

La ilustración del público como una tarea de la Administración

SUMARIO: I. LA ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO CONCEPTO JURIDICO. 1. Ilustración e información del público. 2. Ilustración, recomendación y advertencia. II. ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO TAREA DE LA ADMINISTRACION. 1. La advertencia: el ejemplo de los vinos con dietilglicol en su contenido. 2. Un ejemplo de ilustración: el caso de las pastillas con paradiclorbenzol en su composición. III. LA ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO UNA FUNCION DEL GOBIERNO. 1. La ilustración a la luz del ejemplo del SIDA. 2. El caso de la «Meditación Trascendental» como un ejemplo de advertencia.

La ilustración del público constituye hoy un tema de actualidad no sólo del Derecho administrativo, sino también del Derecho constitucional.

En efecto, es en términos puramente jurídico-constitucionales como se ha de enjuiciar la advertencia formulada por el Gobierno federal en relación con la secta «Meditación Trascendental», sobre la que se han pronunciado recientemente el Tribunal Administrativo Federal y el Tribunal Constitucional Federal, a la campaña informativa llevada a cabo por la Oficina Federal de Información Sanitaria (*Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*) acerca de la enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida o SIDA. Por el contrario, son criterios constitucionales y al mismo tiempo administrativos los que han de aplicarse a la hora de examinar las acciones informativas de la Oficina Federal del Medio Ambiente (*Umweltbundesamt*) sobre los efectos ambientales nocivos de elementos como los *Waschverstärkertücher*,

las pastillas de desinfección de inodoros o los detergentes sanitarios o las advertencias formuladas por las Administraciones Públicas a raíz del desastre de Chernobil, en los llamados escándalos del glicol y del huevo líquido (*Flüssigei*).

En lo que sigue se trata de una sistematización de estos casos desde la perspectiva de la asignación de tareas. A tal efecto, por sistematización se entiende la clasificación en grupos de los distintos casos y la delimitación de los distintos grupos clasificatorios por referencia a un criterio uniforme de diferenciación, que aquí no es otro sino el criterio de las tareas o funciones.

En la primera parte, bajo la rúbrica de «La ilustración del público como concepto jurídico», se procede a las diferenciaciones conceptuales necesarias para la designación y estructuración de los grupos de casos ¹. Primeramente se ha de empezar por diferenciar entre ilustración e información del público (*Öffentlichkeitsarbeit*) para, a continuación, distinguir dentro del supraconcepto de ilustración del público los conceptos de ilustración en sentido estricto, recomendación y advertencia. La segunda parte se ocupa de la ilustración del público en cuanto tarea de la Administración, y la tercera lo hace en cuanto tarea del Gobierno.

I. LA ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO CONCEPTO JURIDICO

1. ILUSTRACIÓN E INFORMACIÓN DEL PÚBLICO

A diferencia de lo que sucede con el concepto de ilustración del público, el concepto de información al público presenta un núcleo comúnmente aceptado dentro de la esfera del Gobierno. En el Estado de Derecho, actividad gubernamental de información al público lo constituye, según la monografía así titulada de LEISNER, publicada en 1966 ², tanto el derecho como el deber del Gobierno federal de infor-

¹ Los conceptos dogmáticos resultantes no descansan en «definiciones reales» cuyo propósito sea captar la «esencia» de los fenómenos a describir, pero tampoco se apoyan en meras «definiciones nominales» cuyo contenido se basa sólo en consideraciones de oportunidad. Constituyen conceptos clasificatorios establecidos sobre la base de conceptos legales que sirven para elaborar la estructura jurídica de los fenómenos vitales que en cada caso se pretende definir (como, por ejemplo, el tema «El tabaco daña la salud. El Ministro federal de Sanidad»). Este trabajo de estructuración no puede consistir en una deducción operada a partir de conceptos axiomáticos, sino sólo en la elaboración de contextos jurídicos mediante la ayuda de conceptos heurísticos. O, dicho con otras palabras: las diferenciaciones conceptuales de la primera parte de este trabajo se producen por referencia a los casos examinados posteriormente y están sujetos a la condición de que prueben su aptitud en la segunda y en la tercera parte de este artículo.

² LEISNER, *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*, 1966; *vid.* sobre el concepto esp. p. 14, sobre los ámbitos funcionales pp. 24 y ss., en lo relativo a su clasificación como sim-

mar acerca de sus actividades y sus objetivos políticos. Este derecho-deber (*Pflichtrecht*), figura típica cuando se trata de funciones, se plasma en las declaraciones del Gobierno, en la actividad de la Oficina de Prensa e Información del Gobierno federal y en la actividad informativa especializada de los distintos departamentos ministeriales³.

Como «función orgánica» (*Behördenaufgabe*) aquí sólo puede entenderse la actividad de la Oficina de Prensa y la de los distintos Ministerios, ya que sólo ellos constituyen «organismos administrativos» en el sentido del § 1, ap. 4 VwVfG (siglas alemanas de *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Ley de Procedimiento Administrativo). La difusión de una declaración del Gobierno a través de la Oficina Federal de Prensa o por un Ministerio federal es una función administrativa, mientras que la declaración en sí misma es una función de Gobierno.

En lo esencial, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en buscar en el principio democrático un fundamento constitucional para el derecho-deber de la actividad informativa. Según la sentencia del Tribunal Constitucional Federal más relevante en esta materia, el trabajo informativo de las instancias estatales tiene la misión de «posibilitar una participación responsable de los ciudadanos en el proceso de formación de la voluntad política del pueblo, y lograr así preservar el “consenso básico” democrático entre gobernantes y gobernados»⁴. Ahora bien, el consenso descansa en la comunicación, de forma que la fundamentación jurídico-objetiva proporcionada por el principio constitucional de la democracia puede ampliarse con otra de carácter jurídico-subjetivo representada por los derechos fundamentales de la comunicación⁵.

ple actividad de autoridad pp. 41 y ss., sobre su fundamento en el principio democrático pp. 82 y ss. En la nota previa al capítulo 0403 del apartado 04 de los Presupuestos federales para 1988 se puede leer lo siguiente: «La Oficina de Prensa e Información del Gobierno federal (*Presse und Informationsamt der Bundesregierung*) es competente en lo que se refiere a la información de los ciudadanos y de los medios de comunicación acerca de la política del Gobierno federal. A tal efecto, valiéndose de los medios del trabajo de información al público y de la política informativa, presenta y defiende las actividades, los propósitos y los objetivos del Gobierno federal.» *Vid.* también en conjunto KEMPEN, *Grundgesetz, amtliche Öffentlichkeitsarbeit und politische Willensbildung*, 1975.

³ La expresión «derecho-deber» significa que toda función contiene en sí misma «tanto una encomienda que compromete a su realización como otra que faculta para ello». Así, WOLFF/BACHHOF, *Verwaltungsrecht*, tomo II, 4.ª ed., 1976, p. 14. Para mayores detalles, *vid. infra* n. 29.

⁴ BverfGE, 44, 125 (147).

⁵ Así especialmente, JERSCHKE, *Öffentlichkeitspflicht der Executive und Informationsrecht der Presse*, 1971, pp. 92 y ss. (115).

2. ILUSTRACIÓN, RECOMENDACIÓN Y ADVERTENCIA

Mientras que la información del público se pueda entender como la difusión entre el público de lo que constituye la actividad propia del Gobierno en la Federación y en los *Länder*, la ilustración del público ha de entenderse como una ilustración dirigida a la ciudadanía en general sobre fenómenos que se sitúan fuera de la esfera de actuación que el Gobierno configura de acuerdo a su discrecionalidad política. Si la distinción entre sociedad y Estado aún se pudiera utilizar sin ninguna reserva, la actividad estrictamente informativa del Gobierno sería adscribible al ámbito de lo estatal y la actividad propiamente ilustrativa a la esfera de la sociedad⁶. Si se prescinde de una distinción como ésta, superada por la teoría de la democracia y de la república, se puede decir: el trabajo informativo apunta primariamente a la formación de la voluntad de los ciudadanos que actúan políticamente, esto es: esencialmente de aquellos que hacen uso de su derecho de sufragio; la ilustración del público, por el contrario, se dirige en primera línea a la formación de la conciencia del individuo en su actuación como persona privada, en especial la del consumidor en cuanto se orienta de acuerdo a un cálculo de beneficios.

Como concepto que rotula el presente trabajo, la ilustración del público también puede emplearse en un sentido ampliado, a saber: como supraconcepto expresivo del trabajo de información, por una parte, y de la más estricta actividad de ilustración, por la otra. En lo que sigue reservamos para esta última idea el término de «ilustración», diferenciándola también de las recomendaciones y advertencias.

El ejemplo más reciente de utilización del concepto de ilustración como concepto legal lo encontramos en el § 1, ap. 3 SGB V (SGB son las siglas de Gesetz zur Strukturreform des Gesundheitswesen, Ley para la reforma de las estructuras del sistema de salud; «V» es en este caso el ordinal romano)⁷. En el inciso de vida consciente del valor de la salud, a «evitar la producción de la enfermedad o de la invalidez». El inciso tercero proclama, por su parte, la misión de las Cajas de En-

⁶ La reserva más importante frente a la distinción —originaria y esencialmente hegeliana— entre sociedad y Estado la constituye, una vez que se lo toma en serio en términos de dogmática constitucional, el principio republicano en su formulación kantiano-rousseauiana, dirigido en contra del principio monárquico y que exige (formalmente) la reconducción de todo el poder del Estado a la autonomía y el consenso de los ciudadanos. Un análisis penetrante a este respecto se podrá ver en la obra de próxima aparición de SCHACHTSCHNEIDER, *Res publica, res populi*, esp. cap. III 5.

⁷ Primera Parte de la Ley para la reforma de las estructuras del sistema de salud, de 20 de diciembre de 1988, *BGBI I*, p. 2477. En lo que hace a los conceptos de ilustración, asesoramiento e información, *vid.* los §§ 13, 14 y 14 SGB I y los correspondientes comentarios. Así, por ejemplo, *cfr.* WANNAGAT, *Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, y allí específicamente los comentarios de RÜFNER a los §§ 13-15.

fermedad (gestoras de la atención sanitaria) de «ayudar (a los asegurados) al cumplimiento de esa obligación» y de fomentar unas «condiciones sanas de vida». Ya el mero entrelazamiento de ambos incisos excluye reducir el concepto de ilustración a la simple comunicación de datos. Según el inequívoco tenor de la norma y la manifiesta voluntad del legislador, ilustración es la prestación de ayuda para que aquel que la recibe pueda obrar responsablemente⁸. Esta ayuda ha de entenderse como una ayuda evaluativa que se propone que los datos transmitidos puedan ser interpretados en el sentido de la función de ilustración que fija la ley y puedan plasmarse en la forma de vivir de cada persona en el mismo sentido a que la ley se refiere.

Que al concepto de ilustración le es inmanente un momento valorativo/evaluativo es algo que se patentiza también si nos fijamos en el § 2 de la Ley reguladora de la Oficina Federal del Medio Ambiente, que aún hemos de analizar con mayor detenimiento y que expresamente asigna a ese organismo la función de «ilustración del público en cuestiones medioambientales»⁹. El programa de actuaciones medioambientales del Gobierno federal de 1971, en cuyo contexto se creó en 1974 la Oficina, contiene una tesis, la número cinco, en la que se sienta que la protección del medio ambiente es «incumbencia de todos y cada uno de los ciudadanos», por lo que «el fomento de una conciencia ambiental» constituye un elemento esencial de la política medioambiental¹⁰. Al igual que la misión ilustradora de las Cajas de Enfermedad ha de entenderse como una ayuda a la asunción de las propias responsabilidades en las cuestiones relativas a la salud, la misión del mismo signo de la Oficina Federal del Medio Ambiente ha de interpretarse también como un elemento de apoyo a la asunción de responsabilidades personales en los asuntos ambientales. Esta ayuda y este apoyo presuponen, en cada caso, una valoración o evaluación de los datos disponibles en consonancia con la misión a que están destinados. La colestestina en los productos alimenticios y el paradiclorbenzol en las pastillas de limpieza de los inodoros han de ser valorados en términos de política medioambiental, al objeto de que se haga posible así tomar una decisión responsable al respecto por parte de los consumidores.

La responsabilidad personal del ciudadano ilustrado representa un elemento imprescindible del concepto de ilustración, y ello no sólo en su significado kantiano —la ilustración como la «salida del hombre de

⁸ La memoria justificativa del Gobierno federal que acompañó el anteproyecto de ley (BR-Drucks. 200/88, p. 157) se expresa en los siguientes términos: «Todo asegurado es responsable de la preservación de su salud en tanto en cuanto puede actuar sobre ella.» La Caja de Enfermedad «debe prestarle apoyo» al respecto, ya que «la solidaridad y la responsabilidad de cada uno no son antitéticos».

⁹ Ley relativa a la creación de una Oficina Federal del Medio Ambiente, de 22 de julio de 1974, *BGBI I*, p. 1505.

¹⁰ BT-Drucks. VI/2710, p. 6, cfr. también pp. 9, 20 y ss.

su condición de inmadurez culpable»¹¹—, sino también en términos dogmático-jurídicos: La valoración oficial del contenido de colesterol de la mantequilla no ha de entenderse como un llamamiento al *boycott* contra el producto, sino que debe tener en cuenta la madurez del consumidor en la medida en que se le deje abierto un margen propio de decisión. Junto con las dos notas positivas del concepto de ilustración —la comunicación de datos fácticos y la evaluación que el organismo debe efectuar de acuerdo con la misión encomendada— se une una tercera característica definitoria de carácter negativo, la omisión de recomendaciones concretas, y más específicamente en relación con los productos en cuestión. El concepto de ilustración sólo da cobertura a recomendaciones generales —en el sentido, por ejemplo, de mantener un equilibrio entre las grasas animales y las vegetales en la alimentación—, pero no a propuestas concretas para dar la preferencia a determinados productos alternativos. El llamamiento oficial de una entidad gestora de la seguridad social a «utilizar margarina en lugar de mantequilla» habría dejado de constituir, así pues, ilustración y se habría convertido en una recomendación —inadmisible a tenor del § 1, inc. 3 SGB V.

Las recomendaciones, que se refieren a productos concretos (recomendaciones de producto), siempre contienen necesariamente una advertencia en relación con los productos no recomendados. A causa de la reserva de ley, deben tener una base legal propia y específica que vaya más allá de una mera encomienda de ilustración¹². A raíz de las experiencias de Chernobil se ha creado una base legal de esas características en el § 9, ap. 1, de la Ley de prevención frente a las radiaciones. En virtud de ella, el Ministro federal del Medio ambiente, tras la producción de ciertos sucesos «con consecuencias radiológicas de eventual relevancia», puede «recomendar a la población determinados comportamientos», siempre que ello resulte necesario¹³. Un derecho, como éste, a formular recomendaciones, concentrado¹⁴ en la Federación a pesar de las muchas objeciones manifestadas a este respecto, no

¹¹ I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, ed. de la Academia, vol. VIII, p. 33 (35). Hay trad. española.

¹² Esta base legal es justamente lo que falta en el otorgamiento de los títulos de «ángeles azules del medio ambiente» por el denominado *Jury Umweltzeichen*: WIMMER, *BB*, 1989, pp. 565 y ss.; PHILIPP, *Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, 1989, pp. 39 y ss., 233 y ss. Por lo demás, en el caso de las etiquetas (de calidad) ambientales y en general habría que constituir una categoría, la de las distinciones, que se debería diferenciar claramente de las recomendaciones.

¹³ Ley para la protección de la población frente a la exposición a radiaciones, de 19 de diciembre de 1986, *BGBI I*, p. 2610 (2612). Sobre el contenido, los objetivos y los problemas de la ley, *vid.* RENGELING, *DVBZ*, 1987, pp. 204 y ss., y CZAİKA, *NVwZ*, 1987, pp. 556 y ss.

¹⁴ BT-Drucks. 10/6639, pp. 17 y ss.; LÜBBE-WOLF, *NJW*, 1987, 2705 (2708): «Rasgos de una Administración propagandista, de una Administración de las conciencias», con menor rigor PEINE, *NuR*, 1988, 115 y ss., y PHILIPP (cit. en n. 12), pp. 63 y ss.

es —en su contenido dogmático— otra cosa sino una facultad conminativa o de advertencia: La recomendación de reducir el deterioro de las setas de los bosques a causa de la contaminación radiactiva tiene el mismo contenido dogmático que la advertencia formulada en relación con la incorporación del cesio a través de la ingestión de determinados productos alimenticios. La única diferencia estriba en que la advertencia representa la forma más intensa de influir sobre las decisiones de los consumidores. Los conceptos de ilustración, recomendación y advertencia se pueden clasificar, así pues, según el grado de esa intensidad en la intromisión: la ilustración, como su propio nombre sugiere, excluye toda injerencia de una Administración Pública en la jerarquía de preferencias de los sujetos privados, mientras que las advertencias, según las dimensiones del riesgo que se cierne, pueden y hasta deben estar formuladas en términos de la más fuerte injerencia. La recomendación se sitúa entre una y otra, como una forma más suave de advertencia; en cuanto recomendación concreta de un producto, se ajusta a los principios —que más adelante hemos de examinar— de las advertencias formuladas en relación con productos, mientras que como recomendación general de comportamiento lo hace cumpliendo los principios —también por examinar en lo que sigue— de la ilustración. Cuando la Oficina del Medio Ambiente «recomienda no establecer instalaciones de tiro al plato en zonas de protección de aguas potables», porque anualmente estas instalaciones generan «670 toneladas de plomo» a consecuencia de la actividad que en ellas se realiza, y una parte de esa cantidad llega a las aguas superficiales¹⁵, esta recomendación de comportamiento formulada con independencia de un producto no choca con la misión ilustradora que la ley impone a la Oficina. Por el contrario, si la recomendación consistiera en utilizar sólo cartuchos de determinada marca, supondría, en lo que tiene de recomendación de producto, una injerencia en los derechos fundamentales de los fabricantes de la competencia y le faltaría la necesaria base legal, al no poder tampoco apoyarse en una norma atributiva de competencias dentro de las que integran la regulación del uso y tenencia de armas.

De acuerdo con lo que venimos exponiendo, es posible establecer una escala con cuatro conceptos, ordenados según la forma de valoración de los elementos fácticos que en cada caso se transmiten y según la intensidad de la influencia ejercida (desde la perspectiva de los destinatarios): el trabajo de información al público es comunicación de he-

¹⁵ FAZ, núm. 265, de 14 de noviembre de 1989, p. 11; sobre la recomendación de la Oficina Federal del Medio Ambiente de «renunciar a la utilización de detergentes reforzados» y en relación con el concepto de ilustración, se manifiesta en términos justamente críticos OSSENBÜHL, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986, pp. 1 y 41; con menor diferenciación conceptual PHILIPP (cit. en n. 12), p. 78.

chos (informaciones) sobre la política del Gobierno con posibilidad de una valoración en términos políticos que no puede llegar en ningún caso al umbral de la propaganda electoral ¹⁶. La ilustración es información acerca de circunstancias que tienen algún significado a la vista de una encomienda ilustradora establecida por una ley y cuyo contenido de valoración tiene como límite la formulación de recomendaciones concretas. Las recomendaciones, por su parte, pueden ser tanto recomendaciones generales de comportamiento como recomendaciones concretas de productos. Cuanto más generales sean, tanto más se aproximan al concepto de ilustración; cuanto más concretas, mayor es su cercanía al concepto de advertencia. Las advertencias representan referencias a riesgos concretos en el sentido de las normas de policía administrativa y, en su caso, a la persona de quien produce la perturbación ¹⁷.

La diferencia que se plasma en esa escala entre la generalidad de la ilustración y la individualidad de la advertencia conduce, a la hora de proceder a clasificar en grupos los casos singulares, a que para la ilustración baste con la formulación de una misión en términos de cláusula general, mientras que para la advertencia, por el contrario, hace falta una atribución legal de competencias con una precisa definición de los supuestos de hecho ¹⁸.

II. ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO TAREA DE LA ADMINISTRACION

1. LA ADVERTENCIA: EL EJEMPLO DE LOS VINOS CON DIETILGLICOL EN SU CONTENIDO

Representativa del caso de la advertencia administrativa contra productos que no reúnen las condiciones para estar en el mercado es la publicación por el Ministerio de Juventud, Familia y Sanidad en una

¹⁶ BverfGE, 44, 125 (máxima 4); en BverwG, NJW, 1984, 2591, se habla de «derecho al contra-golpe».

¹⁷ Algunos ejemplos (ficticios, pero no absurdos) tomados del caso de las setas de bosque a raíz de Chernobil nos pueden servir para iluminar la escala: «El Gobierno federal apoya la reivindicación de unas facultades de ilustración otorgadas por ley a la Federación» (trabajo de información); «El Gobierno federal llama la atención sobre la contaminación radiactiva de las setas del bosque, que se sitúa levemente por debajo del umbral de riesgo para la salud» (ilustración); «Los Ministerios de Medio Ambiente y Sanidad desaconsejan la ingestión frecuente de setas del bosque» (recomendación); «El Ministerio del Interior de Baviera previene frente a cualquier ingestión de setas del bosque, dada su elevada contaminación» (advertencia). La intensidad de la intervención está, así pues, en proporción directa a la magnitud del riesgo, que va desde el 0 por 100 en el caso del trabajo de información hasta el 100 por 100 en el de la advertencia.

¹⁸ Para la recomendación, dada su posición intermedia entre la ilustración y la advertencia, se deberá exigir lo uno o lo otro, en función de la eventual intervención en derechos fundamentales.

lista de vinos con dietilglicol a raíz del llamado «escándalo del glicol» en el verano de 1985. Esta lista comprendía, junto al contenido de glicol de los vinos, perfectamente designados por su número de control oficial y la indicación de su procedencia, también el nombre del embotellador. Sobre este extremo hay dos resoluciones publicadas del Tribunal Administrativo Superior [en adelante citado por sus siglas alemanas OVG (Oberverwaltungsgericht)] de Münster en un procedimiento sustanciado a raíz de una demanda al amparo del § 123 de la Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo (en adelante citada por sus siglas alemanas VwGO, Verwaltungsgerichtsordnung) y en el subsiguiente recurso de apelación ¹⁹.

Ambas resoluciones subrayan, con razón, que la colocación en el mercado de un producto ilegal no se encuentra protegida por los artículos 14, ap. 1, y 12, ap. 1, de la Ley Fundamental (en lo sucesivo GG) ²⁰. En el asunto a que nos estamos refiriendo, en primera instancia la Sala se había limitado, por ello, a declarar al Ministerio federal de Sanidad como «competente en la materia» en orden a la ejecución de la Ley sobre productos vinícolas y extraer como conclusión de esta competencia que el Ministro estaba «legitimado de manera general» para publicar la lista de los vinos ²¹. Por lo demás, a causa de la competencia administrativa de los *Länder*, para fundamentar esa legitimación —que conceptualmente se sitúa en el lugar de una inexistente atribución competencial— sólo se pudo recurrir al art. 74, ord. 20 GG y a la competencia reglamentaria en materia de ordenación del sector vinícola derivada del § 71, ap. 1, de la Ley sobre productos vinícolas. Ahora bien, extraer de una competencia para legislar en sentido material una competencia administrativa de ejecución es algo que está vedado, siempre que la competencia en cuestión haya de satisfacer los requisitos exigibles a una norma competencial de policía administrativa.

Este problema de la norma atributiva de competencia ha de recibir una decidida respuesta positiva, coincidente con la sentencia de primera instancia pronunciada por el Tribunal Regional (*Landgericht*) de Stuttgart en el caso «Birkel» ²², una resolución judicial bien fundada

¹⁹ Resolución de 19 de noviembre de 1985, *NJW*, 1986, 2783; sentencia de 5 de junio de 1987, *GewArch*, 1988, 11.

²⁰ El formulismo a que la jurisprudencia recurre —que «una actividad económica no permitida no está protegida ni por el art. 12, ap. 1, ni por el art. 14, ap. 1 GG— es cuando menos equívoco, y a ello se ha referido certeramente LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987, 2712, n. 74: no se trata de que el perturbador está abandonando el ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que está es rebasando los límites de su ejercicio legítimo.

²¹ *NJW*, 1986, 2783.

²² Sentencia de 23 de mayo de 1989, *NJW*, 1989, 2257 (2258). En todo caso, ciertos detalles de orden constitucional y jurídico-administrativo de la fundamentación resultan dudosos. Así, por ejemplo, es legítimo dudar de «la naturaleza jurídica próxima al acto administrativo» de

sobre la responsabilidad civil en el escándalo del huevo líquido, cuyo resultado no ofrece en todo caso ningún motivo de preocupación desde el punto de vista jurídico ²³.

Igual que el individuo puede —en el marco de su derecho general de la personalidad— decidir por sí mismo con qué apariencia externa quiere presentarse en público y qué expectativas sociales pretende plantear así ²⁴, es incumbencia de la responsabilidad de cada empresario decidir —en el marco de las leyes— en qué forma presenta a su empresa y sus productos en la competencia al objeto de crearles un buen nombre que abra expectativas en el mercado. Si bien el buen nombre en sí, en cuanto mera oportunidad de obtener beneficios, no se encuentra protegido en el plano de los derechos fundamentales, el derecho que asiste a todo empresario de ofrecer una imagen propia resulta tan indiscutible como el derecho de una personalidad a presentarse a sí misma y, de esta manera, a desplegarse en el sentido del artículo 2, inciso 1 GG. Podemos, pues, remitirnos a la recientemente aparecida investigación de Renate PHILIPP sobre *Las informaciones del Estado a los consumidores en el ordenamiento jurídico del medio ambiente y de la sanidad*, que convincentemente sitúa en el centro de sus reflexiones al derecho de los empresarios a ofrecer una imagen de sí mismos ²⁵. Su resultado es el siguiente: la advertencia frente a un producto en concreto de un fabricante designado individualmente constituye, en lo que tiene de presentación del producto por alguien ajeno a él, una injerencia en el derecho que asiste a todas las personas de ofrecer por sí mismas una imagen de aquello que les pertenece.

Con este trasfondo, tampoco puede resultar convincente la sentencia pronunciada en apelación por el Tribunal Administrativo Superior de Münster en el caso del glicol, en la que se apela a «derechos originarios del Gobierno federal» para fundamentar la competencia del Ministro de Sanidad para formular advertencias ²⁶. En lo que «constituye

la advertencia y de la injerencia en el funcionamiento ordinario de la empresa. *Vid.* sobre este extremo *infra* n. 59.

²³ Como ahora también lo ha confirmado, en cuanto al fondo, el Tribunal Administrativo Superior de Stuttgart, *FAZ* (siglas de *Frankfurter Allgemeine Zeitung*), núm. 69, 22 de marzo de 1990, p. 21. La sentencia viene reproducida en el cuaderno 1 de la *Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht* (en siglas: *WUR*), correspondiente al mes de julio de 1990, junto con una convincente crítica de SCHOCH, porque «no llega a los niveles dogmático-jurídicos del Tribunal Regional».

²⁴ BVerfGE, 35, 202 (220); 54, 148 (155 y ss.); 63, 131 (142).

²⁵ *Vid. supra* n. 12, especialmente pp. 147 y ss., y 153 y ss. Allí se encuentra también una discusión de las distintas concepciones acerca de la garantía jurídico-fundamental de la llamada libertad de la competencia. En términos conceptuales estrictos, no es libre «la competencia» —ésta, en cuanto institución, se encuentra protegida por el derecho de la competencia y justamente por ello carece de libertad—, sino «el competidor» —dentro de los límites del Derecho, y ciertamente, sobre todo en virtud de la libertad contractual (art. 2, ap. 1 GG), dentro de los límites de la ordenación jurídica de la competencia.

²⁶ *GerwArch*, 1988, p. 12.

el convencimiento de la Sala» —fórmula ésta irritante en un contexto jurídico—, entre estos derechos figura el derecho a impartir advertencias específicas frente a riesgos de orden sanitario. La convicción de la Sala, en todo caso, no acierta a sustituir la justificación de por qué la advertencia sobre el glicol ha de estar apoyada en un derecho gubernamental innato y no en una competencia administrativa positivizada. Si se consiguiera fundamentar una competencia de esa índole, sobraría el recurso a posiciones gubernamentales no escritas y, por ello mismo, más cercanas a lo que es una convicción que a lo que constituye una auténtica fundamentación.

La competencia administrativa que estamos buscando no es una pura competencia para formular advertencias, sino la conexión de una atribución jurídico-material para hacer frente a factores de riesgo con el principio de la publicidad de la Administración en caso de la persistencia del riesgo. Dado que ésta es una competencia de policía genuina, ha de ponerse especial énfasis en la garantía de la competencia de los *Länder*.

En el caso del glicol, la competencia de los *Länder* en orden a la ejecución de la Ley sobre productos vinícolas deriva de los artículos 30 y 83 LF, así como en el plano de la legislación ordinaria, a falta de una regulación específica en dicha ley, del § 40, ap. 1 LMBG (siglas de Lebensmittel-Bundesgesetz, Ley federal sobre productos alimenticios). Los organismos inspectores de los productos vinícolas de Baviera lo son, conforme a la normativa de policía administrativa, los organismos de la Administración interior ²⁷.

La función de vigilar el tráfico con productos alimenticios, con inclusión de los que caen dentro de la Ley sobre productos vinícolas —una función que se ha de diferenciar estrictamente de esa competencia—, resulta del § 41, ap. 1 LMBG. Y la facultad de emanar instrucciones concretas, a su vez a distinguir nítidamente de esta función, se deriva —en el caso de que se constate una transgresión de preceptos de la Ley sobre productos vinícolas— del § 58, ap. 1, ord. 4, de esa Ley y del artículo 4 de la Ley de ejecución aludida en la n. 27. Así es posible poner a recaudo el producto ilegal y se puede prohibir su colocación en el mercado, todo ello por mor de la defensa de la salud de los consumidores.

El paso decisivo a la atribución de competencias para formular advertencias se deriva de la aplicación del principio de publicidad a los casos en los que el ejercicio de la facultad instructora no resulta suficiente para el cumplimiento de una misión.

²⁷ Artículo 1, ap. 1, de la Ley relativa a la ejecución de la normativa sobre productos alimenticios, *BayRS*, 2125-1-I.

Aquí no hemos de examinar ese principio en sus aspectos específica y propiamente gubernamentales, sino en su cara jurídico-administrativa. En esta faceta no garantiza tanto la legitimidad democrática del Gobierno, sino la transparencia y la eficiencia de la ejecución de las leyes. El trabajo de Hans-Ulrich JERSCHECK sobre *El deber de publicidad del Poder ejecutivo* sigue siendo, después de veinte años, la base dogmática determinante en uno y otro aspecto ²⁸.

Relevancia especial reviste sobre todo el aspecto de la eficiencia: allí donde en principio no resulta suficiente el ejercicio —en principio no público— de una atribución competencial legal para hacer frente al elemento de riesgo para cuyo rechazo se ha previsto, el consumidor, en la medida en que sigue expuesto a ese peligro, se ve en la situación de dominarlo por sí mismo. La advertencia de producto se puede definir, así pues, como la publicación de las medidas adoptadas en relación con un producto, de acuerdo con las normas materiales de la policía administrativa y para la autodefensa del consumidor frente a los riesgos derivados de productos que se encuentran en su poder o que todavía están en el mercado. Desde el aspecto de la lucha contra los factores de riesgo se trata de una tarea o misión, esto es, de un deber del organismo administrativo competente para con el público en general, teniendo como punto de vista las medidas jurídico-materiales ya adoptadas; por otro lado, lo que la advertencia constituye es una competencia, esto es, un título que legitima a la Administración respectiva para actuar frente a los perturbadores ²⁹. Por ello, Renate PHILLIPP, quien con el recurso al principio de publicidad no ha hecho sino seguir una propuesta de Gertrude LÜBBE-WOLF ³⁰, se refiere acertadamente a la competencia para formular advertencias como una «atribución aneja» ³¹.

²⁸ *Infra* n. 5, esp. pp. 77 y ss. Hasta dónde llega esa base lo pone de manifiesto el conocido trabajo de SCHOLZ, *NJW*, 1973, 481 y ss., en el que incluso la publicación por la Oficina Federal de la Competencia (*Bundeskartellamt*) de las multas impuestas, con indicación del nombre de los multados, se apoya en el principio de publicidad de la Administración. Cuestión en la que aquí no podemos entrar es la de si esto se ha de observar también en el ámbito del Derecho penal (administrativo). En el Derecho de la policía administrativa, en todo caso, el principio de publicidad, tal y como aún se ha de mostrar, es el único apoyo sólido de las advertencias formuladas por órganos de la Administración Pública.

²⁹ No podemos aquí desarrollar con más detalle la fundamentación dogmática subyacente entre relaciones jurídico-administrativas generales y especiales con obligaciones de carácter general y derechos absolutos o, respectivamente, deberes especiales y derechos relativos. Sobre esta problemática cfr. mi monografía *Das Überwachungsrechtsverhältnis: Wirtschaftsüberwachung in gewebepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel* (de próxima aparición), especialmente los §§ 4, 6 y 7.

³⁰ *NJW*, 1987, 2707.

³¹ *Vid.* n. 12, p. 212; menos correcto es calificarla de «competencia aneja» (pp. 70 y 74) y de «anexo a la función (tarea) material» (p. 211), ya que las competencias y las funciones no pueden fundamentar atribuciones —tampoco aquellas de carácter anejo—. [*N. del T.*: «Atribución» (otras veces «atribución competencial») y «competencia» se emplean en la presente traducción como equivalentes a los términos técnicos de *Befugnis* y *Zuständigkeit*. La voz alemana, también

El problema de orden dogmático de mayor envergadura, y hasta la fecha no resuelto satisfactoriamente, reside en el paso de la atribución de hacer públicas las advertencias de las manos de las Administraciones de los *Länder*, las únicas materialmente competentes, a las del Ministerio federal de Sanidad. Este problema se convierte en insoluble si se considera a la advertencia como un instituto jurídico autónomo con base en una cláusula general del Derecho de policía. Pues la competencia (*Kompetenz*) acaba cuando se llega a los límites de los *Länder*, debiendo quedar en advertencias formuladas por los respectivos Ministerios del Interior. El argumento, a veces utilizado como réplica, de la urgencia y la fundamentación en una competencia federal por razón de la naturaleza de la cosa no resulta convincente³². En primer lugar, el caso «Birkel» ha mostrado —en casos como el de Chernobil— que también la advertencia formulada por un organismo administrativo de nivel intermedio de un *Land* [la Administración distrital (*Regierungspäsidium*) de Stuttgart, por ejemplo] alcanza a través de los medios de comunicación la misma e igual rápida difusión que las formuladas por los Ministerios federales. En segundo lugar, al argumento de la naturaleza de la cosa —un *topos* jurídico, por lo demás, débil— le falta en supuestos como éstos toda fuerza de convencer. Si la advertencia formulada desde Stuttgart resulta ser suficiente para conseguir que la población se abstenga —en todo el territorio federal: aunque aquí sea sin fundamento— de adquirir el producto en cuestión, deja de haber un argumento convincente en favor de la necesidad de una advertencia desde Bonn, sobre todo dada la claridad de la determinación de las competencias de los *Länder* en las normas sobre policía administrativa. En tercer y último lugar, la controversia constitucional en torno a la introducción de la competencia informativa de la Federación en materia de protección contra la contaminación radiactiva, a que nos referíamos al principio de este trabajo, muestra que, incluso en términos federalistas, su fundamentación por el legislador no deja de suscitar objeciones³³. Tanto más, pues, cuando se trata de una fundamentación sin ley y sólo en virtud de la naturaleza de la cosa.

Según lo que venimos exponiendo, la competencia del Ministerio federal de Sanidad en el caso del glicol no se puede apoyar en una atribución jurídico-material autónoma. Ni la idea de una atribución genuina y originaria del Gobierno ni la de una atribución administrativa basada en la naturaleza de las cosas constituyen argumentos con suficiente entidad dogmática para poder fundamentar en un caso concreto una excepción al principio del artículo 30 LF. La solución sólo pue-

utilizada por el autor en su sentido técnico de *Aufgabe*, se traduce aquí como función, misión o tarea.]

³² PHILIPP (n. 12), pp. 61 y ss., y 228 y ss.

³³ *Vid. supra* n. 14.

de, pues, encontrarse en el plano de la publicidad de la actuación de las Administraciones Públicas.

Primariamente, según el principio de publicidad se encuentra investido de atribuciones para formular la advertencia —obligada, incluso, en caso de persistencia de riesgo— el organismo administrativo que se podría llamar de primera instancia, esto es: la Administración comarcal. Siendo la que se encuentra más cerca, en lo material y en lo temporal, de la fuente del riesgo, es también la que ha de considerar la situación con vistas a sus propias atribuciones de carácter material y adoptar la decisión acerca de si las prevenciones y las prohibiciones dispuestas resultan ser suficientes para la superación del riesgo. Comoquiera que el hecho de que se haga necesaria la formulación de una advertencia no es otra cosa sino el resultado de esa decisión, la competencia primaria en orden a la publicación de la decisión —esto es, para la propia advertencia— reside en la Administración Pública competente en razón de la materia. A ella le incumbe también la ponderación —imprescindible en el marco del principio de publicidad— entre el interés público en la superación del peligro y el interés de reserva o secreto de los afectados por la advertencia. El hecho de que la Administración comarcal está obligada disciplinariamente o pueda ser obligada por aplicación de las normas del derecho de supervisión o tutela a informar a las Administraciones superiores del *Land* acerca de sucesos especiales no cambia nada en su competencia primaria para ponderar jurídicamente el caso en su conjunto, incluso su publicidad.

Las excepciones a este principio son siempre posibles —como lo muestra una advertencia recientemente difundida por el Ministerio bávaro del Interior en relación con sardinias que contenían histamina—³⁴.

No una cuestión de principios dogmáticos, sino del tratamiento técnico-jurídico de una excepción es también, en definitiva, la asunción del acto de publicación por el Ministerio federal de Sanidad. Esta asunción, que conscientemente ha sido calificada como asunción del acto, pero no del derecho de publicación, presupone una información del Ministerio por parte de los *Länder*. En materia de productos vinícolas esa información se apoya en el § 72 de la Ley reguladora de esos productos, que impone una información recíproca entre el Ministerio federal de Sanidad y las instancias administrativas supremas de los *Länder*, entre otras cosas, en relación con «regulaciones de relevancia ge-

³⁴ *Nürnberg Nachrichten* de 18-1-1990, p. 17. Allí se manifiesta con toda claridad que la advertencia se apoya, en lo esencial, en la publicación de las medidas adoptadas y de los resultados obtenidos: «La Oficina de Investigación de Sanidad del Norte de Baviera, con sede en Erlangen, había detectado en productos del mar unos valores de más de 1.000 mg, muy superiores al límite máximo autorizado de 200 mg. Dichos productos, conservas de pescado, eran...» La competencia del Ministerio del Interior como «suprema autoridad administrativa y de mando de la policía» deriva del artículo 1, ap. 1, inc. 2 POG (= «Polizeiordnungsgesetz»), *BayRS*, 2012-2-1-I.

neral». Que bajo esa fórmula también se puede entender incluidas advertencias ya formuladas o pretendidas lo evidencia el resultado de una Conferencia del Ministro federal de Sanidad y de los Ministros competentes de los *Länder* celebrada el 18 de julio de 1985 con motivo del escándalo del glicol³⁵. En el punto sexto de la declaración conjunta entregada a los medios de comunicación se decía: «El Ministerio federal de Sanidad y los organismos supremos de las Administraciones de los *Länder* se informan entre sí sin demora acerca de los textos de las notas de prensa dadas y sobre las medidas adoptadas por todos ellos». Esta es una formulación que coincide con la solución que aquí se defiende: El derecho de los *Länder* a dar notas de prensa propias en forma de advertencias queda intacto. Si el Ministerio federal da una comunicación de estas características, lo que hace no es asumir una competencia de las Administraciones de los *Länder*, sino simplemente difundir unos hechos de los que ha tenido conocimiento como consecuencia del ejercicio de atribuciones competenciales de los *Länder* en materia de productos alimenticios y de su valoración por la Oficina Federal de Sanidad. Los errores en la valoración efectuada por esta Oficina y los fallos en el contenido y la forma de la advertencia por parte del Ministerio federal de Sanidad son de exclusiva responsabilidad del Gobierno federal.

La única construcción dogmática que se corresponde con ese *iter fáctico* —y con la fuerza financiera fáctica de la Federación en supuesto de responsabilidad civil— es la ayuda interorgánica (*Amtshilfe*) del artículo 35, ap. 1 LF³⁶. En la medida en que limita a una «prestación de auxilio para el caso concreto, satisfaciendo así la determinación que el Tribunal Constitucional Federal ha establecido en la sentencia del caso “Schornsteinfeger”³⁷ frente a la llamada Administración “conjunta” (*Mischverwaltung*), no hay ninguna objeción para apartarse en casos excepcionales justificados materialmente del “principio de la asunción auto-responsable de las funciones” (*Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung*)³⁸. En el caso del glicol, la razón de fondo de la intervención de la Federación —por la fórmula de la ayuda interorgánica— estriba, sobre todo, junto al carácter suprarregional de los riesgos, en la dimensión internacional del asunto³⁹.

³⁵ Reproducido por KOCH, *Weinrecht. Löseblattkommentar*, voz «Inspección» (*Überwachung*), n. 4.4.2.1, p. 69.

³⁶ Para una visión global, *vid.* SCHLINK, *Die Amtshilfe*, 1982, así como los comentarios a dicho artículo de la Ley Fundamental y a los §§ 4 y ss., *VwVfG*; para detalles en orden a la competencia examinadora y a la tutela de los derechos, *vid.* SCHNAPP/FRIEHE, *NJW*, 1982, 1422.

³⁷ BVerfGE, 63, 1 (32, 36 y ss.).

³⁸ GRAWERT, *Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland*, 1967, p. 195, con reflejo en BVerfGE, 63, 1 (41).

³⁹ Es por ello que en la Conferencia a que antes nos referíamos tomaron parte también representantes de organismos de la Administración Pública austriaca, KOCH (n. 35), p. 68.

2. UN EJEMPLO DE ILUSTRACIÓN: EL CASO DE LAS PASTILLAS CON PARADICLORBENZOL EN SU COMPOSICIÓN

En marzo de 1985, la Oficina Federal del Medio Ambiente y la Oficina Federal de Sanidad, en la toma conjunta de posición, informaron a la opinión pública sobre la nocividad de las pastillas de inodoro ⁴⁰. En la parte de la información en que se exponían los datos de hecho se trataba de las propiedades de paradiclorbenzol como elemento activo, que combate los olores, pero no actúa contra la flora bacteriana, llega a los conductos de las aguas residuales tras cada utilización del inodoro y, por esta vía, a causa de su indegradabilidad biológica, produce daños de distinto orden en los organismos que pueblan las aguas y así se convierte en un factor de alteración ambiental de las aguas y, a través de la circulación de los elementos, del aire. En la parte valorativa del comunicado se llamaba la atención sobre el extremo de que el paradiclorbenzol puede llegar a enriquecerse en los peces «hasta un factor superior al 100», por lo que debe catalogarse como «tóxico para los organismos pobladores de las aguas», de forma que la introducción de ese elemento, de acuerdo a una directriz de la Comunidad Económica, se «debería limitar, empleando los mejores recursos auxiliares disponibles»: El resumen de la exposición de los efectos nocivos finalizaba diciendo que «el mejor recurso técnico auxiliar disponible» (entrecomillado como cita textual de la directriz comunitaria) era la «no utilización de dichas pastillas» ⁴¹.

En contra de ese y de otro caso de valoración de un producto —el de los llamados «paños de refuerzo de lavado»— ha tomado posición detalladamente Fritz OSSENBUHL en un estudio que, como él mismo señala en el prólogo, ha surgido de un dictamen en Derecho sobre *El cuidado del medio ambiente a través de advertencias y recomendaciones administrativas* preparado a petición del *Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel e. V.* («Asociación de Industrias de Cosméticos y Detergentes») ⁴².

El núcleo de esa toma de posición lo constituyen tres argumentos: en primer término, el llamamiento a la no utilización de pastillas de inodoro representa una «apelación», algo que ya no tiene que ver con «ilustración» ⁴³; en segundo lugar, también la ilustración meramente informativa, bajo condiciones que examinamos más abajo, puede llegar a suponer una intromisión fáctica en la esfera de los derechos

⁴⁰ Reproducida en *Bundesgesundheitsblatt*, núm. 28 (marzo 1985), pp. 86 y ss.

⁴¹ *Vid.* n. 40, p. 87.

⁴² *Vid.* n. 15, p. V.

⁴³ *Vid.* p. 41.

fundamentales⁴⁴; en tercer y último lugar, la asignación de tareas del § UABG no resulta suficiente cobertura de esas intromisiones⁴⁵.

El primer argumento se puede rebatir mediante las consideraciones que expusimos al inicio de este trabajo acerca del concepto de ilustración. Precisamente la historia del surgimiento de la misión ilustradora de la Oficina Federal del Medio Ambiente muestra que lo que ha buscado el legislador ha sido —recurriendo una vez más a las palabras del programa ambiental— el «fomento de la conciencia medioambiental» y un «comportamiento de los consumidores consciente de los problemas del medio ambiente»⁴⁶. En el Informe sobre el Medio Ambiente de 1976 se añadía que la Oficina Federal del Medio Ambiente llevaba a cabo con intensidad el «trabajo de ilustración» que le encomendaba la ley⁴⁷. En esta «encomienda» —o dicho con más rigor dogmático: «función»— se encuentra incluida la valoración de los hechos que se dan a conocer con las miras puestas en el aspecto fáctico de los «problemas ambientales». En el marco de esa valoración es donde se ha producido la cita de la directriz comunitaria y la calificación de la no utilización como «el mejor recurso técnico disponible». Ahí no se da una influenciación de la decisión del consumidor indebidamente apelativa —en el sentido descalificador antes referido—, puesto que la calificación, en la medida en que se formula a través de la cita literal de la directriz comunitaria, en realidad no es una apelación, sino un simple acto de subsunción. A ello —como, en definitiva, a la directriz— no se refiere OSSENBÜHL⁴⁸.

El segundo argumento —la ilustración como perturbación de hecho de un derecho fundamental— tiene una entidad sensiblemente mayor. En todo caso, ha suscitado alguna contradicción entre la doctrina, y tampoco aquí va a quedar inobjeto⁴⁹.

OSSENBÜHL sostiene que se produce una intromisión de hecho en la esfera de los derechos fundamentales si concurren tres condiciones: si la ilustración proporcionada por un organismo de la Administración

⁴⁴ Vid. pp. 15 y ss.

⁴⁵ Vid. pp. 38 y ss.

⁴⁶ Vid. *supra* n. 10.

⁴⁷ BT-Drucks. 7/5684, p. 13, bajo los rótulos —denotadores de la competencia valorativa que aquí se sostiene— de «Fomento de la conciencia ambiental» e «Ilustración de la población».

⁴⁸ Lo que más bien se contiene (p. 2, n. 15) es una reproducción, como cita (por lo demás, tampoco correcta en su contenido), de la expresión del «mejor recurso técnico», lo que, a su vez, se produce en una reproducción indirecta del dictamen. Sin la referencia a la directriz esto actúa como no podía ser de otra manera: como la reproducción directa de una apelación.

⁴⁹ Entre los contradictores están LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987, 2710; SODAN, *DÖV*, 1987, 860 y ss.; OEBBECKE, *DVBl*, 1988, 66; SCHULTE, *DVBl*, 1988, 517; las objeciones han encontrado una elaboración correcta en forma monográfica en PHILIPP (n. 12), pp. 88 y ss. El argumento de OSSENBÜHL ha recibido la aprobación de DOLDE, *Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln*, 1987, y la de ZUCK, *MDR*, 1988, 1021; PINGER, *JuS*, 1988, 53, coincide sólo en el resultado.

Pública en relación con un producto que cumple los requisitos legales persigue expresamente reducir su presencia en el mercado, lleva a recortes claros en el volumen de negocio y se presenta como una medida «específica» en relación a derechos fundamentales⁵⁰.

En contra de la conexión de la primera de las condiciones con la tercera —el carácter «dirigido» (expreso) y la «especificidad» de la medida— se ha alcanzado en más de un sentido —y de forma, por lo demás, bien convincente— la objeción de la circularidad⁵¹. Si lo específico de una medida —en relación con los derechos fundamentales— ha de medirse según que «se entrometa o no en el ámbito de protección de un derecho fundamental»⁵², el propio criterio está presuponiendo el carácter dirigido o expreso de la intervención en una esfera de protección definida constitucionalmente. Sólo de la definición de ese ámbito depende que una medida pueda considerarse «dirigida» o, en otra formulación, que en el fondo viene a significar lo mismo, «específica» en orden a un derecho fundamental. En una consideración meramente retórica, la fórmula de «finalista y específica en relación con derechos fundamentales» —un giro que también utiliza el Tribunal Administrativo Federal en su famosa resolución del caso de las listas de transparencia⁵³— es un *Hendiadyoin*; desde el punto de vista de la lógica jurídica, sin embargo, constituye una tautología.

En términos igualmente críticos ha reaccionado una parte de la bibliografía frente al segundo argumento de la intromisión, el criterio de la reducción del volumen de negocio⁵⁴. Prescindiendo de que para el enjuiciamiento de la legalidad de una medida de carácter ilustrador lo que importa, por razones incluso procesales, es el momento en que se produce la medida administrativa y de que, por ello, se ha de proceder a una apreciación *ex ante*, la consideración *ex post* pone de manifiesto los contextos de causación jurídicamente relevantes: a la Administración sólo se le puede imputar la forma y el contenido de su comunicado ilustrador, no las consecuencias del comportamiento consciente e informado de los consumidores⁵⁵. Aquí se hace especialmente clara la diferencia dogmática entre la advertencia y la ilustración. Mientras que la advertencia, a causa de la indicación del perturbador, se imputa a la esfera de responsabilidad del órgano administrativo, la decisión acerca de los beneficios privados que pueda reportar una clase de productos a los que se ha calificado de nocivos para el ambiente

⁵⁰ Vid. n. 15, pp. 31 y 50.

⁵¹ LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987, 2709; SCHULTE, *DVBl*, 1988, 517; de modo semejante PHILIPP (n. 12), p. 103 (con la n. 43).

⁵² OSSENBUHL (n. 15), p. 31.

⁵³ BVerwGE, 71, 183 (194).

⁵⁴ Vid. —como el más conciso y concluyente— OEBBECKE, *DVBl*, 1988, 66.

⁵⁵ Sobre los criterios de imputación, *vid.* en detalle PHILLIP (n. 12), pp. 135 y ss.

cae dentro de la esfera de la responsabilidad del consumidor. El hotelero que ha sido objeto de ilustración, por ejemplo, es quien toma la decisión de emplear pastillas conteniendo paradiclorbenzol o, en lugar de ello, renunciar a disimular los olores y preocuparse por una aireación más pura y por gastar la mayor cantidad de agua que ello comporta. El organismo administrativo del que parte la ilustración no tiene ninguna responsabilidad por las consecuencias fácticas de esa decisión, ni por el recorte en la cifra de negocios, por una parte, ni por el mayor consumo de agua, por la otra⁵⁶, ya que el consumidor ciertamente no está sujeto a ninguna clase de poder jurídicamente vinculante —a diferencia de lo que sucede con los médicos relevantes en la decisión del caso de las listas de transparencia, que están obligados a tener en cuenta las listas de transparencia de medicamentos⁵⁷.

La concepción de OSSENBÜHL sobre la intromisión depende totalmente de la afirmación o negación de una intromisión en el ámbito de protección de los correspondientes derechos fundamentales del empresario derivados de los artículos 14, ap. 1, 12, ap. 1 ó 2, ap. 1 LF.

En lo que concierne a la garantía de la propiedad, se ha llamado la atención acerca de las dudas que el Tribunal Constitucional Federal ha manifestado desde la perspectiva del artículo 14 LF frente a la protección de la actividad económica organizada y ejercitada⁵⁸. Resulta «dudoso —se dice por el Tribunal— que la actividad económica en cuanto tal ostente las características constitutivas del concepto constitucional de propiedad». Las dudas afectan a la cuestión de si el ámbito de protección del artículo 14 LF sólo se extiende a la conjunción fáctica de bienes y de derechos de valor patrimonial en una empresa o también a «irradiaciones» como la clientela, las relaciones comerciales o el buen nombre de la empresa. La respuesta puede ser la que proporciona el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*): Para poder hablar de un derecho de propiedad en relación con esa clase de irradiaciones falta el contenido asignativo, ya que, si bien el «derecho a la actuación económica» se encuentra protegido legalmente, ello no supone que a los sujetos de dicha actividad se les atribuya un «ámbito de actividad determinado con oportunidades y expectativas fijas como si de un derecho absoluto se tratara»⁵⁹. Por ello, los recortes en el vo-

⁵⁶ La imputabilidad del mayor consumo de agua se convierte así en el criterio de la imparcialidad. Quien sólo consideraba como imputables los recortes en la cifra de negocio, pero no hace lo mismo con otras consecuencias fácticas de la reacción de los consumidores frente a la acción ilustradora de la Administración, está siendo manifiestamente parcial y, por ello, no puede ser considerado un buen juez para emitir juicios dogmáticos.

⁵⁷ Así, certeramente, BVerwGE, 71, 183 (191, 195). Crítico al respecto es SODAN, DÖV, 1987, 864; informativo en términos generales, BORCHERT, NJW, 1985, 2741.

⁵⁸ BVerfGE, 51, 193 (221).

⁵⁹ BGHZ, 71, 86 (98). «Como si de un derecho absoluto se tratara» no se puede atribuir el buen nombre de la empresa, ya que el propietario de la firma no puede disponer de ese buen nombre de la misma manera que lo puede hacer el titular de cualquier otro derecho en el sen-

lumen del negocio que se producen a consecuencia de la conducta de los consumidores una vez ilustrados por una Administración Pública no constituyen una intromisión —ni siquiera fáctica— en una posición jurídica absoluta protegida por el artículo 14 LF⁶⁰.

En lo que atañe a la libertad de profesión u oficio, también considera OSSENBÜHL inobjetable la asignación de funciones contenida en el § UABG⁶¹. Pues, por el rasero del artículo 12 LF sólo se han de enjuiciar aquellas medidas que —como el Tribunal Constitucional Federal viene diciendo en una jurisprudencia constante— dejan «entrevener con claridad una tendencia a regular objetivamente una determinada profesión»⁶². Una tendencia de este signo es la que el Tribunal Administrativo Federal ha afirmado en la sentencia del caso de las listas de transparencia a causa de la fuerza vinculante para con los facultativos que extienden las recetas, a las que ya nos hemos referido⁶³. Allí donde no se da una fuerza de estas características, como es el caso de las informaciones generales destinadas a los consumidores, el ámbito de protección del artículo 12 LF no se ve afectado por el cumplimiento de la función ilustradora establecida por ley en el § 2 UABG.

Finalmente, en lo concerniente a la llamada —con imprecisión— libertad de competencia en el marco del artículo 2, ap. 1 LF, nos podemos remitir a lo ya dicho acerca del derecho de los empresarios a ofrecer por sí mismos una imagen propia⁶⁴. Se produce una intromisión en este derecho no sólo a través de la formulación de advertencias dirigidas —esto es: por medio de informaciones que se ocupan de productos indicando al tiempo la identidad del fabricante—, sino también con acciones ilustradoras de carácter general sobre la nocividad para el medio ambiente de clases de productos descritos de forma también general⁶⁵.

De hecho, el § 2 UABG satisface todos los requisitos constitucionales que se pueden exigir a una base legal para el desarrollo de una función ilustradora por parte de un organismo administrativo. Por el tenor literal, la historia de su gestación y su finalidad, el precepto con-

tido del § 823, ap. 1, BGB («Bürgerliches Gesetzbuch» = Código civil). La fama de una empresa es resultado de la competencia y, por ello, no es objeto posible de un poder de disposición jurídico absoluto. Sobre los derechos fundamentales de libertad como derechos absolutos, *vid.* la detallada exposición del autor (n. 29), § 6 I 2.

⁶⁰ En este mismo sentido y con una fundamentación que también convece en el detalle, PHILIPP (n. 12), pp. 127 y ss.; también está justificada la crítica a la doctrina dominante, que no otorga ninguna significación a las dudas expresadas por el Tribunal Supremo, p. 124.

⁶¹ *Vid.* n. 15, pp. 46 y ss. (49).

⁶² BVerfGE, 13, 181 (186); 16, 147 (162); 37, 1 (17); 49, 24 (47). Por el contrario, el pasaje de la p. 333 de la sentencia BVerfGE, 29, 327, que también se acostumbra a citar hasta por el propio Tribunal Constitucional Federal, no contiene esta fórmula.

⁶³ *Vid. supra* n. 53.

⁶⁴ *Vid.* n. 25.

⁶⁵ PHILIPP (n. 12), pp. 158, 232 y 240.

tiene sólo una «función» de «ilustración del público en cuestiones medioambientales». Mas no es ni exigible ni posible, ya que la función acometida dentro de los límites fijados por el precepto existe en cuanto deber para con el público, no como derecho frente a los empresarios individualmente considerados⁶⁶. También en la medida en que —como resulta característico del concepto de función o tarea— la función contiene tanto una parte de compromiso como otra de facultación, el derecho sólo existe, pues, frente al público en general⁶⁷. No hace falta un derecho frente a personas singulares (esto es: una atribución), ya que al ejercicio de la misión ilustradora no va unida ninguna intromisión en los derechos fundamentales. A diferencia de lo que sucede en el caso de la advertencia, la ilustración es «néutral» desde el punto de vista de los derechos fundamentales⁶⁸.

Con todo esto es posible liberar al concepto de ilustración de aquella paradoja a la que se vio conducido por el criterio del recorte de la cifra de negocio. Si este recorte constituyera un criterio para considerar dada una intromisión en un derecho fundamental, la misión ilustradora del § 2 UABG sólo se podría llevar a cabo con arreglo a Derecho a base de soslayar los efectos de la ilustración misma. Que éste no puede ser el contenido del precepto ni el del concepto de ilustración es algo que parece no requerir mayores explicaciones⁶⁹.

⁶⁶ Vid. a este respecto las referencias contenidas en la n. 29.

⁶⁷ Se trata del derecho (general no un derecho específico frente a personas concretas, esto es: no una atribución de facultades) que a la Administración Pública concede el legislador de preocuparse por la transparencia del mercado a la vista de la incompatibilidad ambiental de clases de productos (no de productos singulares de fabricantes concretos). LÜBBE-WOLFF, *NJW*, 1987 (2711), ya ha dicho lo que era necesario desde el punto de vista del derecho de la competencia: que «la hipótesis de que los derechos fundamentales ofrecerían a los fabricantes afectados protección frente a pérdidas en la cifra de negocio generadas incluso por informaciones de relevancia medioambiental objetivamente correctas convierte en justamente —y contra toda lógica— en su contrario a la protección constitucional dispensada a la libertad de la competencia». Allí también se encuentra la comparación con la jurisprudencia sobre la fundación *Warentest* (dedicada a hacer públicos controles comparativos de calidad de productos y bienes de consumo; *N. del T.*), lo que dogmáticamente supone un paso adelante, que en esta ocasión no es necesario enfocar.

⁶⁸ PHILIPP (n. 12), pp. 240 y, de modo similar, 157.

⁶⁹ Retornando a lo dicho en la n. 1, sea permitido llamar la atención sobre las consecuencias que otra forma de pensar tendría para la advertencia que se formula en las cajetillas de tabaco: su constitucionalidad, hablando en términos de dogmática civilista, quedaría sujeta a una condición resolutoria y finalizaría con la producción de una reducción en el volumen de ventas (¿sin pararse a considerar quién y qué lo ha producido?). Por lo demás, la alusión, apoyada en el § 3a, ap. 1, del Reglamento sobre el tabaco, se ha de considerar dogmáticamente como una obligación legal de rotulación y, por ello, como un deber empresarial, no como un derecho de una Administración Pública. Sobre este extremo, se podrá consultar también próximamente una monografía anunciada en la n. 29.

III. LA ILUSTRACION DEL PUBLICO COMO UNA FUNCION DEL GOBIERNO

En esta parte final, en la que ahora entramos, trataremos de mostrar sobre la base de dos casos ejemplificantes que los criterios dogmáticos hasta ahora elaborados también son aplicables a los actos de advertencia e ilustración procedentes del Gobierno. La ilustración se examina con el ejemplo del SIDA, para la advertencia recurrimos al caso de la «Meditación Trascendental».

1. LA ILUSTRACIÓN A LA LUZ DEL EJEMPLO DEL SIDA

La competencia para la campaña de ilustración acerca del SIDA llevada a cabo con todos los medios modernos de publicidad cinematográfica, de prensa y de carteles no la tiene la Oficina Federal de Información Sanitaria, por más que hacia afuera aparezca esta agencia, bajo su propio nombre y dirección, como el indicador de la campaña y como el punto central de asesoramiento. De acuerdo con el decreto de creación y organización de la Oficina, de 1967, ésta se configura como un organismo sin personalidad jurídica dependiente del Ministro federal de Sanidad⁷⁰. La competencia material para ilustrar acerca del SIDA reside, pues, en manos del Ministerio federal de Sanidad.

La falta de autonomía de la Oficina Federal tiene relevancia también en orden a la interpretación de los cometidos que se le asignan en el § 2 del decreto. Cuando se dice allí que, entre otras cosas, sería misión suya «la coordinación y la intensificación de la ilustración en materia de sanidad... en el conjunto del territorio federal»⁷¹, de ello resulta, tanto por la formulación de la misión como por la posición de la agencia, que no se trata de una función ilustradora originaria, sino de carácter derivado. O, dicho con otras palabras: el cometido de ilustración sobre el SIDA debe basarse en la ley o en la Constitución, no resultar de un acto ministerial de índole organizativa.

El § 10, ap. 1, de la Ley federal sobre epidemias faculta a los organismos competentes para adoptar «las medidas necesarias» para hacer frente a enfermedades transmisibles en el caso de su aparición⁷².

⁷⁰ Vid. § 1, ap. 1, del decreto de creación de la Oficina, de 27 de julio de 1967, siendo Ministra de Sanidad la Sra. Strobel (*GMBI*, núm. 20, p. 374).

⁷¹ § 2, ap. 1, inc. 2.

⁷² En lo que sigue, conforme al tema que nos ocupa, se trata sólo de la ilustración, no de las medidas coactivas propias de la policía administrativa de la lucha contra las epidemias. Sobre este aspecto, *vid.*, junto a las obras ya clásicas de FRANKENBER, *Aids-Bekämpfung im Rechtsstaat*, 1988, y de SCHÖNEMANN-PFEIFFER, *Die Rechtsprobleme von Aids*, 1988, ahora también puede consultarse COSTARD, *Öffentlich-rechtliche Probleme beim Auftreten eider neuen übertragbaren Krank-*

Esta cláusula general de policía administrativa especial en materia de epidemias, como sucede con las cláusulas generales de la policía en general, sólo da cobertura a las medidas de ilustración adoptadas por los organismos administrativos de los *Länder*. El § 11, ap. 1, de la Ley de Epidemias, donde se contiene la competencia de los *Länder* para los organismos administrativos, así como el principio federal de la Ley Fundamental no pueden soslayarse en cuestiones de ilustración, esto es: en cuestiones de mera actividad de la Administración⁷³. La acción ilustradora llevada a cabo por el Ministerio federal de Sanidad no puede, pues, entenderse como una función administrativa accesoria de la ley, sino sólo como una función de gobierno definida por la Constitución.

Comoquiera que la Ley Fundamental no contiene una función de ilustración expresamente formulada, en principio se ofrece la vía del recurso a lo que es el trabajo informativo propio del Gobierno. De acuerdo con las precisiones establecidas al principio, sin embargo, este trabajo de información al público por el Gobierno ha de limitarse al ámbito de la formación de la voluntad política⁷⁴. Pese a todas las dificultades que conlleva una definición general de ese ámbito —que conduce en última instancia a la imposibilidad de una clara distinción entre Gobierno y Administración—, es posible situar claramente la ilustración acerca del SIDA dentro de la esfera de la lucha preventiva de las autoridades sanitarias. En el sentido de la terminología aquí propuesta, se trata, por ello, de ilustración del público llevada a cabo por el Gobierno, no de trabajo de información del Gobierno.

Como apoyatura constitucional de la función ilustradora, hasta la fecha sólo se ha podido aportar, a lo que se ve, la competencia legislativa de la Federación para la lucha contra las enfermedades que suponen riesgo para el conjunto de la población conforme al artículo 79, número 19 LF, que podría valer como «el límite extremo» también de la competencia gubernamental⁷⁵. Esta fundamentación puede ser válida a lo sumo para las relaciones entre las Administraciones Públicas

heit am Beispiel Aids, 1989, así como SEEWALD, *NJW*, 1987, 2265; SCHENKE, *DVBl*, 1988, 165, y FRANKENBERG, *ZRP*, 1989, 2917.

⁷³ A este respecto las líneas esenciales siguen encontrándose en la primera sentencia que pronunció el Tribunal Constitucional Federal en materia de televisión (BVerfGE, 12, 205, 246 y ss.).

⁷⁴ *Supra* n. 6. Hace tiempo que han pasado los tiempos en los que el derecho de la «buena policía» (*das Recht der guten Policery*) se contaba entre los derechos por excelencia del (buen) gobierno.

⁷⁵ GRAMM, *NJW*, 1989, 2920, con referencia a STERN, *Staatsrecht*, II, 1980, p. 783. Por lo demás, allí se encuentra, además de la remisión a BVerfGE, 12, 205 (229), la clara afirmación de que del *topos* del «límite extremo» no se debería extraer la conclusión de que «siempre que la Federación haya podido dictar una ley sobre una determinada materia, pero no lo haya hecho, debería cuando menos poder ejercitar, como un *minus*, las actividades de orden administrativo».

y los ciudadanos, pero no de ninguna manera para las relaciones entre Federación y *Länder*.

De entrada, es necesario subrayar que la conclusión de que la competencia ilustradora se deriva de la competencia legislativa sólo es admisible en la medida en que la ilustración queda dentro del marco de una misión, esto es, en la medida en que no requiere ninguna atribución competencial específica. No se debería poner en cuestión una conquista tan consolidada de la tradición del Estado de Derecho como lo es la prohibición de inferir una atribución a partir de una misión, trátese de misiones o funciones administrativas o de funciones propias del Gobierno. Los artículos 1, ap. 3, y 30 LF sólo conocen un poder ejecutivo uniformemente vinculado a los derechos fundamentales, no un poder de gobierno más atenuadamente sujeto a los mismos. En lo que atañe a la ilustración acerca del SIDA, sin embargo, no se aprecia intromisión alguna en la esfera de los derechos fundamentales. Por razones estéticas o incluso éticas, tal vez se pueda tener diferencias de opinión en torno a alguno de los carteles o a alguna de las formulaciones sugestivas, pero lo que no se puede sostener es que en todo ello haya una violación de derechos subjetivos de rango constitucional⁷⁶. Desde la perspectiva, pues, de los derechos fundamentales nada se puede objetar en contra de la derivación de una competencia ilustradora a partir de la competencia de índole legislativa, sobre todo cuando el Gobierno federal persigue justamente el objetivo de —por medio de la ilustración— evitar la adopción de medidas legislativas⁷⁷. En cuanto sucedáneo de la ley y apelando al derecho de iniciativa legislativa del Gobierno federal, la acción ilustradora de éste en materia de SIDA parece, pues, suficientemente legitimada constitucionalmente frente a los titulares de derechos fundamentales⁷⁸.

En la relación entre la Federación y los *Länder*, por el contrario, la actual práctica ilustradora —por bien intencionada y bien acometida que sea— no puede «salvarse» desde el punto de vista del Derecho constitucional. La competencia administrativa jurídico-positiva de los *Länder* para promover acciones de ilustraciones al amparo del § 10, ap. 1, de la Ley federal sobre epidemias no puede ser soslayada a través de una competencia análoga de la Federación, ahora de naturaleza no administrativa sino gubernamental, deducida en términos análogos.

⁷⁶ En este sentido, *vid.* también, con fundamentación detallada, GRAMM, *NJW*, 1987, p. 71.

⁷⁷ SÜSSMUTH, *Aids, Wege aus der Angst*, 1987, p. 71: ilustración o «control absoluto»; p. 76: información o «medidas coactivas».

⁷⁸ Que también en esta medida resulta oportuna una contemplación diferenciada de las distintas relaciones jurídicas y de los derechos y obligaciones que en su seno se generan (la relación jurídico-constitucional como relación jurídica general entre los poderes, órganos e instancias estatales, por una parte, y los titulares de derechos fundamentales, por la otra; la relación entre la Federación y los *Länder* como una relación jurídica especial entre el Estado global y los Estados miembros) es algo que aquí sólo se puede apuntar —con referencia a la n. 29.

La ley vigente precede en todos los sentidos a la ley que se está evitando mediante la ilustración en el marco del artículo 30 LF. Y a la cooperación actualmente practicada entre la Federación y los *Länder* (que, por el lado de algunos *Länder*, sólo se estaría llevando a cabo en plan de tolerancia), se estaría oponiendo el claro y reiterado pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal de que «los desplazamientos competenciales entre la Federación y los *Länder* no resultan admisibles ni en el caso de que se produzcan con el consentimiento de los implicados y que la Ley Fundamental excluye una forma de Administración como ésta, que se podría denominar mixta, en la medida en que no la prevé expresamente»⁷⁹. Aun en el caso de que se aplicara a la ilustración la resolución adoptada por los ministros y senadores (los equivalentes a los ministros en las ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo) de los *Länder* de 27 de marzo de 1987⁸⁰, relativa a la «cooperación de los *Länder* entre sí y con el Gobierno federal» —cosa que el tenor literal del acuerdo apenas permite—, seguiríamos topando con el veto constitucional de la Administración mixta⁸¹. Pues a diferencia de lo que sucede en el caso del auxilio interorgánico en el caso del glicol, en la acción ilustradora en materia de SIDA no se trata de un auxilio concretado en supuestos concretos, sino de la «asunción de todo un ámbito funcional» y, por tanto, de aquella forma de «préstamo de órganos» a los que el Tribunal Constitucional Federal ha impartido una clara negativa en su sentencia del caso «Schornsteinfeger»⁸². Lo que allí se dice respecto del préstamo de órganos entre Federación y *Länder* vale también en el sentido inverso para el préstamo entre *Länder* y Federación: resulta contradictorio con el «principio de “asunción responsable de las propias competencias” el que órganos dependientes de la Administración federal se empleen “en la medida no reducida” para fines de la Administración de los *Länder*»⁸³. A falta de una ley específica sobre el SIDA que convierta la competencia ilustradora que a los *Länder* atribuye el § 10, ap. 1, de la Ley sobre las epidemias en una competencia autónoma de la Federación, excluyente de toda forma de Administración mixta, la campaña seguirá dependiendo en buena medida de los recursos finan-

⁷⁹ BverfGE, 32, 145 (156), doctrina reiterada, en lo concerniente a la admisión, en BverfGE, 63, 1 (39), y, en lo relativo a la Administración mixta, en BverfGE, 39, 96 (120), y 41, 291 (311). Un análisis muy agudo acerca de la «unicidad y exclusividad» de la competencia se puede encontrar en MORLOK, *DVBl*, 1989, 1147 (1148).

⁸⁰ Reproducida, entre otros lugares, en FRANKENBERG (n. 72), p. 173, y SÜSSMUTH (n. 77), p. 162; sobre la «colaboración», *vid.* el punto 4e de la resolución.

⁸¹ RONELLENFITSCH, *Die Mischverwaltung im Bundesstaat*, 1975, p. 17, contempla el sentido del concepto precisamente en la formulación de un «veto jurídico»; *vid.* las referencias contenidas en la p. 49.

⁸² BverfGE, 63, 1 (32).

⁸³ BverfGE, 63, 1 (41).

cieros de la Federación, pero no estará determinada por la ordenación competencial del Estado federal.

2. EL CASO DE LA «MEDITACIÓN TRASCENDENTAL» COMO UN EJEMPLO DE ADVERTENCIA

A pesar de las sentencias del Tribunal Administrativo Federal de 23 de mayo⁸⁴ y del Tribunal Constitucional Federal de 15 de agosto de 1989⁸⁵, que se manifiestan en una línea diferente, la dogmática aquí desarrollada acerca de las funciones ilustradoras y las atribuciones admonitorias sólo permite una valoración: La advertencia dirigida en concreto contra un movimiento religioso o ideológico designado por su nombre, que pueden acogerse al artículo 4, aps. 1 y 2 LF, necesita —a diferencia de lo que sucede con la ilustración de carácter general acerca de movimientos religiosos de juventud o sectas juveniles de nuevo cuño— una atribución competencial que no puede resultar de la función o tarea de información al público. La frase —contenida en diversos comunicados del Gobierno federal— de que «Meditación Trascendental» es «poco seria en su comportamiento financiero», no se «enseña a través de maestros suficientemente cualificados» y podría «producir daños psíquicos o llevar a una destrucción de la personalidad», se encuentra, pues, carente de base jurídica. Para efectuar tales valoraciones ni se había ejercitado una atribución competencial material que se pudiera haber hecho pública, de acuerdo con el principio de publicidad, ni existía —y sigue sin existir en la actualidad— ninguna competencia autónoma del Gobierno federal en orden a la formulación de la advertencia en el ámbito de la protección de la juventud, aquí relevante. El § 25, ap. 1, de la Ley de atención a la juventud lo que hace es más bien limitar de modo expreso los derechos del Gobierno en la materia al fomento de «las funciones de la ayuda a la juventud». Según el § 23, ap. 1, de la misma Ley sólo resultaría, pues, admisible «informar al público sobre la situación de la juventud y sobre las medidas de ayuda a los jóvenes». Como esas medidas no se habían adoptado frente a la comunidad ideológica que era la «Meditación Trascendental», las facultades del Gobierno federal sólo alcanzaban a emitir un informe general sobre la situación. Podía ilustrar, pero no advertir; su legitimación democrática sólo le facultaba para la adopción de medidas de atención (bienestar) de la juventud, no para adoptar medidas de policía al respecto.

⁸⁴ NJW, 1989, 2272.

⁸⁵ NJW, 1989, 3269.

Este resultado, que prescinde de cuál sea la organización en cuestión, se deriva directamente de las exigencias que cabe plantear a una advertencia desde la perspectiva del Estado de Derecho. Lo comparan el Tribunal Administrativo Superior de Münster⁸⁶ en el caso que nos ocupa y, en un caso comparable, el Tribunal Constitucional de Mannheim (Baden-Württemberg)⁸⁷. Por parte de la doctrina jurídica, Christoph GUSY ha encontrado palabras inequívocas de crítica para el resultado: el precio dogmático que se ha pagado por la intromisión libre (de condicionamientos legales) en la esfera de los derechos fundamentales habría sido demasiado alto⁸⁸.

La crítica está justificada, ya que ni el Tribunal Administrativo Federal ni el Tribunal Constitucional Federal han dado una fundamentación de por qué y bajo qué premisas jurídico-estatales es dable derivar la competencia para formular advertencias a partir de la función de información al público. En ambas decisiones jurisdiccionales sólo se encuentra una frase de contenido apodíctico y decisionista. En la sentencia del Tribunal Administrativo Federal se dice: el trabajo de información al público «incluye la posibilidad de recomendaciones y advertencias estatales»⁸⁹; el Tribunal Constitucional Federal lo ha expresado en estos otros términos: «si el Gobierno federal se encuentra facultado y obligado para llevar a cabo (una función de información al público) en el marco de la posición funcional que le presupone la Ley Fundamental, de ello (!) le resulta también la atribución competencial... para pronunciar advertencias o recomendaciones»⁹⁰. Aunque no se puedan formular las mismas exigencias a una resolución de una sección que a una sentencia de una Sala, basar simplemente con un «de ello» la inferencia de la competencia admonitoria, propia de la policía administrativa, a partir de la función —de índole política— de ilustración es algo que, a la luz de lo aquí expuesto, no puede considerarse admisible.

⁸⁶ NVwZ, 1986, 400.

⁸⁷ NVwZ, 1989, 279.

⁸⁸ JZ, 1989, 1003 (1005); esencialmente coincidente es KÜHLMANN, JA, 1990, 59. BADURA, *Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz*, 1989, p. 84, por el contrario, considera con toda razón como «inobjetables» las «advertencias o recomendaciones generales», pero no las que se producen *nominatim*.

⁸⁹ NJW, 1989, 2274.

⁹⁰ NJW, 1989, 3270.

