
LORENZO COTINO HUESO (*Coord.*)
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia,
Coordinador de Derecho TICs,
Red de Especialistas de Derecho de las Tecnologías
de la Información y Comunicación, www.derechotics.com

LIBERTADES, DEMOCRACIA Y GOBIERNO ELECTRÓNICOS

CAPÍTULO X
LIBERTAD DE INFORMACIÓN DE LOS CIUDADANOS
CONTRA LAS AUTORIDADES ALEMANAS
por Martin Ibler *

1. LA SITUACION ACTUAL

En comparación con otros Estados dentro y fuera de Europa, Alemania garantiza a sus ciudadanos menos pretensiones jurídicas de información frente a las autoridades estatales.

1.1. Derecho constitucional federal

La Constitución federal alemana de 1949 (la Ley Fundamental) garantiza en el artículo 5 (párrafo 1 frase 1) a todos los ciudadanos el derecho fundamental a la libertad de información. De acuerdo con esto, cada persona tiene el derecho «de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos».

No se garantiza entonces la libertad, de informarse de todas las fuentes posibles, sino sólo de «las fuentes de acceso general»¹. Según la interpretación decisiva del Tribunal Constitucional Federal una fuente de información de «ac-

* El presente trabajo constituye la versión revisada y aumentada de las conclusiones expuestas por el autor el 3 de noviembre de 2004 en Valencia, en el I Congreso Derecho TICs. El estilo de la conferencia fue conservado. El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación «La protección de consumidores y usuarios ante las tecnologías de la información y comunicación y los servicios electrónicos», Generalitat Valenciana (GV05/241), del cual forma parte su autor.

¹ Christian STARCK, en v. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4.ª ed. 1999, Tomo 1, Art. 5 número marginal 44.

ceso general», es sólo aquella que «técnicamente es apropiada y destinada, a proporcionar informaciones a la generalidad»². Si una información no es destinada a ser de acceso general, la obtención de la información no es protegida por el derecho fundamental de la libertad de información³. Sobre la accesibilidad y sobre la forma en que la información es dada a conocer decide, quien tenga según el ordenamiento jurídico el derecho correspondiente de disposición de la información⁴. La información que se encuentre en disposición de una fuente estatal, es según esto sólo de acceso general, cuando la instancia estatal competente ha autorizado dar esa información a la generalidad. Esto es por ejemplo contestado afirmativamente, en casos de archivos de acceso público y en casos de registros públicos. Esto es también contestado afirmativamente en informaciones que son puestas a disposición para todos por parte de una autoridad en Internet, por ejemplo en el *Home Page* de una autoridad. Actualmente en Alemania muchas autoridades informan en Internet sobre sus funciones y facultades. Tales informaciones pueden también ser utilizadas y guardadas⁵. Con frecuencia las autoridades ponen en la red por ejemplo formularios para descargar; a veces también para rellenar en la pantalla y enviar por E-Mail.

La restricción que se deriva de la limitación del derecho fundamental, a las fuentes de acceso general, se puede ver clara especialmente, cuando un ciudadano desea una información de una autoridad estatal, la cual se encuentra sólo en las actas de las autoridades. Según la opinión tradicional en Alemania y según la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal así como de los tribunales administrativos, civiles y penales⁶, los expedientes administrativos no son de «acceso general», sino en principio confidenciales⁷. No

² Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, en adelante BVerfG), en Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional Federal (en adelante BVerfGE), tomo 27, pags. 71 (83); tomo 33, pags. 52 (65); tomo 90, pags. 27 (32); tomo 103, pags. 44 (60).

³ BVerfGE tomo 103, pags. 44 (60); cfr. también BVerfGE tomo 66, pags. 116 (137).

⁴ BVerfGE tomo 103, pags. 44 (60).

⁵ Rudolf WENDT, en v.Münch/Kunig (eds.), *Grundgesetzkommentar*, tomo 1, 5.ª ed. 2000, Art. 5 número marginal 23; Hans. D. JARASS, en: JARASS/PIEROOTH (eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7.ª ed. 2004, Art. 5 número marginal 16a.

⁶ Hans. D. JARASS, en JARASS/PIEROOTH (eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7.ª ed. 2004, Art. 5 número marginal 17 con mas demostraciones.

⁷ Véase, p.e., Bundesverwaltungsgericht ((Tribunal Contencioso-administrativo Federal, en adelante BVerwG), en: Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Contencioso-administrativo Federal (en adelante BVerwGE), tomo 47, pags. 247 (252).

sotros hablamos en Alemania del principio de la confidencialidad de los expedientes administrativos.

Por ejemplo, el Tribunal constitucional federal tuvo que decidir sobre un recurso de amparo de un científico que se quería informar de determinados expedientes de los archivos de la Central federal para la formación política (*Bundeszentrale für politische Bildung*). Esta autoridad estatal sin embargo negó la inspección documental, porque su reglamento prescribía mantener reserva de treinta años y ese plazo aún no había vencido para los expedientes que el científico quería examinar. El Tribunal constitucional rechazó el recurso de amparo, porque no había⁸, mientras se mantuviera la obligación de guardar secreto, ninguna fuente de acceso general⁹. Del mismo modo tampoco puede aquél, que anhela información de otros expedientes administrativos, apoyarse en el derecho de la libertad de información. No hay por eso, con base en el Artículo 5 párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental, ningún derecho de información contra el Estado, ni de inspección documental ni de información, tampoco sobre los nombres de un informante de las autoridades¹⁰ y tampoco a dar a conocer reglamentos administrativos¹¹.

La Ley fundamental protege también la libertad de prensa como derecho fundamental. Pero este derecho no incluye el derecho de los periodistas a acceder a los expedientes administrativos.

1.2. Derecho federal ordinario

Según el § 29 de la ley de procedimiento administrativo, la autoridad administrativa tiene que permitirle «a los participantes examinar los expedientes relativos al procedimiento en cuestión, en tanto su conocimiento sea necesario para hacer valer o defender sus intereses jurídicos». Pero esta pretensión tiene numerosos límites¹². Sólo un participante tiene la pretensión¹³. Los expedientes

⁸ BVerfG, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986), pág. 1243.

⁹ BVerfG, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986), pág. 1243.

¹⁰ BVerwG, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1983), pág. 2954.

¹¹ BVerwGE tomo 61, pags. 15 (22).

¹² BVerwGE tomo 67, pág. 304; Heinz Joachim BONK/Dieter KALLERHOFF, en Stelkens/Bonk/Sachs (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 6.ª ed. 2001, § 29 número marginal 33.

¹³ Participantes de un procedimiento administrativo no son sólo el peticionario y el oponente, sino también aquellos, a los cuales la autoridad quiere dirigir o ha dirigido un acto administrativo, y

deben ser referidos a un procedimiento administrativo del participante. La inspección documental debe ser «necesaria» para la defensa de los intereses jurídicos de ese participante. Además la pretensión termina con el cierre del procedimiento administrativo¹⁴. A parte de estos estrechos límites es no obstante hoy en día reconocido, que en la discreción de la autoridad, está también el permitir una amplia inspección de los expedientes. Se reconoce el acceso a quien puede probar un interés legítimo en la información¹⁵.

Relacionado con lo anterior algunas leyes federales especiales preven acceso a la información a quienes que gocen de un «interés legítimo»¹⁶.

Así pues se ve un principio tradicional del Derecho administrativo alemán, el cual se aparta de los principios de otros Estados dentro y fuera de Europa. En Alemania no está vigente ningún principio del libre acceso a informaciones en disposición de las autoridades, sino el principio de la confidencialidad de los expedientes administrativos. Ese principio es combatido sin embargo de manera creciente en la literatura jurídica y político-jurídica alemana, porque impide en comparación internacional la libertad de información de los ciudadanos.

De este principio de confidencialidad de los expedientes administrativos, se aparta una ley federal de la República federal alemana, la ley de información sobre el medio ambiente. Esa divergencia no se basa en una decisión del legislador alemán que hubiese abandonado su sistema actual, sino en una norma europea, la Directiva de información del medio ambiente. Motivado por esa Directiva de la comunidad europea, el legislador federal estableció en el año 1994: «Todos tienen un derecho al libre acceso a informaciones sobre el medio ambiente que se encuentren en disposición de una autoridad»¹⁷. Este derecho debe fortalecer la protección del medio ambiente, porque el ciudadano a través de sus preguntas a las autoridades advierte siempre los problemas ambientales.

aquellos, con los cuales la autoridad quiere cerrar o ha cerrado un contrato (parágrafo 13 párrafo 1 de la ley de procedimiento administrativo), así como otros a los que la autoridad ha declarado como participantes (parágrafo 13 párrafo 2 de la ley de procedimiento administrativo).

¹⁴ BVerwGE 67, 304; Heinz Joachim BONK/Dieter KALLERHOFF, en: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 6.ª ed. 2001, § 29 número marginal 33.

¹⁵ Véase p.e. Heinz Joachim BONK/Dieter KALLERHOFF, en Stelkens/Bonk/Sachs (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 6.ª ed. 2001, § 29 número marginal 18.

¹⁶ Por ejemplo parágrafo 19 de la ley federal de protección de datos, parágrafo 9 de la ley de responsabilidad ambiental, parágrafo 15 de la ley federal de protección constitucional, parágrafo 56 c de la ley marco de derecho de los funcionarios.

¹⁷ § 4 párrafo 1 frase 1 Umweltinformationsgesetz (ley de información del medio ambiente).

1.3. Proyecto de ley de libertad de información

Animado por ese derecho de información en materia de medio ambiente y por los modelos europeos y extraeuropeos, en Alemania se ha puesto en tela de juicio jurídico-político el principio tradicional de la publicidad limitada de los expedientes. Con frecuencia es indicado el «Freedom of information Act» norteamericano y el derecho de acceso a la información por ejemplo en Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Noruega, Dinamarca, Francia, los países bajos, Austria, Finlandia y Suecia¹⁸. Además Europa conoce desde el tratado de Amsterdam de 1997 un derecho de acceso a la información sobre los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión (artículo 255 del tratado de la comunidad europea)¹⁹. Este desarrollo condujo hace pocos años incluso a la presentación de un proyecto de ley federal de libertad de información. Después de los atentados al World Trade Center en New York y al Pentágono (9-11-2001), el trámite de este proyecto de ley fue detenido. Las exigencias jurídico-políticas de acuerdo a una ley de acceso a la información federal sin embargo perduran. Ellas son en la literatura jurídica frecuentemente apoyadas²⁰ pero también criticadas²¹. El 17 de diciembre de 2004 las fracciones de gobierno de los social-demócratas y los verdes presentaron un nuevo proyecto de ley de libertad de información en el Parlamento Federal, y en contra de la voluntad del gobierno federal (igualmente formado por los social-demócratas y los verdes). El gobierno federal teme que una muy amplia pretensión de información amenace entre otros la protección de datos de los ciudadanos²².

¹⁸ Bernhard WEGENER, en Callies/Ruffert (eds.), *Comentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2.ª ed. 2002, Art. 255 número marginal 2 con más demostraciones

¹⁹ Cfr. también Art. 42 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; Art. I-50 del Tratado de la Constitución europea.

²⁰ Véase p. e. el así llamado proyecto de los profesores de Friedrich SCHOCH/Michael KLOEFFER, *Informationsfreiheitsgesetz* (2002); Hans Peter BULL, en *Zeitschrift für Gesetzgebung* (2002), págs. 201 yss.; Marius RAABE/Niels HELLE-MEYER, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2004), págs. 641 y ss.

²¹ P. E. Martín IBLER, en Eberle/Ibler/Lorenz (eds.), *Festschrift für Winfried Brohm* (2002), págs.405 y ss.

²² Véase Bundestagsdrucksache (Impreso del Parlamento Federal) 15/4493 del 14-12-2004 y *Frankfurter Allgemeine Zeitung* No. 293 del 15-12-2004, pág. 4 y No. 296 del 18-12-2004, pág. 2.

1.4. Derecho de los Estados federados

Por lo menos cuatro Estados federados alemanes (Berlín, Brandenburgo, Renania del Norte-Westfalia, Schleswig-Holstein), promulgaron nuevas leyes de libertad de información²³. Las nuevas leyes de estos cuatro Estados tienen (de igual modo que el mencionado nuevo proyecto de ley federal) como modelo inmediato la ley federal de información sobre el medio ambiente²⁴. Ellas adoptaron en gran parte su texto, de igual manera simplemente suprimieron la restricción «sobre el medio ambiente» y así establecieron una pretensión amplia de información. De esta manera formula por ejemplo la ley del Estado federado Schleswig-Holstein: «Toda persona natural y jurídica de derecho privado tiene derecho a acceder a informaciones que se encuentren en poder de la Administración»²⁵. Esa nueva ley de acceso a información no exige un interés legítimo del peticionario en la información y es señalado por consiguiente como «sin requisitos». Su finalidad consiste por un lado, en fortalecer la democracia en los Estados en la esperanza de que el ciudadano en el futuro mejor informado, pueda participar en la discusión pública de forma más interesada y con más conocimiento que hasta el momento. Por otra parte, a través de ella debe ser mejorado el trabajo en la Administración, porque en el futuro el ciudadano a través de sus preguntas, las cuales deben ser respondidas por la autoridad, ayudará a controlar la Administración²⁶. Naturalmente el legislador de esas leyes de acceso a la información se dió cuenta que la revelación de una información puede también ocasionar perjuicios. Ellos previeron por este motivo excepciones, de tal manera que el derecho de información puede suprimirse, cuando los derechos de terceros o los intereses públicos deberían ser más dignos de protección. Así por ejemplo según la ley de Schleswig-Holstein una solicitud de acceso a informaciones debe ser rechazada, «en la medida que a través de la transmisión de las informaciones sea revelado un secreto empresarial o industrial y los intere-

²³ Además, Art. 21 párrafo 4 de la Constitución estatal del nuevo Estado federado de Brandenburgo contiene un derecho de acceso a la información moldeado como un amplio mandato constitucional («derecho al codiseño político»).

²⁴ Umweltinformationsgesetz (Ley de información del medio ambiente) del 8 de julio de 1994, Bundesgesetzblatt (Boletín oficial del Estado Federado) tomo I, pág. 1490.

²⁵ § 4 Informationsfreiheitsgesetz (ley de libertad de información) Schleswig-Holstein

²⁶ Se aspira una «Administración transparente» (así el proyecto de ley del partido socialdemócrata de una ley de libertad de información de Bavaria, Impreso del Parlamento del Estado de Baviera, 14/6034 del 14. 3. 2001).

ses dignos de protección del afectado predominen sobre el interés de revelación de la generalidad»²⁷.

2. CRÍTICA A LAS NUEVAS LEYES DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN

¿Por qué hasta el momento sólo cuatro de los dieciséis Estados federados alemanes han establecido una pretensión de información semejante y por qué hay hasta hoy dificultades con el proyecto de ley de libertad de información federal?

Por un lado, se pone en duda en Alemania que el propósito «más democracia y más control administrativo» a través del derecho de acceso a la información de las nuevas leyes pueda realmente ser alcanzado y que esta finalidad deba ser alcanzada. Nosotros tenemos en Alemania una democracia indirecta. Cualquiera no puede intervenir personalmente en cada decisión administrativa a través de interpelaciones. La participación de los ciudadanos estatales en la formación de la voluntad estatal es más bien en principio limitada a las votaciones y elecciones. Un derecho de todos al acceso de la información no sería ninguna expresión de ese principio democrático²⁸, sino que modificaría en parte la democracia indirecta. Por otra parte se pone en duda, si un control administrativo, el cual se origina a través de los «no requisitos», es decir de solicitudes arbitrarias, realmente pueda ser eficaz y beneficioso, sobre todo cuando el peticionario sólo puede obtener una respuesta pero no la modificación de las actuaciones administrativas.

A parte de estas dudas, el derecho de acceso a la información amenaza con echar por tierra el armazón básico del Derecho administrativo alemán que el legislador, los jueces y la ciencia árdamente han construido durante décadas. El nuevo derecho de acceso a la información ataca cuatro soportes del Derecho administrativo alemán: la confidencialidad de los expedientes administrativos, el sistema de protección jurídica subjetiva, el control estatal y la protección de datos.

²⁷ Cfr. § 11 párrafo 1 Informationsfreiheitsgesetz (ley de libertad de información) Schleswig-Holstein.

²⁸ Sobre esta crítica (tomando como ejemplo el derecho de información del medio ambiente) cfr. Marcel KAUFMANN, en Martin Bertschi y otros (eds.), *Demokratie und Freiheit* (1999) págs. 41 (55 y ss.).

2.1. Contradicción con el principio alemán de confidencialidad de los expedientes administrativos

Como brevemente he expuesto, en Alemania esta vigente el principio según el cual los expedientes administrativos son confidenciales. Este principio de la confidencialidad de los expedientes administrativos debe asegurar la capacidad de actuación de la Administración, evitando que el trabajo normal de la Administración sea obstaculizado. La nueva pretensión de información rompe ese principio y puede impedir el trabajo de la Administración, porque cualquiera sin una razón específica en cualquier tiempo puede exigir de la autoridad información amplia e inspección de documentos. En forma detallada no depende, en que extensión el legislador prevee excepciones al derecho de acceso a la información. Pero las excepciones justamente permanecen a pesar de todo como excepciones y deben ser como todas las excepciones interpretadas de forma estricta.

Además de un bloqueo de las actuaciones administrativas se amenaza a través de el final del carácter confidencial de los expedientes administrativos una sobrecarga también de los juzgados contencioso-administrativos, en el caso de que el peticionario este insatisfecho con una respuesta de la autoridad y por este motivo quisiera luchar su acceso a la información a través de una demanda.

Como otra consecuencia no sólo será cohibida en el futuro la capacidad de actuación de la Administración, sino que también los participantes en el trámite administrativo tendrán desventajas. Mientras que sólo los participantes pueden examinar los expedientes, que se refieran a ellos, su posición fue protegida a través del carácter confidencial de los expedientes de las autoridades públicas frente a inspecciones curiosas por parte de terceros; esta protección es suprimida en el futuro.

2.2. Contradicción con el sistema jurídico de protección subjetiva

El nuevo derecho a la libre información sin requisitos contradice otro principio del derecho alemán. En Alemania, a diferencia de España y Francia, sólo puede demandar al Estado ante los tribunales, quien posea un derecho público subjetivo. Y para ello el Estado debe haber previsto que esos intereses son dignos de protección, otorgándole un derecho público subjetivo. Esa construcción *jurídico-subjetiva* de la jurisdicción contenciosa administrativa se basa en la garantía jurisdiccional de la ley fundamental. El control judicial en Alemania no es por lo tanto ningún control general de legalidad de las autoridades adminis-

trativas. A través de la restricción de la protección judicial a los derechos públicos subjetivos del ciudadano debe ser alcanzado, que posiciones particulares de los ciudadanos, justamente «derechos públicos subjetivos» sean protegidos de forma particularmente intensiva. Con ello nuestro Estado de derecho hace realidad la *imagen humana* de la Constitución alemana, la cual le concede una importancia especial a la protección del individuo.

Por ese motivo el Derecho administrativo alemán diferencia de manera detallada entre derechos públicos subjetivos de los ciudadanos y otras posiciones, las cuales como tales no pueden ser consideradas como derechos. Ningún derecho público subjetivo como tal son los meros «intereses públicos». Derechos públicos subjetivos judicialmente protegidos son fundamentalmente sólo tales posiciones jurídicas que el legislador a través de una norma jurídica le ha asignado a una persona o a un círculo de personas para que en una determinada situación se les proteja de una forma especial. Esa especial protección favorece a la persona destinataria, mejorando su protección frente a la intervención estatal y diferenciándola de esta manera de la generalidad.

Pero la limitación de la protección judicial de los derechos subjetivos no sirve solamente el realce de la posición del particular, sino que cumple aún más una segunda finalidad: ella debe reducir también una sobrecarga de los tribunales contencioso-administrativos, porque no se debe poder demandar, cuando la autoridad actúa objetivamente de forma ilegal, sino solamente, cuando a través de ello al mismo tiempo un derecho subjetivo del demandante puede ser vulnerado.

El nuevo derecho a la información quebranta esa construcción *jurídico-subjetiva* de la protección del Derecho administrativo. El derecho a la información no está limitado a un círculo especial digno de protección. Este derecho tampoco sirve para concederle al ciudadano por si mismo una protección especial. Más bien se le garantiza el derecho a información al ciudadano, para que los intereses públicos de más democracia y más control a la Administración puedan ser realizados. El ciudadano ha devenido de esta manera en un instrumento de los intereses estatales y sociales. La posibilidad del control judicial, la cual se une con la noción del derecho público subjetivo en Alemania, en este caso establecida para proteger al ciudadano, sino para fortalecer los intereses públicos.

2.3. Contradicción con el principio del control estatal en Alemania

El derecho «sin condiciones» a la información contradice en tercer lugar un principio en vigor en Alemania, el principio del control estatal. Según este

principio la Administración es controlada por el Estado no por los ciudadanos. En Alemania es tradicional la tarea de las autoridades administrativas superiores, de velar en interés de los Estados y la generalidad, si una autoridad jerárquicamente inferior cumple debidamente con sus obligaciones.

La jerarquía en el aparato administrativo, que en esa supervisión estatal es manifestada, tiene tres buenos motivos. Primero, la jerarquía asegura la legalidad de las actuaciones de todas las autoridades públicas. Segundo, sirve para garantizar la legitimación democrática de la Administración. Tercero, también la jerarquía protege la capacidad funcional de la Administración.

La legalidad de las actuaciones de todas las autoridades públicas es conseguida, a través de que cada autoridad pública es sujeta a la ley y al derecho. La supervisión estatal de las autoridades superiores sobre las autoridades jerárquicamente inferiores asegura a través del control y en caso necesario a través de su intervención, que la sujeción a la ley sea respetada.

La supervisión estatal defiende además la legitimación democrática de la Administración. En una democracia propia de un Estado de Derecho la Administración debe ser también legítima. La Ley Fundamental enlazó para ello la separación propia de un Estado de Derecho de los poderes públicos del legislador, de la jurisdicción y de la Administración con el mandato de la democracia, con lo cual la democracia es realizada a través de que el legislador, el parlamento, sea elegido por el pueblo. En el Ejecutivo el principio democrático es realizado a través de dos caminos mediatos. Primero la Administración esta sujeta en virtud del principio de Estado de Derecho a las leyes del parlamento elegido. Segundo el gobierno es responsable como cumbre de la Administración jerárquica frente al parlamento elegido. En caso necesario la Administración puede ser considerada responsable por parte del parlamento y puede caerse a través de un voto de censura constructivo. La cumbre de la Administración puede sólo ser responsable, cuando tiene capacidad de vigilar y dirigir la completa actividad administrativa. Para ello sirve la supervisión estatal de las autoridades públicas superiores sobre las autoridades públicas inferiores. La supervisión estatal es con ello el necesario correlato de la legitimación democrática de la Administración.

La tercera función de la supervisión estatal es asegurar la capacidad de actuación de la Administración. La supervisión estatal cumple esta obligación, cuando por un lado ella vigila las autoridades públicas sometidas a inspección y por otro lado no ejerce arbitrariamente sus facultades de control e injerencia, sino de acuerdo a bases jurídicas eficaces y uniformes. Puesto que la autoridad de inspección esta sujeta al derecho y a la ley, a la prohibición del

exceso y a la prohibición de la arbitrariedad. Ella decide según su discreción conforme a las obligaciones sobre las medidas de inspección en contra de las autoridades vigiladas. Esto puede por ejemplo incluso significar que la autoridad de inspección debe hacer caso omiso de pequeñas vulneraciones legales, cuando ellas permanecen de forma aislada y sin grandes consecuencias. El motivo para ello es que la inspección siempre debe respetar que la «Verantwortungsfreude» (la alegría y la ética de la responsabilidad) y la energía de actuación de las autoridades sometidas a inspección sea mantenidas. La supervisión estatal sirve con ello no sólo el control sino también la protección de los vigilados. La función de inspección de la supervisión estatal se manifiesta además en que la autoridad de inspección debe asesorar a las autoridades inferiores, con ello los errores serán desde un comienzo prevenidos. La supervisión estatal protege la capacidad de actuación de la Administración, o sea a través de injerencia y a través de asesoramiento.

Todas las tres funciones de la supervisión estatal —el control de legalidad que cubre todas las actuaciones de las autoridades públicas, legitimación democrática de la Administración, protección de la capacidad funcional de las autoridades públicas— son perturbadas a través de las nuevas pretensiones de acceso a la información de todo hombre. El control de legalidad que cubre todas las actuaciones a través de las autoridades de inspección es impedido, cuando las preguntas que deben ser respondidas, formuladas por todo hombre a las autoridades públicas de inspección, vinculan la capacidad de trabajo de esos puestos ocupados tradicionalmente con pocos empleados. La legitimación democrática mediata, alcanzada a través de la jerarquía administrativa, es cuestionada cuando el trabajo de las autoridades públicas y su control es dirigido a través de solicitudes arbitrarias de información de *todo hombre*. De ello la cumbre de la Administración no puede asumir ninguna responsabilidad. También la capacidad de actuación de las autoridades públicas es puesta en peligro: la protección, que disfrutaban las autoridades vigiladas, porque la supervisión estatal interviene hasta el momento de acuerdo con patrones jurídicos y discrecionalidad de acuerdo a las obligaciones de forma uniforme y considerada, es vulnerada a través del arbitramento de las interpelaciones de *todo hombre*. Todo el que quiera puede controlar a su gusto a las autoridades públicas a través de interpelaciones, el puede dirigirse no sólo a la autoridad competente, sino también a su autoridad de inspección, por ejemplo con la pregunta, por qué ella permanece inactiva a pesar de la vulneración jurídica de la autoridad sometida a inspección. La amenaza de demanda en fondo eleva la presión sobre la autoridad de inspección y sus empleados, de finalmente

intervenir. La función de protección, que puede tener en algunos casos no realizar la inspección, se pierde en caso de duda.

Nosotros diferenciamos el control estatal del control de los jueces administrativos, porque los jueces administrativos en Alemania, como ya se ha indicado, se dedican en primera línea a proteger el ciudadano individualmente considerado, no a la salvaguardia de la generalidad. Por eso en Alemania no es usual, que el ciudadano controle a las autoridades administrativas. Un derecho a la información sin requisitos le da sin embargo a cada ciudadano el poder jurídico de controlar a la Administración. La idea que se encuentra detrás de esta excepción consiste en que de esta forma la Administración estaría obligada a trabajar de forma mucho más diligente. En Alemania no hay sin embargo ni un déficit democrático ni un déficit en el control a la Administración. al contrario de lo ocurre con el derecho a la información en materia medioambiental, el cual debe eliminar el «déficit en el cumplimiento de la tarea» de protección del medio ambiente.

2.4. Contradicción con la protección de datos

Además, las nuevas leyes de acceso a la libre información amenazan con dejar de lado la protección de datos que está regulada en Alemania en la Constitución y en el derecho ordinario, en especial en las leyes de protección de datos de la federación y de los Estados federados.

La protección de datos en Alemania se basa hoy en día en la famosa *sentencia del censo poblacional* dictada por el Tribunal Constitucional Federal en 1983²⁹, la cual ha desarrollado el derecho a la autodeterminación informativa. El derecho a la autodeterminación informativa protege a las personas en contra de que sus datos personales, esto es toda exposición de hechos como quiera que a él conciernen, sean instruidos, guardados y reutilizados de forma ilimitada. Mejor dicho el particular debe poder determinar, quién, qué y cuándo sobre él se sabe. Sus datos deben ser recolectados por consiguiente sólo de forma excepcional, es decir sólo para cumplir con finalidades expresamente establecidas en la ley. Cuando los datos lícitamente fueron recolectados para satisfacer un determinado propósito legal, ellos pueden ser usados también sólo para ese fin específico.

²⁹ BVerfGE tomo 65, págs 1 y ss.

Esa protección es reducida por la nueva ley de acceso a la información, y a saber por tres motivos:

1. Esto se debe a que según las nuevas leyes, la autoridad a la cual se le solicita la información, debe concederla en el caso concreto, aún cuando a través de esto datos de terceros sean revelados, así por ejemplo cuando el interés manifiesto de la generalidad es más fuerte o igual de fuerte que el interés de guardar secreto de los propietarios de una empresa y un negocio afectados³⁰. Por consiguiente la protección de datos es a partir de ahora «ponderable», ella es sólo un mero interés de ponderación y con ello fácilmente susceptible de ser derrotado³¹.
2. Además es eliminado el juicio de adecuación de los datos almacenados: según el cual los datos personales, que se encuentran a disposición de las autoridades administrativas, y que fueron recolectados por las autoridades para el cumplimiento de las finalidades administrativas establecidas detalladamente en la ley, pueden en principio ser utilizados sólo para esos fines concretos. Un derecho a la libertad de información «sin requisitos» puede suprimir sin embargo ese juicio de adecuación mandado precisamente por la Constitución, porque cualquiera sin ninguna vinculación finalista puede tener acceso a esos datos.
3. Finalmente las nuevas leyes de acceso a la información cambian la posición de los delegados de la protección de datos en perjuicio de la protección de datos. Según las nuevas leyes una persona, que cree que su petición de información será equivocadamente rechazada o no será respetada o la respuesta de la autoridad pública no es suficiente, (salvo en los casos de demanda ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo) puede aún acudir a los delegados de la federación o de los Estados federados para la protección de datos³². Él debe objetar el comportamiento de la autoridad que negó la información. Los delegados de la protección de datos devienen de esta manera en autoridades conciliadoras de disputas, las cuales deciden sobre la revelación de la informa-

³⁰ Cfr. p. e. § 11 párrafo 1 y § 12 párrafo 1 Nr. 4 Informationsfreiheitsgesetz (ley de libertad de información) Schleswig-Holstein.

³¹ Además ella debe imponerse ahora frente a tan extremadamente importantes intereses públicos como democracia y la controlabilidad de la Administración.

³² Cfr. § 16 Informationsfreiheitsgesetz (ley de libertad de información) Schleswig-Holstein.

ción anhelada. La función actual de los delegados de protección de datos de proteger el derecho de libre determinación informática es minada. El deviene de un órgano de protección y control en un (co) juez sobre la revelación de la información³³. Eso debilita la protección de datos.

3. PERSPECTIVA

Mientras que se presentó el 14 de diciembre de 2004 un nuevo proyecto de ley de libertad de información en el Parlamento, las fracciones de los socialdemócratas y los verdes, que gobiernan en la federación, provocaron de nuevo un litigio sobre una pretensión de libertad de información sin requisitos en Alemania y, a decir verdad, en contra de las voluntades del gobierno federal. Esto retrasará probablemente el trámite legislativo. Tengo curiosidad por saber cuánto tiempo Alemania logrará defender sus tradiciones nacionales en el Derecho administrativo contra las exigencias modernas de más libertad de información.

³³ Cfr. p. e. §§ 23, 24, 26 Datenschutzgesetz (ley de protección de datos) de Sajonia.