

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Paloma Biglino Campos
Bartolomé Clavero
Elías Díaz
Carmen Iglesias
Santos Juliá
Francisco J. Laporta
Benigno Pendás García
Francisco Rubio Llorente
Ángel Sánchez Navarro
Joan Subirats Humet
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
María Isabel Wences Simon

Loreto Corredoira y Alfonso
Lorenzo Cotino Hueso (dirs.)
.....

Libertad de expresión e información en Internet

Amenazas y protección de los derechos personales

Ignacio BEL MALLÉN	Ramón María ORZA LINARES
Cristina BLASI CASAGRAN	Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ
Leyre BURGUERA AMEAVE	Joan Ramon RODRIGUEZ-AMAT
Rosa CERNADA BADÍA	Myriam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO
Ángel COBACHO LÓPEZ	SERRANO
Loreto CORREDOIRA Y ALFONSO	Göran ROLLNERT LIERN
Lorenzo COTINO HUESO	Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO
M. ^a Pilar COUSIDO GONZÁLEZ	FERNÁNDEZ DE LA RIVA
Álvaro ECHEVERRI URUBURU	Raffael SÄNGER
Roberto Luis FERRER SERRANO	Katharine SARIKAKIS
Sarah GANTER	Isabel SERRANO MAÍLLO
Luis GARCÍA SEGURA	Pere SIMÓN CASTELLANO
Martin IBLER	Daríá TERRÁDEZ SALOM
Óscar JARAMILLO	María Concepción TORRES DÍAZ
Gemma MINERO ALEJANDRE	Dimitris TSAPOGAS
Arancha MORETÓN TOQUERO	

|| CENTRO DE || ESTUDIOS || POLÍTICOS Y || CONSTITUCIONALES ||

MADRID, 2013

Catálogo general de publicaciones oficiales:

<http://www.publicacionesoficiales.boe.es/>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2013:

© LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO
LORENZO COTINO HUESO (dirs.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter: @cepcgob

NIPO: 005-13-028-9
ISBN: 978-84-259-1561-1
Depósito Legal: M. 13719-2013

Realización: Imprenta ROAL
Gamonal, 5 - 28031 Madrid

Impreso en España - Printed in Spain

Impreso en papel reciclado



■ Índice

	<i>Págs.</i>
Relación de autores.....	XVII
Presentación	XIX
<i>por LORETO CORREDOIRA Y LORENZO COTINO.</i>	

I. DERECHO DE ACCESO A INTERNET, CÓMO SE HACE Y EL CONTROL POR LA CIUDADANÍA DE LA RED

El derecho de acceso a Internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica	3
<i>por MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ.</i>	
I. Introducción	3
II. El derecho de acceso como derecho fundamental	4
1. ANÁLISIS SISTEMÁTICO	4
2. ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO/DERECHO DE IGUALDAD	9
III. El derecho de acceso en el ámbito internacional y estatutario	11
IV. El derecho de acceso a tenor de la futura Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno ..	17
V. Consideraciones finales	18
El tránsito de las redes sociales hacia un nuevo concepto aterritorial de los Estados («netstates»)	23
<i>por ROBERTO LUIS FERRER SERRANO.</i>	
I. Introducción	23
II. Ciberespacio y regulación	27
III. Gestión administrativa y participación política	30

chos oficiales, Wikileaks entró a llenar el vacío de criticidad dejada por aquellos, garantizando de manera efectiva el derecho de todas las personas a ser informados sobre los asuntos de interés público universal. En este sentido, *Wikileaks* se inscribe en las condiciones de la globalidad en la que vivimos. Recuérdese a este propósito que dicho portal había denunciado de tiempo atrás que los reactores atómicos de Japón, y en particular los de Fukushima, no estaban en capacidad de resistir el impacto de un terremoto de más de 7 grados de intensidad. El Gobierno Japonés, sin embargo, desatendió la oportuna advertencia. *Wikileaks* ha logrado, por tanto, una verdadera revolución cultural que tiene como principio el deber de proteger a sus fuentes y hacer público lo que debe ser público, de acuerdo al ideal de un auténtico gobierno democrático: «poder público que se ejerce en público». Una revolución sin duda a favor de los ciudadanos que, en un régimen democrático, tienen el derecho a saber lo que hacen los gobiernos y en virtud de la cual, además, estos saben que ya no podrán fácilmente ocultar aquello que han hecho y que no les era permitido hacer.

■ ¿Existe un derecho fundamental a obtener información de archivos informáticos del Gobierno Federal?

MARTIN IBLER¹

Catedrático de Derecho Público, Universidad de Constanza

I. Planteamiento de la cuestión a partir de un supuesto real y del alcance del derecho fundamental a «informarse sin impedimentos en las fuentes de acceso general» en Alemania

En abril del 2008, unos meses antes de que el Banco «Lehman Brothers» quebrase; esto es, al principio de la actual crisis financiera, la Canciller alemana Angela Merkel le ofreció al jefe del *Deutsche Bank* una cena con motivo de su cumpleaños. Éste vino acompañado por treinta amigos. Hoy en día muchos piensan, que la causa desencadenante de la crisis financiera es el entrelazamiento que existe entre la economía y la política y, en especial, la cercanía de los bancos con el gobierno². Debido a ello un ciudadano solicitó a la oficina de la Cancillería Alemana la vista de todos los documentos y archivos informáticos que tuviesen que ver con esta cena, esto es: la tarjeta de invitación, la lista oficial de invitados, el menú, el borrador del discurso y la agenda de la Canciller con todas sus citas dentro del marco

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto MINECO «Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos» (DER2012-37844) así como, previamente, en el Proyecto MICNIN, «Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites» (DER2009-14519-C05-01/JURI). Este texto, revisado, trae causa de la ponencia presentada en el Coloquio Coloquio internacional Hispano-alemán-colombiano «Medios de comunicación y libertades informativas en el siglo XXI», celebrado en Valencia, 7, 8 y 9 de julio 2011, Facultad de Derecho de Valencia.

² Compárese, por ejemplo, Nico FRIED, *G'schmäckle statt Geschmack*, Süddeutsche Zeitung Nro. 82 del 8. 4. 2011, p. 5.

de los dos meses anteriores y los dos meses posteriores a la cena; remitiéndose para ello a la Ley de Libertad de Información³, vigente desde el año 2006.

Desde que existe esta ley, las peticiones de información a los organismos públicos aumentaron en forma rotunda. Por lo demás, dicha ley repercutió también en el estudio de la carrera de Derecho. Así, hace poco los candidatos al examen de Estado (este examen es un requisito para el reconocimiento oficial de la profesión de abogado) debieron responder a la pregunta de si cualquier persona, tiene derecho a solicitar la vista de los archivos informáticos que contienen el plan de servicios del chofer de un Ministro federal. La razón por la cual eligieron este tema, fue el escándalo que se produjo cuando una Ministra federal, hizo que su chofer la llevara durante sus vacaciones, en su coche oficial a España.

Conforme al art. 1, inc. 1, oración 1.º de la Ley de Libertad de Información, toda persona posee el derecho ante las autoridades nacionales, de acceder a las informaciones oficiales.

Según la segunda oración los demás órganos e instituciones federales también se encuentran obligados, en tanto y en cuanto asuman tareas administrativas de derecho público. El art. 2 nr. 1 de la ley define al término «información oficial», como todo registro tendiente a servir una causa oficial, independientemente de la forma de su almacenamiento. En su art. 3.º la ley menciona algunas excepciones en las cuales se excluye el derecho a la información; por ejemplo, cuando el conocimiento de una información pueda causar efectos negativos para la seguridad interna y externa, o cuando pueda poner en peligro la seguridad pública.

En el caso de la invitación del cumpleaños por la Canciller alemana, la demanda fue aceptada sólo parcialmente por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín⁴. Así si bien se juzgó, entre otras cosas, al Estado Federal Alemán a otorgar los detalles de la lista de invitados; se rechazó la petición correspondiente a la vista de la agenda de la Canciller. El actor interpuso en el ínterin recurso de apelación contra esta sentencia.

En el supuesto de que tanto la apelación ante el Tribunal Superior en lo Contencioso-Administrativo, como la posible Revisión ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo también fuesen recha-

³ Del 5. 9. 2005, *Boletín oficial de La República Federal de Alemania*, tomo I, en adelante *BGBl.* I, p. 2722.

⁴ Sentencia del 7. 4. 2011 –VG 2 K 39.10– juris.

zadas, el demandante se preguntará, si puede interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. Cabe aclarar que en Alemania, un recurso de amparo es posible, cuando las vías judiciales ante los tribunales ordinarios (administrativos, penales, civiles, etc.) se han agotado sin éxito. Por lo demás, se debe poder denunciar una violación de uno de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental. Pues bien, entre uno de los derechos fundamentales mencionados en el catálogo existente al principio de la Ley Fundamental, se encuentra el derecho de informarse sin impedimentos en las fuentes de acceso general o público (art. 5, inc. 1, oración 1 LF)⁵. Ahora bien, para resolver si el rechazo a la vista de los documentos y de los datos solicitados; y las correspondientes sentencias judiciales que lo avalan, conforman una violación a dicho derecho fundamental, resulta necesario aclarar tres cuestiones:

- 1.ª Si aquí se está en presencia de una de las «fuentes», en el sentido del art. 5, inc.1, oración 1 de la LF.
- 2.ª Si dicha fuente es de «acceso general», conforme al art. 5, inc.1, oración 1 de la LF.
- 3.ª Si lo que aquí se pretende es «informarse» de una de esas fuentes.

Cabe adelantar que la cuestión esencial para el supuesto planteado y análogo se centra en la segunda cuestión.

En este punto, y por cuanto a la cabe efectuar una delimitación de «fuente» en el sentido del art. 5 inc. 1, oración 1 LF. Se entiende como «fuente» en el sentido del derecho de libertad de información, a cualquier portador de información⁶ y al objeto mismo de la información⁷, ya sea que se traten de personas, cosas o acontecimientos⁸. Asimismo carece de importancia cuál es el contenido de la información⁹ (puede ser, la comunicación de un hecho o una opinión, o tratarse de un asunto privado o público). En este caso la fuente de información de

⁵ «Toda persona tiene el derecho ... de informarse sin trabas en fuentes de acceso general.»

⁶ Compárese Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, *Amliche Entscheidungs-sammlung* (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional Federal, en adelante *BVerfGE*) tomo 103, pp. 44, 60.

⁷ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*, 28. Edición. 2012, número marginal (en adelante nro. marg.) 606.

⁸ JARASS/PIEROOTH, *Ley Fundamental* (en adelante LF), 12. Edición. 2012, art. 5 nro. marg. 15.

⁹ *BVerfGE* tomo 90, pp. 27, 32.

la tarjeta de invitación, la lista de invitados, el menú, el borrador del discurso y la agenda de la Canciller podría ser la oficina de la Cancillería Federal, toda vez que ella es la administración que puede otorgar esta información. Pero también se consideran fuentes de información en el sentido de este derecho fundamental, a los documentos, archivos informáticos, páginas de internet, etc. de la Cancillería Federal que contienen los datos solicitados. En tanto que en el segundo ejemplo, referido a la información sobre el plan de servicios del chofer de la ministra nacional, las fuentes de información son el ministerio mismo y sus archivos informáticos.

Asimismo, y por cuanto a la tercera cuestión, no cabe duda que el demandante desea «informarse» sobre la agenda de la Canciller y el plan de servicios de la Ministra¹⁰.

II. La delimitación de las «fuentes de información» de «acceso general» hasta la Ley de Libertad de Información

Una fuente es de «acceso público» en el sentido del derecho fundamental de libertad de información, cuando la misma está (técnicamente) capacitada y además destinada a proporcionar información a un grupo indeterminado de personas (= el público, la generalidad)¹¹. Con respecto a la capacidad técnica de los documentos y los datos informáticos, para informar al público, no existe duda alguna. Por el contrario, resulta dudoso si los archivos informáticos y los documentos están destinados para el público en general. Aquí deben distinguirse dos cuestiones: primero debe indagarse, quién se encuentra autorizado para decidir si la información está destinada al público o no; y segundo, si quien se encontraba autorizado para ello, hizo uso de este derecho. Al respecto, la jurisprudencia originaria alemana partió de la base, de que quien se encontraba habilitado para fijar el destino de la información, era su autor¹². Hoy en día, se considera mayormente que quien se encuentra habilitado para ello, es quien cuenta con la autorización del ordenamiento jurídico¹³.

¹⁰ Compárese, por ejemplo, *BVerfGE* tomo 27, pp. 71, 82 y s.

¹¹ Compárese *BVerfGE* tomo 27, pp. 71, 83; tomo 90, pp. 27, 32; tomo 103, pp. 44, 60.

¹² LERCHE, en la revista *Jura* 1995, pp. 561, 565.

¹³ Compárese, por ejemplo, SCHOCH, en la revista *Jura* 2008, pp. 25, 29.

Cabe preguntarse inicialmente si considerar a la Cancillería Federal y el Ministerio como fuentes de información de acceso general. Si bien la Cancillería Federal dispone de la información sobre la agenda de la Canciller y las demás cosas; la misma no fue declarada como una Administración de «acceso público», ya sea mediante sus propias disposiciones, o por la Constitución, o por alguna otra reglamentación. Esto mismo se aplica en el segundo ejemplo para el Ministerio.

De igual modo, cabe cuestionarse si los archivos informáticos con la agenda de la Canciller y el plan de servicios del chofer de la Ministra son fuentes de información de acceso público.

Pues bien, puede considerarse que bajo la postura tradicional, la agenda de la Canciller fue organizada y escrita por la Cancillería Federal; por lo que podría decirse que dicha Cancillería es su autora. Sin embargo, de ninguna disposición expresa de la Cancillería Federal surge que dicha agenda haya sido declarada como destinada al público en general. Como así tampoco puede decirse que dicho documento, según su razón de ser y su fin, esté destinado a la generalidad. La agenda de la Canciller fue creada simplemente para facilitarle a ella el desarrollo de sus tareas y no para que fuese informada al público. Esto mismo se aplica al plan de servicios del chofer de la Ministra.

Esta es la postura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal anterior al dictado de la Ley de Libertad de Información. Dicho Tribunal sostenía que «las actas administrativas, conforme a su naturaleza, no son principalmente fuentes de acceso general, será que en un caso concreto, debido su específico destino, resulte lo contrario»¹⁴.

III. La capacidad de delimitación de las «fuentes de información» de «acceso general» por la Ley de Libertad de Información

1. ¿SE HA DADO UNA INNOVACIÓN MEDIANTE LA LEY DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN?

La posición tradicional podría haber variado luego de la entrada en vigor de la Ley de Libertad de Información. Así, podría ser que en dicha ley se haya impuesto un destino público y general a las

¹⁴ *BVerfG*, en la revista *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, pp. 1243.

actas administrativas y a los archivos informáticos oficiales («consagración» mediante la Ley de Libertad de Información)¹⁵. Conforme con el art. 1, inc. 1 de dicha ley, toda persona posee el derecho a acceder a las informaciones oficiales ante las autoridades federales y demás organismos e instituciones federales, en tanto ellas desempeñen tareas administrativas de derecho público. Por lo tanto esas «informaciones oficiales» son accesibles a todas las personas. Así, si la agenda de la Canciller y el plan de servicio de la Ministra pertenecieran a este tipo de informaciones, ellas serían (es decir, los correspondientes documentos y archivos informáticos) a través de esta disposición de la Ley de Libertad de Información, posiblemente una «fuente de acceso público» en el sentido del art. 5, inc. 1, oración 1.º de la LF.

Este resultado sin embargo, tiene como requisito anterior que el legislador federal esté autorizado para decidir el destino de la información. Dicha autorización debe cumplir a su vez con tres condiciones:

- 1.^a El legislador federal debe estar capacitado para complementar en el rango legal inferior, mediante la Ley de Libertad de Información, las fuentes de «acceso público» incluidas en el derecho fundamental de rango superior, de manera tal que la protección de ese derecho fundamental abarque también el acceso a los documentos y archivos informáticos de la agenda de la Canciller y del plan de servicios del chofer de la Ministra (requisito de jerarquía de las normas).
- 2.^a La circunstancia de que dicha información proviene del ámbito de competencias del Gobierno, no debe ser un impedimento para la emisión de dicha autorización a favor poder legislativo. Así, en el primer ejemplo la información pertenece al ámbito de la Cancillería Federal y en el segundo al ámbito del Ministerio (requisito según el principio de división de poderes o reserva de poderes).
- 3.^a El legislador federal debió efectivamente haber determinado en la Ley de Libertad de Información, que las actas y archivos informáticos de la agenda de la Canciller y el plan de servicios del chofer de un ministerio federal, existentes en el ámbito de competencias del Gobierno Federal son accesibles a todos (requisito jurídico-real).

¹⁵ Al respecto, por ejemplo, SCHOCH, en la revista *Jura* 2008, pp. 23, 30.

2. LA POSIBILIDAD DE LA LEY DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN PARA DETERMINAR LAS «FUENTES DE ACCESO PÚBLICO». EL REQUISITO DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

La Ley Fundamental otorga al ordenamiento jurídico alemán una jerarquía normativa¹⁶. Así, del art. 1 inc. 3 de la LF se desprende la vinculación directa del legislador, la Administración y la Jurisprudencia a los derechos fundamentales; a su vez, del art. 20 inc. 4 se desprende la vinculación del legislador al ordenamiento constitucional. Por su parte, la garantía a la protección jurídica de los derechos establecida en el art. 19 inc. 4 asegura que las anteriores vinculaciones serán respetadas. Además según los arts. 93 y 100, el Tribunal Constitucional Federal vigila por la primacía de la Ley Fundamental. Pues bien, debido a esta primacía de la Constitución es que se presentan algunas dudas. Así, resulta necesario ante todo indagar, si la «simple» y de rango inferior Ley de Libertad de Información puede determinar qué es lo que debe considerarse en la norma constitucional de rango superior, como una «fuente de acceso público» en el sentido del art. 5 inc. 1, oración 1.º de la LF.

- 2.1. *Doctrina de la impregnación de la norma (Normgeprägtheit) del art. 5 inc. 1, oración 1.º LF*

En la literatura de los últimos tiempos algunos autores contestan esta inquietud en forma afirmativa. Para ello sostienen, que el ámbito de protección art. 5 inc. 1, oración 1.º de la LF sería un zona «impregnada» (normgeprägt) por la ley¹⁷. Un derecho fundamental es considerado como «impregnado» (normgeprägt), cuando el legislador de rango inferior puede co-determinar mediante una ley cuales son los bienes y qué tipo de actos son los que encuadran dentro del ámbito de protección del derecho fundamental (de rango superior)¹⁸. Algunos ejemplos reconocidos en la Constitución Alemana lo presentan el art. 6 inc. 1 LF («Matrimonio» y «familia») y el art. 14 inc. 1 LF («propiedad» y «derecho sucesorio»). Así, el contenido de estos ins-

¹⁶ Por ejemplo, HUFEN, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 2, ed. 2009, § 4 nro. marg. 4, § 9 nro. marg. 1.

¹⁷ Por ejemplo, SCHOCH, *Jura* 2008, 25, 29; Rossi, *a.a.O.*, pp. 207 y ss.; compárese también KLOEPFER/SCHÄRDEL, en la revista *Juristenzeitung* (en adelante *JZ*) 2009, pp. 453, 459.

¹⁸ Compárese, por ejemplo, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*, 28. ed. 2012, nro. marg. 225 y ss.

titutos es (co) determinado mediante leyes ordinarias, por ejemplo en el Código Civil.

En este mismo sentido puede entenderse la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal respecto del derecho fundamental de informarse sin impedimentos de las fuentes de acceso general. «Si el legislador determina el tipo de acceso a los documentos oficiales y con ello al mismo tiempo el grado de apertura de dicha información, está estableciendo a su vez la extensión del ámbito de protección de la libertad de información»¹⁹.

2.2. Doctrina de la primacía en la jerarquía normativa

Según otra opinión, la Ley de Libertad de Información no produjo ningún cambio en el ámbito de protección del derecho fundamental de información²⁰ (art. 5 inc. 1, oración 1.º LF). Así, si una fuente en sentido constitucional es «accesible al público» o no, depende exclusivamente de su efectiva disposición (por el autor de la información creada)²¹. Por lo tanto las fuentes de información establecidas por la Ley de Libertad de Información lo son sólo a nivel legal²², dado que al legislador ordinario le faltó una habilitación expresa que lo autorice a determinar el ámbito de protección del derecho fundamental de acceso a las fuentes de información de acceso público (art. 5, inc. 1, oración 1.º LF)²³. Distinto es el caso de los derechos fundamentales de propiedad y de sucesión, en donde dicha habilitación se encuentra prevista en el art. 14, inc. 1, oración 2.ª («el contenido y los límites serán determinados por las leyes»). Por lo que el derecho fundamental de información sólo puede ser ampliado mediante una reforma constitucional (art. 79, inc. 1, 2 LF). Por lo demás el legislador ordinario no puede convertir el derecho de defensa de la «libertad de información» en un derecho de prestación de «libertad de acceso a la información»²⁴. Por su parte, a la doctrina de la impregnación normativa en el ámbito de protección, es objeto de una crítica general, en

¹⁹ BVerfGE tomo 103, págs. 44, 61.

²⁰ Por ejemplo, BRITZ/EIFERT/GROSS, en la revista *Die Öffentliche Verwaltung* 2007, pp. 717, 720; JASTROW/SCHLATMANN, *Ley de Libertad de Información*, 2006, IFG Introducción B nro. marg. 17.

²¹ Compárese, por ejemplo, SCHERZBERG, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, pp. 339 y s.

²² Por ejemplo, HUFEN, *Staatsrecht II*, 2. ed. 2009, § 26 nro. marg. 9.

²³ Compárese KAHL, en la revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, tomo 131, 2006, pp. 579, 603 y ss.

²⁴ Compárese, por ejemplo, SCHERZBERG *ibid.*, p. 340; compárese también KLOEPFER/SCHÄRDEL, JZ 2009, pp. 453, 459.

el sentido de que los ámbitos de protección de los derechos fundamentales moldeadas por el derecho ordinario, deberían permanecer siempre una excepción; dado que de lo contrario —y en contra del art. 1 inc. 3 de la LF— los derechos fundamentales correrían el peligro de ser convertidos, mediante su debilitamiento por el legislador, en meras «frases programáticas», similar a como lo eran en la República de Weimar.

2.3. Mi posición

Sin embargo, la doctrina del ámbito de protección impregnado por la norma (normgeprägter Schutzbereich) resulta digna de respeto. Ella le permite al poder legislativo, con una simple mayoría de votos, fortalecer la protección del derecho fundamental mediante su precisión y con ello también, la seguridad jurídica. Una debilitación o inclusive la eliminación de la protección del derecho fundamental de libertad de información mediante el legislador ordinario, resulta por el contrario poco temible; ya que el poder legislativo se encuentra ligado a las disposiciones de la Constitución, como por ejemplo, al principio de Estado de Derecho y la democracia, como así también, a la protección de la personalidad²⁵. Así, si el legislador ha establecido, por ejemplo mediante la Ley de Libertad de Información, algunas fuentes, como fuentes de acceso público; toda posterior limitación a dicho acceso público conforma una intervención en el derecho fundamental, y necesita por lo tanto, ser justificada conforme a derecho. Es decir, que la intervención debe estar permitida por algunos de las limitaciones constitucionales al derecho fundamental²⁶. Esto significa, que en el caso del derecho fundamental de información, sólo se permite una limitación mediante una «ley general» en el sentido del art. 5 inc. 2 LF. Es decir, la ley que impone la limitación no debe dirigirse específicamente al derecho de información como tal, sino que dicha limitación sólo puede hacerse —en forma secundaria— con razón de otros motivos; como por ejemplo serían la protección de otros derechos fundamentales o la protección de los derechos fundamentales de otros. Conforme a ello, y como resultado provisional puede decirse, que el derecho fundamental de rango superior en la jerarquía normativa puede ser moldeado por una ley «ordinaria» de rango inferior, siempre y cuando dicha ley haya sido dictada formal y materialmente conforme a la Constitución.

²⁵ Compárese BVerfGE tomo 103, pp. 44, 61.

²⁶ Compárese, por ejemplo, ANGELOV, *Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationszugangsanspruchs*, 2000, p. 45.

3. EL REQUISITO DE LA DIVISIÓN DE PODERES: COMPETENCIA DEL PODER LEGISLATIVO FEDERAL

Pero además de lo expuesto, el legislador debe estar habilitado para ordenar la aplicación de la ley de Libertad de Información, en el ámbito laboral de la Cancillería Federal, esto es, en la labor de una autoridad administrativa federal de rango superior en el sector organizacional del Poder Ejecutivo; como así también en la labor de un ministerio.

Alemania es un Estado Federal. Debido a ello la Constitución divide todos los poderes estatales, incluida la competencia legislativa, entre la Federación y los Estados Federados. La Ley de Libertad de Información regula los deberes de informar de las autoridades federales y la competencia legislativa es de la Federación²⁷ (como anexo de la competencia legislativa para el dictado del procedimiento administrativo para la Administración Pública Federal)²⁸. Si bien es el Estado Federal competente, cabe concretar que el corresponde la aprobación de una ley federal al Parlamento de la Federación, el Bundestag, con la participación de la Cámara de los Estados Federados, el Bundesrat. Pero puede ocurrir, que debido al principio de división de poderes, estos órganos carezcan de competencia para dictar reglamentaciones sobre asuntos, que entran en el ámbito de competencias del Poder Ejecutivo. Así, de existir aquí una llamada reserva gubernamental a favor del Poder Ejecutivo (ámbito de Arkan, un Arkanum del Gobierno), el órgano competente para dictar las reglamentaciones concernientes a los documentos y los archivos informáticos del gobierno federal, sería el Poder Ejecutivo Federal y no el Parlamento Federal. Se considera que existe una reserva gubernamental, cuando el Gobierno actúa no en su carácter de jefe de la Administración Pública, sino en un «ámbito de naturaleza política» (por ejemplo en la política exterior)²⁹. Independientemente de las dificultades que presenta determinar en detalle, que se entiende por «naturaleza política»; resulta claro que el plan de servicios del chofer de una Ministra Federal no es un acto de naturaleza política, sino un actuar administrativo típico de rutina. Asimismo, la confección de

²⁷ Con respecto a este problema véase Rossi, *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht*, 2004, pp. 183 y ss.

²⁸ Rossi, *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht*, 2004, p. 185.

²⁹ *BVerfGE* tomo 9, pp. 268, 285: con respecto a ese «ámbito de naturaleza política» el Tribunal Constitucional Federal dijo en otro contexto, que cuentan «las decisiones políticas personales sobre los funcionarios del Estado»; W. SCHMIDT, en la revista *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1984, p. 545, 546.

la agenda de la Canciller, no es tampoco un accionar de «naturaleza política», sino de naturaleza administrativa. Por lo que aquí, puede afirmarse la competencia del Parlamento para el dictado de Ley de Libertad de Información.

Aún en el supuesto de que se tuviera otra opinión, y se sostuviera que la confección de la agenda de la Canciller es un tarea del Gobierno de naturaleza política; la Ley de Libertad de Información, no sería ilegítima por haber sido dictada por el Parlamento fuera de su competencia. Ello así, ya que la ley misma dispone en su art. 1, inc. 1, oración 2.^a, que ella se aplica a otros órganos e instituciones federales, sólo cuando ellos desempeñen tareas administrativas de derecho público. Por lo cual, la misma ley excluye de su ámbito de aplicación, a las actividades gubernamentales de naturaleza política.

IV. Requisito jurídico-real: ¿amplió la Ley de Libertad de información el ámbito de protección constitucional del derecho a la información?

Por lo expuesto, si en principio el legislador ordinario está habilitado para ampliar las «fuentes de acceso general» y con ello, el ámbito de protección del derecho fundamental de información; podría ser que los documentos y archivos informáticos que contienen la agenda de la Canciller y el plan de servicios del chofer de la Ministra se encontrarán incluidos dentro de «las fuentes de acceso público» ampliadas. De ser ello así, en el presente caso se habría afectado el ámbito de protección del derecho fundamental de información. Por lo que para saber si el ámbito de protección fue afectada, primero debe determinarse exactamente, en qué dimensión la Ley de Libertad de Información amplió dicho ámbito de protección.

1. DOCTRINA DE LA AMPLIACIÓN LIMITADA DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL (ES DECIR, INFLUENCIADA POR LAS EXCEPCIONES LEGALES) POR LA LEY DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Una parte de la literatura sostiene, que el ámbito de protección constitucional del derecho de información (sólo) se amplió en la dimensión exacta como lo hizo la Ley de Libertad de Información, es

decir, tal cual como el legislador la determinó como *producto final*³⁰. Conforme a esta postura, todas las disposiciones de la ley que contienen excepciones, especialmente los arts. 3 a 6 de la Ley de Libertad de Información, limitan no sólo el derecho establecido por esa ley, sino también el ámbito de protección del derecho fundamental.

2. DOCTRINA DE LA AMPLIACIÓN ILIMITADA (ES DECIR, INDEPENDIENTE DE LAS EXCEPCIONES LEGALES) DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL POR LA LEY DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Sin embargo, otra parte de la literatura, opina que las excepciones establecidas al derecho de acceso a la información a nivel legal (arts. 3-6 Ley de Libertad de Información), no forman parte del contenido de las normas que moldean el ámbito de protección del derecho fundamental; sino que por el contrario, ellas conforman en su carácter de «leyes generales», límites al derecho fundamental conforme el art. 5 inc. 2 de la LF³¹. Por lo cual el ámbito de protección del art. 5 inc. 1, oración 1.º se vería ciertamente afectado, cuando el derecho que se pretende hacer valer es uno de los derechos del art. 1 de la Ley de Libertad de Información. En consecuencia, si en dicho caso, la información solicitada fuese denegada en virtud de los arts. 3-6 de la Ley de Libertad de Información, se estaría ante una intervención al derecho fundamental que, como tal, necesitaría ser justificada conforme a la constitución³².

3. MI POSICIÓN

La primera postura (1.) resulta digna de respeto, toda vez que el legislador, conforme al art. 1 inc. 3 de la LF, al momento de configurar las «fuentes de acceso público» por medio de la Ley de Libertad de Información, ya estuvo ligado a los derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la autodeterminación de sus datos del art. 2, inc. 1 LF en conexión con la dignidad humana en el sentido del art. 1,

³⁰ Por ejemplo, ROSSI, pp. 214 y s. pp. 218 y ss.; KLOEPFER, en la revista *Kommunikation & Recht* 2006, p. 19, 22 con nota de pie 16.

³¹ Por ejemplo, SCHOCH, *Ley de Libertad de Información*, 2009, Introd. nro. mar. 158 y en la revista *Jura* 2008, pp. 25, 30.

³² Compárese. ROSSI, p. 217.

inc. 1 LF). Es decir, que el legislador debió tener en cuenta, desde un principio, los intereses tendientes a la protección de determinados datos³³; tal y como lo hizo en los arts. 3-6 de la Ley de Libertad de Información. Ello así, toda vez que al legislador no le está permitido delegar en la ley esta ponderación a la autoridad administrativa, dado que entonces la decisión administrativa respecto de si una información es o no de acceso al público, sería una decisión legal y constitucionalmente correcta y por lo tanto incuestionable. De esta manera dicha decisión administrativa sería irrevocable por los tribunales contenciosos-administrativos. Así, si un ciudadano recurre ante los tribunales contenciosos-administrativos, porque le fue denegado el acceso a una información, que la Administración, haciendo uso legítimo de su facultad de ponderación, determinó como inaccesible para el público; lo haría sin éxito, ya que dicha decisión administrativa no podría ser revocada por los tribunales. (compárese, por ejemplo, art. 5, incs. 1 y 3 de la Ley de Libertad de Información).

4. CONSECUENCIAS PARA LA DIMENSIÓN DEL EXAMEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación correspondería determinar el ámbito de protección del derecho fundamental de información, no solamente con la ayuda del art. 1 de la Ley de Libertad de Información, sino también con la ayuda de los arts. 3-6 de dicha ley, en los cuales se regulan los casos de rechazo o limitación a la pretensión de información. Ello significaría que el Tribunal Constitucional Federal para poder determinar el contenido exacto del derecho fundamental, debería citar en el marco de una acción constitucional, el derecho ordinario o legal. Lo cual quizás, entraría posiblemente en contradicción con la autoevaluación que el Tribunal posee de sí mismo, conforme a la cual, él no es una «instancia de revisión superior», sino que él simplemente se limita a controlar si la Administración o los jueces al interpretar y aplicar el derecho ordinario, violaron un derecho constitucional específico³⁴. Ello así, dado que toda vez, que (como aquí acontece), se reconoce al derecho fundamental de información, como un derecho «impregna-

³³ Compárese, GURLIT, en la revista *Deutsches Verwaltungsblatt* 2003, pp. 1119, 1121 y s.; ROSSNAGEL, en la revista *MultiMedia und Recht* 2007, pp. 16, 18; MENSCHING, en la revista *Verwaltungspraxis* 2006, pp. 1, 3 y s.

³⁴ Compárese al respecto, por ejemplo, *BVerfGE* tomo 40, pp. 352, 356.

do por una norma» (normgeprägt) pareciera que toda violación a ese derecho ordinario impregnado (normprägende), fuese al mismo tiempo una intromisión en el ámbito de protección del derecho fundamental, afectando de esta manera un derecho fundamental específico. Con la consecuencia, de que dicha intervención debe ser examinada en un recurso de amparo³⁵.

Sin embargo, a esta amplia competencia examinadora del Tribunal Constitucional Federal se le podría refutar, de que el derecho constitucional no resulta aún violado con la simple infracción al derecho fundamental «impregnado» por el derecho ordinario, sino recién con el juicio absolutamente erróneo del ámbito de protección del derecho fundamental³⁶. En otras palabras se podría decir, que si bien la Ley de Libertad de Información co-determinó el ámbito de protección del derecho fundamental, ello no significa que ella automáticamente se convierta en derecho constitucional. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional Federal, sólo controlará si el significado del derecho fundamental fue suficientemente contemplado por las autoridades y los jueces y si el acceso a la información no fue arbitrariamente denegado³⁷.

No obstante esto último, resulta preferente y consecuente la postura que avala el control ilimitado del Tribunal Constitucional Federal al ámbito de protección impregnada (normgeprägten) por la norma, y con ello a la misma Ley de Libertad de Información. De lo contrario, con este (derecho fundamental) impregnado (normgeprägt) por el derecho ordinario, se estaría creando una nueva clase de normas, hasta ahora desconocida. Por lo demás la renuncia del Tribunal Constitucional Federal a un control limitado de la causa, no es un caso único. Así, en otros casos dicho Tribunal extendió la petición de control constitucional «hasta cada detalle de la aplicación del derecho por las autoridades y los tribunales competentes»³⁸.

Por lo que aquí resulta correcto preguntarse si el Poder Ejecutivo puede rechazar el pedido de vista de la agenda de la Canciller y del plan de servicio del chofer de la Ministra invocando para ello la Ley de Libertad de Información:

³⁵ Compárese ROSSI, p. 222.

³⁶ Compárese, por ejemplo, *BVerfGE* tomo 18, 85, pp. 92 y s.

³⁷ Compárese, por ejemplo, ROSSI, pp. 222.

³⁸ Compárese, por ejemplo, *BVerfGE* tomo 83, pp. 130, 145, respecto del control del art. 6 de la Ley sobre la difusión del contenido de publicaciones y medios peligrosos para la juventud en virtud del art. 5 III de la LF; compárese también *BVerfGE* tomo 81, p. 29 sobre el art. 14 I LF, y la crítica en el voto disidente p. 35.

Tanto la Cancillería Federal como el Ministerio, son autoridades federales obligadas a otorgar información según el art. 1, inc. 1, oración 1.º de la Ley de Libertad de Información³⁹. Asimismo, la agenda de la Canciller como el plan de servicios del chofer de la Ministra, sirven causas oficiales, es decir, que son «informaciones oficiales» en el sentido del art. 1, inc. 1, oración 1.º de la Ley de Libertad de Información en conexión con el art. 2, nr. 1 de la misma ley. Las excepciones previstas en los arts. 3 a 6 de la Ley de Libertad de Información, no impiden el otorgamiento de la información. Si bien excepcionalmente podría considerarse el rechazo de la información solicitada, para proteger los datos de las personas involucradas (los invitados a la cena, los empleados del Poder Ejecutivo, el chofer de la Ministra); dado la crisis financiera que actualmente se vive y el interés popular en clarificar si existen puntos de referencia que avalen un caso de corrupción o una violación al principio de una conducción rentable y económica del presupuesto, es que en la ponderación exigida por el art. 5, inc. 1, oración 1.º de la Ley de Libertad de Información, prevalece el interés en otorgar la información solicitada. Por lo tanto los documentos, mejor dicho, los archivos informáticos con la agenda de la Canciller y el plan de servicios del chofer de la Ministra son fuentes de acceso general en el sentido del art. 5, inc. 1, oración 1.º de la LF⁴⁰.

V. Conclusión

El rechazo de la agenda y del plan de servicios es una intervención en el derecho fundamental de información. Los arts. 3 a 6 de la Ley de Libertad de Información co-determinan el ámbito de protección, por lo que no pueden ser considerados límites a la ley en el sentido del inc. 2 del derecho fundamental de información. Tampoco aparecen otros límites constitucionales que justifiquen el rechazo de la información por el Poder Ejecutivo. Por lo que el rechazo de los datos solicitados, viola el derecho fundamental de informarse sin impedimentos en las

³⁹ Sería posible pensar que el gobierno federal podría subsumirse en el art. 1 I 2 de la Ley de Libertad de Información. Sin embargo dicha oración posee frente a la primera oración, una función puramente de clarificación y no de ampliación del ámbito de aplicación (SCHOCH, *Ley de Libertad de Información*, 2009, art. 1 nro. marg. 90).

⁴⁰ Al respecto, para que en esa ponderación también pueda ser tenido en cuenta el interés general en la información en forma «adicional, intensificadora, e incluso decisiva», compárese SCHOCH, *Ley de Libertad de Información*, 2009, art. 5 nro. marg. 32.

fuentes de acceso público (art. 5, inc. 1, 1.º oración LF). En virtud de ello un recurso de amparo tendría éxito.

La Ley de Libertad de Información del año 2006 complementó el derecho fundamental de informarse sin impedimentos (art. 5, inc. 1, oración 1.º LF) en las fuentes de acceso público, en tanto y en cuanto abrió nuevas «fuentes de acceso público». Desde entonces toda persona puede exigir a una autoridad federal la entrega de la información existente en su poder, inclusive la proveniente de los archivos informáticos. La denegación ilegítima de dicha información, viola no solamente la Ley de Libertad de Información, sino también el derecho fundamental al acceso de la información del art. 5, inc. 1 de la LF, y puede inclusive ser impugnado mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. La Ley de Libertad de Información precisó al mismo tiempo la dogmática constitucional. La innovación dogmática consiste en la circunstancia, de que una ley de jerarquía normativa inferior a la Constitución, mejora la protección garantizada por la Constitución en su art. 5, inc. 1, oración 1.º de la LF⁴¹.

Extracto de la Ley de regulación del acceso a las informaciones del Estado Federal (Ley de Libertad de Información)

Art. 1. *Principio General*

(1) Conforme a esta ley toda persona posee ante las autoridades del Estado Federal, el derecho al acceso de la información oficial. Esta ley se aplica a los otros órganos e instituciones federales, en tanto ellos desempeñen tareas administrativas de derecho público ...

(2) La autoridad puede brindar información, permitir la vista de actas o de alguna otra manera poner la información a disposición del solicitante. Si el peticionante solicita una determinada manera de acceso a la información, ella puede ser otorgada de otra manera únicamente por razones fundadas...

Art. 2. *Definiciones*

A los fines de esta ley

(1) Información oficial: es todo registro tendiente a servir una causa oficial, independientemente de la forma de su almacenamiento.

⁴¹ Compárese al respecto, también SCHOCH, en la revista *Jura* 2008, pp. 25, 28 y ss.; Rossi, *Informationsfreiheit und Verfassungsrecht*, 2004, p. 207.

No se encuentran abarcados los borradores y apuntes, que no forman parte de un proceso.

(2) Tercero: toda aquella persona sobre el cual existen datos personales u otro tipo de información.

Art. 3. *Protección de intereses oficiales especiales*

El derecho de acceso a la información no corresponde

(1) Cuando el conocimiento de la información pueda causar efectos negativos para

- a) Las relaciones internacionales,
- b) Los intereses militares u otros intereses de seguridad del ejército de la República Federal de Alemania,
- c) Los intereses de la seguridad interna o externa,

[...]

2. Cuando el conocimiento de la información pueda poner en peligro la seguridad pública.

[...]

Art. 5. *Protección de los datos personales*

(1) El acceso a datos personales sólo puede otorgarse cuando el interés del peticionante en la información predomine sobre el interés digno de protección del tercero a rechazar el acceso a la información, o cuando el tercero accedió ...

[...]

(3) El derecho de información del peticionante predomina por regla general sobre el interés digno de protección del tercero a rechazar el acceso a la información, cuando los datos se limitan al nombre, título, grado académico, indicación de la profesión y función, dirección y número de teléfono de la oficina y dicho tercero en su carácter de perito, experto en la materia o de alguna otra forma similar, manifestó su postura en un proceso.