producían o que eran verificables en menor medida.⁴⁸ Asumir que se trata de una dimensión completamente nueva, para la cual fuera necesario un derecho fundamental totalmente nuevo es; sin embargo, algo exagerado, pues los peligros que se originan con las posibilidades de combinación de información diversa a través del procesamiento de datos ya son “abarcados” por el derecho a la autodeterminación informativa.

Finalmente, al lector de la sentencia le aterrorizan los intentos de Analogía y las implicaciones que el fallo puede acarrear; similares

⁴⁷ Ver BVerfGE 120, 274 (308 ff.).

⁴⁸ Ver *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1016).

a los del derecho fundamental a la movilidad, a la protección ambiental, al disfrute de la naturaleza y otros objetos que ya han sido declarados como nuevos derechos fundamentales.⁴⁹ Una pregunta que bien podría hacerse es si el cubo de la basura también debería ser objeto de una protección especial de la confidencialidad e integridad. Hace unos pocos años se dió a conocer que algunos periodistas habrían registrado la basura de un famoso presentador de televisión (Thomas Gottschalk). Con tal acción habrían constatado que consumía principalmente alimentos preparados. Así llegaron a la conclusión de que probablemente existía una crisis en el matrimonio de la estrella de televisión, puesto que era evidente que su esposa no cocinaba mas para él. Éste es también un caso totalmente nuevo de peligro para la personalidad, toda vez que los productos alimenticios preparados como se encuentran hoy en el mercado, no existían antes. Adicionalmente es incuestionable que los residuos, destinados por alguien a su eliminación como basura, facilitan innagotables posibilidades para indagar hasta la más absoluta esfera íntima de la personalidad.

Tentativa de conclusión

En el fallo referente al derecho fundamental informático el Tribunal Constitucional Federal adoptó posturas importantes para un posterior desarrollo jurídico. En efecto, el significado de las tecnologías de la información debía ser trazado en algún momento; de la misma forma en la que el Tribunal Constitucional Federal ya había descrito a través de sus decisiones casi todos los avances sociales preponderantes – aunque también con considerables desfases cronológicos –. Además tanto el legislador federal, como los de los Estados federados requieren de orientación para estipular los requisitos materiales y formales de los registros de información en línea.

Sin embargo, no todo fue bien logrado por el Tribunal. Las garantías de derechos fundamentales ya existentes habrían podido ser desarrolladas con posterioridad en virtud del “modelo de actualización”. No era imprescindible que algo nuevo fuera “inventado”, el derecho a la autodeterminación informativa todavía no había sido lo suficientemente desarrollado como para ser eliminado, en gran medida,

⁴⁹ Véase bibliografía arriba Pp. 6 y ss.

de la discusión. Adicionalmente la sentencia es técnica en exceso. Aún cuando el Tribunal Constitucional Federal le concedió a los expertos un amplio espacio en la fundamentación de la sentencia, es claro que: Dificilmente hay algo que cambie más rápidamente que la tecnología de la información. Pronto algunos apartes del fallo serán insuficientes para los avances tecnológicos.

Desafortunadamente el Tribunal Constitucional Federal tampoco se apegó a un principio fundamental que se ha cristalizado desde hace mucho tiempo en la discusión referente a los “nuevos medios”: Aquello que es inconstitucional fuera de línea no puede ser permitido en línea,⁵⁰ tampoco al Estado. Por consiguiente no se requieren regulaciones especiales para la intromisión electrónica, sino normas encaminadas a la protección del derecho general de la personalidad, las cuales se apliquen independientemente del modo de intervención en el derecho.

⁵⁰ Cfr. Al respecto también *Mairgünther*, Die Regulierung von Inhalten in den Diensten des Internet. Eine juristische Besprechung rechtlicher und technischer Möglichkeiten und Grenzen, 2003.