

# El nuevo Registro de transparencia alemán y otras cuestiones actuales de transparencia en Alemania

Thomas Klink

Doctor por la Universidad de Constanza/Alemania  
Magistrado en la Audiencia Provincial de Stuttgart/Alemania  
[t.klink@gmx.eu](mailto:t.klink@gmx.eu)

## The New German Transparency Register and Other Current Issues of Transparency in Germany

ISSN 1989-7022

**RESUMEN:** En 2017 han entrado en vigor en Alemania normas para la implementación de la Cuarta Directiva Europea (2015/849) anti-blanqueo de capitales con transparencia en cuanto a la titularidad real de participaciones en sociedades. En Alemania se ha creado un nuevo Registro de transparencia con este fin disponible en internet para personas con un interés legítimo. Ya en general, se expone que en el sector público alemán hay tres niveles de transparencia: (1) los diputados pueden iniciar comisiones de investigación e interpelaciones, que la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional ha reforzado. Las informaciones obtenidas por los diputados son regularmente publicadas en la documentación parlamentaria accesible en internet. (2) El derecho de los periodistas al acceso a informaciones públicas protegido en las leyes de prensa de los Estados federados y la Constitución (libertad de prensa), un derecho al que los tribunales dan un gran valor. (3) El acceso a informaciones ya existentes en el nivel federal y en la mayoría de los Estados. El número de los casos ante los tribunales sigue aumentando. En Hamburgo la administración tiene que publicar proactivamente, es decir, sin solicitud previa de un ciudadano – los documentos públicos.

**ABSTRACT:** In 2017, German regulations for the implementation of the Fourth European Directive (2015/849) on anti-money laundering came into force in Germany. With this measure it will be possible to identify the natural persons who control companies (especially limited liability companies). In Germany a new Transparency Register has been created for this purpose. In the German public sector there are three levels of transparency: (1) According to parliamentary law, members of parliament can initiate commissions of inquiry and interpellations, it has been reinforced by the recent jurisprudence of the German Constitutional Court. (2) The right of journalists to access public information should also be emphasized. (3) Citizens' access to existing information (especially documents) vis-à-vis the executive is protected at the federal level and in most Länder by means of laws of free access to public information. In Hamburg the administration has to publish proactively, that is to say, without prior request of a citizen - public documents. These developments demonstrate the increasingly important significance of transparency for an interested and active citizenry in government control. At the same time this level of transparency has only been achieved thanks to technical advances and the internet.

**PALABRAS CLAVE:** Transparencia, derecho de acceso a la información, Cuarta Directiva Europea (2015/849) anti-blanqueo, interpelaciones parlamentarias, periodistas, Derecho alemán

**KEYWORDS:** Fourth European Directive (2015/849) on anti-money laundering, German Law, Transparency, parliamentary interpellations, right of journalists, access to public information

### 1. Introducción

La importancia de la transparencia como concepto jurídico sigue aumentando. El concepto se aplica en el sector público y el sector privado. En ambos sectores la transparencia es un mecanismo de control. La transparencia frente al Estado sirve para divulgar informaciones sobre los procesos y decisiones de los órganos del Estado a los ciudadanos. Así contribuye a la opinión pública y soporta la soberanía del pueblo. La opinión pública es un factor importante que controla las acciones de los políticos – sobre todo antes de las elecciones. La prensa es tradicionalmente la portadora de noticias, es decir, el mediador central entre los políticos y los ciudadanos con respecto a la transparencia. Pero este triángulo está cambiando con las cada vez mayores posibilidades de internet que facilita el acceso directo al internauta a informaciones y el intercambio directo de opiniones de los usuarios (foros, blogs, plataformas sociales). La transparencia pública determina también la relación entre los mandatarios públicos: es un mecanismo de control democrático cuando los miembros de un órgano estatal demandan informaciones sobre los conocimientos y actuaciones de otro órgano; sólo

Klink, Thomas: "El nuevo Registro de transparencia alemán y otras cuestiones actuales de transparencia en Alemania", en Cotino Hueso, Lorenzo y Boix Palop, Andrés: El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho.  
IEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 27, 149-165



Received: 01/02/2018  
Accepted: 20/04/2018

mediante la transparencia institucional el parlamento puede ejercer un control efectivo sobre el Gobierno. Los famosos *checks and balances* requieren que el controlador sepa cómo se comportó la entidad controlada.

Cuando se trata de transparencia en el sector privado los intereses son distintos. La función de transparencia privada no es la de supervisar el ejercicio de poder público (que ha sido transferido a personas mediante un proceso democrático, sobre todo elecciones). La transparencia en el sector privado no es un paradigma sino la excepción: el concepto de privacidad se caracteriza por que otros son excluidos de esta esfera. Por eso es necesaria una relación con la esfera pública (sea política, social o – sobre todo – económica) que justifique la obligación de dar a conocer públicamente ciertas circunstancias de personas privadas. Esta justificación existe cuando se trata de personas privadas que son una ficción de la ley: las personas jurídicas sólo existen y sólo pueden obtener derechos y obligaciones cuando el ordenamiento así lo permite. De esta manera la transparencia en el sector privado puede ser clasificada – cuando se trata de personas jurídicas – como una limitación inherente a la existencia legal de estas entidades. La transparencia es el precio que hay que pagar cuando personas reales deciden organizar su cooperación económica mediante una persona jurídica (más frecuentemente en una sociedad a responsabilidad limitada, S.L.). La sociedad no sólo es un instrumento para recaudar capitales sino también para proteger los patrimonios de los socios mediante la responsabilidad limitada. Estos mecanismos del derecho mercantil común (la capacidad jurídica y la responsabilidad limitada) fomentan la economía pero al mismo tiempo son opacos por su naturaleza porque bloquean la vista hacia dentro: ¿quién está detrás de la sociedad?

Este artículo da un resumen de los nuevos desarrollos en Alemania en las dos esferas de transparencia mencionadas. Comenzamos con el nuevo Registro de transparencia en el sector privado que tiene el potencial de crear por primera vez una verdadera transparencia europea de sociedades. Luego vamos a ver cuáles son los mecanismos de transparencia en el sector público y cómo los tribunales alemanes han decidido en algunos casos de especial relevancia en años recientes.

## 2. Transparencia privada en la Unión Europea tras los “Panamá Papers”: el Registro de transparencia para seguir el rastro del dinero en las sociedades

### 2.1. La Cuarta Directiva anti-blanqueo de capitales

El nuevo Registro de transparencia alemán no es una invención del legislador nacional. Es la implementación de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo – la así llamada Cuarta Directiva anti-blanqueo de capitales (*anti-money laundering*) que los Estados miembros tienen que aplicar desde el 26 de junio de 2017 (Diario Oficial de la UE del 5 de junio 2015, L 141/73). Es sorprendente que un mecanismo para combatir la criminalidad contenga un mecanismo de transparencia. Pero las nuevas reglas sobre el registro son la respuesta de la Unión Europea al escándalo de los *Panama Papers* cuando personas residentes en Europa ocultaron dinero en sociedades tapadera en Panamá. Aunque esta práctica no sea necesariamente ilegal, no es el objetivo del derecho mercantil permitir la actuación económica mediante personas jurídicas (incluso con sede en otros países) cuando esas actúan como “hucha”. Estas creaciones no fomentan el crecimiento económico sino que invitan al abuso (corrupción, financiación del terrorismo, delitos fiscales). Por eso existe el interés público de contralorarlas y de saber y hacer público quiénes son las personas naturales detrás de estas sociedades. El legislador europeo ordena un régimen estricto de transparencia a todas las sociedades. Quedan sólo excluidas las sociedades anónimas cotizadas en bolsa que – a pesar de su nombre – ya están sujetas a reglas de transparencia muy fuertes con respecto a los accionistas (normalmente se debe comunicar y publicar la titularidad de las acciones que suponen más del 3% del capital social).

En cuanto al Registro de transparencia, la Cuarta Directiva destaca el papel de los registros públicos para crear más transparencia en el ámbito de las personas jurídicas. La pregunta es: ¿quiénes son las personas físicas que controlan las sociedades mercantiles? Con esta meta crea un mecanismo de transparencia: un registro central en cada Estado miembro con informaciones sobre la titularidad real.

Así describen los Considerandos 12 y 13 de la Cuarta Directiva la intención del registro (resaltados añadidos por el autor):

(12)

*Es necesario identificar a toda persona física que ejerza el control mediante la propiedad u otros medios una persona jurídica. Con objeto de garantizar una transparencia efectiva, los Estados miem-*

*bros deben asegurar que se abarque **la gama más amplia posible de personas jurídicas** constituidas o creadas por cualquier otro mecanismo en su territorio. Aunque encontrar un **porcentaje específico de participación** o de interés a través de la propiedad no supondrá automáticamente encontrar al titular real, **es un factor probatorio**, entre otros, que debe tenerse en cuenta. Todo Estado miembro puede, no obstante, decidir que un porcentaje inferior se considere indicativo de propiedad o control.*

(13)

***La identificación del titular real y la comprobación de su identidad debe hacerse extensiva, en su caso, a las personas jurídicas que posean otras personas jurídicas, y las entidades obligadas deben buscar a la persona o personas físicas que ejerzan el control en último término, a través de la propiedad o el control por otros medios, de la persona jurídica que sea el cliente. El control a través de otros medios puede incluir, entre otros, los criterios de control utilizados a efectos de elaborar estados financieros consolidados, como a través del acuerdo de los accionistas, el ejercicio de una influencia dominante o el poder de nombrar a la dirección. Puede haber casos en los que no se pueda identificar a una persona física como la persona que en último término ostenta la propiedad o que ejerce el control sobre una persona jurídica. En estos casos excepcionales, las entidades obligadas, una vez agotados todos los medios de identificación y siempre que no haya motivos de sospecha, pueden considerar que el titular real es el administrador.***

Los Considerandos dicen que hay que identificar y publicar la persona física que controla la sociedad, el así llamado titular real. Con respecto al control hay dos criterios: Control mediante la propiedad y todas otras formas de control. El art. 3 apartado 6 contiene la definición del titular real:

*la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de – en el caso de las personas jurídicas - ....*

Se considera que hay control directo cuando una persona física tiene un derecho de propiedad superior al 25% en el capital social de la sociedad. Fácil es el caso cuando la persona física A es el socio único de la sociedad X S.L.: Y es el titular real y debe estar registrado en el Registro previsto por la Cuarta directiva. Cuando A, B y C (personas físicas) tienen participaciones de 50%, 30% y 20% respectivamente también es fácil: A y B son titulares reales según el umbral de 25%.

Las cosas se complican cuando tenemos en cuenta que las personas jurídicas pueden ser socios de otras personas jurídicas: A (persona física) tiene una participación de 100 % en X S.L. y X S.L. una participación de 100% en Y S.L. Entonces A no sólo es titular real de X S.L. sino también de Y S.L. Se habla entonces de control indirecto. Desde aquí se pueden construir ejemplos mucho más complejos de grupos de sociedades con sedes en diferentes países.

Además hay que recordar que la Cuarta Directiva abarca otras formas de control (aparte de la propiedad) que no son tan fáciles de determinar: Otros medios de control pueden incluir un acuerdo de accionistas (sobre todo para votar de manera armonizada), el ejercicio de una influencia dominante o el poder de nombrar a la Dirección.

Dado que las definiciones de control en el art. 3 apartado 6 no son muy claras y la fantasía de los asesores jurídicos y fiscales no tiene límite, habrá estructuraciones complicadas para evitar las obligaciones legales. Va a ser tarea de las autoridades públicas (fiscalías, agencias tributarias) el controlar la publicación correcta y los tribunales habrán de determinar los límites (sobre todo el Tribunal de justicia de la UE que interpreta de manera vinculatoria las directivas). Cabe esperar que se aplique una vista amplia que corresponde al concepto de transparencia: más es mejor.

## 2.2. Acceso al Registro

¿Cómo funciona el registro y quién puede acceder a las informaciones? Dice el Considerando 14 (resaltados añadidos por el autor):

*“La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los **delincuentes**, que, de otro modo, **podrían ocultar su identidad tras una estructura empresarial**. Por consiguiente, **los Estados miembros deben velar por que las entidades constituidas en su territorio de conformidad con el Derecho nacional obtengan y conserven, además de información básica como el nombre y la dirección de la sociedad y la prueba de su constitución y propiedad jurídica, información adecuada, exacta y actualizada sobre la titularidad real. En aras de una mayor transparencia que permita combatir la utilización abusiva de las personas jurídicas, los Estados miembros deben garantizar que la información relativa a la titularidad real se conserve en un registro central situado fuera de la sociedad correspondiente, respetando plenamente el Derecho de la Unión. Los Estados miembros deben poder utilizar a tal fin una base central de datos que reúna información sobre la titularidad real, o bien el registro de empresas u otro registro central. Los Estados miembros deben poder decidir que la cumplimentación de este registro sea responsabilidad de las entidades obligadas. Los Estados miembros deben asegurarse de que, en todos los casos, esta información se ponga a disposición de las autoridades competentes y las UIF y se facilite a las entidades obligadas cuando estas estén aplicando medidas de diligencia debida con respecto al cliente. También deben asegurarse de que se dé acceso a la información sobre la titularidad real, respetando las normas de protección de datos, a otras personas que puedan demostrar un interés legítimo en relación con el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y los delitos subyacentes conexos (como la corrupción, los delitos fiscales y el fraude). Las personas que puedan demostrar un interés legítimo deben tener acceso a la información sobre la naturaleza y la magnitud de la participación real, expresada como un porcentaje aproximado.**”*

Estas intenciones son concretizadas por el art. 30 (recuérdese que sólo los artículos son norma legal, mientras que los Considerandos son criterios para su interpretación). Como el lector –jurista o no apreciará– el lenguaje no es fácilmente accesible:

*“Artículo 30. 1. Los Estados miembros velarán por que las sociedades y otras personas jurídicas constituidas en su territorio tengan la obligación de obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos los pormenores del interés último ostentado.*

*3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (31), o en un registro público.*

4. Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el registro central a que se refiere el apartado 3 sea suficiente, exacta y actual.

5. Los Estados miembros velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a disposición de:

a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna;

b) las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II;

c) toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo.

Las personas u organizaciones a que se refiere la letra c) tendrán acceso, como mínimo, al nombre y apellidos, mes y año de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real, así como a la naturaleza y alcance de la participación real.

A efectos del presente apartado, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las normas sobre protección de datos y podrá estar sujeta a un registro en línea y al pago de una tasa. Las tasas aplicadas por la obtención de información no deberán exceder de los correspondientes costes administrativos.”

Hay que destacar los fundamentos siguientes: Los datos en el registro deben ser actuales y exactos. Las empresas deben que asegurar que lo son (apartado 1), es decir, tienen que conseguir informaciones de los propietarios, sobre todo cuando estos son sociedades (control indirecto). Por eso los directores serán responsables en caso de un error o de fraude cuando no han obtenido prueba suficiente de los socios. Además, el apartado 3 nos dice que solo habrá *un* registro en cada Estado miembro. No obstante, una interconexión con otros registros ya existentes será sensata y útil. Pero todos los datos sobre la titularidad tienen que ser accesible en solo un registro. Hay que recordar que internet no está mencionada en el apartado 3 pero, dado que los registros mercantiles ya están disponibles en online, es probable (si no inevitable) crear un registro accesible por internet. Esto está previsto en el apartado 5 en su última frase cuando habla de un registro previo para el acceso online. El acceso no está limitado a las autoridades sino según el apartado 5 tiene derecho al acceso toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo. Como lo decía el Considerando 14: tal persona tiene que demostrar un interés legítimo en relación con el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y los delitos subyacentes conexos (como la corrupción, los delitos fiscales y el fraude). Según el Considerando 15 los Estados miembros deben poder autorizar en su legislación nacional un acceso más amplio que el previsto en la presente Directiva (es decir: también sin interés legítimo).

### 2.3. Implementación en Alemania

La implementación del art. 30 de la Cuarta Directiva se hizo en Alemania por la Ley de 23 de junio de 2017 que crea el "Transparenzregister" (Registro de transparencia). Será un registro online, accesible en internet<sup>1</sup> y administrado por el Gobierno Federal. Ya ha comenzado el período de registro para las sociedades y las personas jurídicas privadas deben transmitir las informaciones de forma electrónica. El acceso a las informaciones se abrirá el 27 de diciembre de 2017. Existe un mecanismo de interconexión con el registro mercantil, es decir, es suficiente que las informaciones ya estén incluidas en el registro mercantil (todavía no se sabe cómo serán presentadas estas informaciones). Con respecto al acceso, la ley repite el contenido de la Directiva: Cada persona con un interés legítimo tiene acceso después de registro previo (se registran las búsquedas).

En comparación con el registro mercantil alemán hay varias diferencias. El acceso al registro mercantil es más fácil porque no hay que demostrar un interés legítimo y tampoco hace falta un registro previo como usuario. Pero es importante resaltar que el registro mercantil alemán solo contiene pocas informaciones con respecto a los socios de los sociedades con responsabilidad limitada ("Gesellschaft mit beschränkter Haftung" o "GmbH", que es la forma de sociedad más frecuente en Alemania). En el registro mercantil para cada GmbH sólo existen listas de los socios directos (que en muchos casos son otras sociedades). Es interesante que estas listas no son verdaderas listas electrónicas sino archivos de fotos (*tiff*) o *pdf*, es decir no pueden ser interpretadas electrónicamente.

Además, el control no es un criterio para las listas. Así, se podrá apreciar que una sociedad con sede en las Islas Bermuda tiene una participación del 5% en la GmbH pero no si esa sociedad tiene una influencia controladora, por ejemplo mediante contratos de financiación. Aquí se ven las ventajas que implica el Registro de transparencia: según el criterio de control también se puede determinar la persona física que está al final de la cadena de participaciones. Con la interconexión de datos con el registro mercantil también será necesario obtener las listas de socios de forma legible por ordenadores (por ejemplo *XML – extended markup language*). Este formato no sólo facilita la interconexión con los registros mercantiles sino también la comprobación de datos porque datos de diferentes fuentes llegarán al registro de transparencia. Será más fácil descubrir inexactitudes.

Con el criterio del control y con la naturaleza electrónica el nuevo Registro de transparencia creará más transparencia y control sobre las sociedades. Con los datos del Registro será fácil responder a las siguientes cuestiones: ¿Quién es el propietario de una empresa con mucha influencia en la economía/sociedad? ¿Quiénes son las personas que controlan grupos de em-

presas? ¿Cuáles son las empresas que pertenecen al grupo? ¿Quién tiene un interés en el éxito de una empresa? Al mismo tiempo será más difícil ocultar participaciones indirectas.

Durante el trámite legislativo de la ley que incorpora el art. 30 de la Cuarta Directiva hubo discusiones políticas intensas: la primera cuestión que surgió fue si se requiere un interés legítimo para acceder al Registro o si el acceso será libre para todos. De hecho, el primer borrador del Gobierno daba acceso a todas las personas y no era necesario un “interés legítimo”. Esto iba más allá del estándar mínimo de la Directiva y fue muy criticado por los empresarios: ellos veían un incremento del riesgo de crímenes contra los propietarios y sus familias (por ejemplo de secuestros) y temían un acceso por mera curiosidad (por ejemplo por “los vecinos”). El legislador respetó estas objeciones y limitó el acceso a personas con interés legítimo. Definir qué es un interés legítimo será una cuestión para los tribunales.

La segunda cuestión política (aunque suena un poco técnica) era la interconexión con el registro mercantil, sobre todo en lo que se refiere a las listas de socios. Para hacer posible esta interconexión es preciso una armonización de las listas de socios y la transmisión de las listas de socios por formato XML (lenguaje electrónico estructurado y estandarizado). Esto fue muy criticado por los notarios porque ellos ahora tienen el monopolio de hecho sobre las listas (que ahora son documentos escritos y son escaneados y transmitidos como archivos de jpg, tiff o pdf al Registro mercantil). La función de los notarios tal vez cambiase si se estableciera un verdadero registro electrónico y hubiera planes de facilitar que las sociedades transmitan directamente las informaciones sobre los socios a los registros mediante una aplicación en internet).

#### **2.4. Perspectivas**

Mirando al futuro, será una tarea exigente establecer el Registro de manera que todas las informaciones sean accesibles haciendoun “clic”. El próximo paso será la interconexión de los Registros de transparencia de los Estados miembros. Con ese fin la Comisión europea va a hacer una evaluación en 2019. Es probable que proponga una integración con el Proyecto BRIS: Desde junio de 2017, los registros mercantiles de todos los países de la UE ya están interconectados (BRIS = *Business Registers Interconnection System*). El BRIS está disponible online.<sup>2</sup>

Paralelamente a la implementación técnica se van a sondear los límites del nuevo sistema europeo de Registros de transparencia. La estructura sugiere que se trata más de un mecanismo de transparencia que de un instrumento anti-blanqueo. La cuestión jurídica más relevante será la interpretación del interés legítimo: En teoría es preciso una relación con delitos fiscales o de corrupción. Pero: ¿cuándo hay ausencia de dicha relación y cómo se

puede comprobar que existe? Como contribuyente, cada ciudadano tiene interés en que otras personas también paguen impuestos. Cuando un periodista quiere investigar una empresa se plantea la cuestión de si es compatible con la libertad de prensa que se le obligue a demostrar un interés legítimo antes de acceder el Registro.

Es probable que las asociaciones de transparencia inicien juicios sobre estos temas para alcanzar una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia. Varios problemas siguen sin resolver:: El acceso no es necesariamente gratuito para los ciudadanos. Es difícil determinar la titularidad real cuando están involucradas sociedades no europeas (por ejemplo con sede en las Islas Caimán). También será necesario encontrar un equilibrio con la protección de datos: existen excepciones para proteger al titular de riesgos y peligros pero no se debe interpretarlas de manera extensiva para no infringir la intención de la transparencia. Al final, mucho dependerá de los Estados miembros y de la efectividad de la comprobación de la titularidad real por sus autoridades.

### 3. El acceso a información y documentos del Gobierno

En esta segunda parte se analiza el derecho a obtener informaciones sobre actuaciones y conocimientos de los representantes del Estado. Muchas veces se trata del acceso a documentos en los dossieres o archivos estatales. La mayoría de las peticiones de información van dirigidas al poder ejecutivo (el Gobierno y la Administración subordinada) porque – en general – al poder ejecutivo le corresponde la gestión de los asuntos del Estado. Numerosas decisiones ejecutivas son tomadas y preparadas sin participación pública (se podrían decir “en secreto”) mientras que el poder legislativo y el poder judicial normalmente actúan en procesos públicos (deliberaciones en el parlamento, audiencias públicas de un tribunal). En cuanto a las personas que demandan acceso a informaciones, se pueden distinguir tres niveles de titularidad: La oposición parlamentaria (u otros diputados) quiere obtener informaciones del Gobierno para ejercer mejor su control parlamentario o hacer públicos asuntos de interés general. Éste sería el primer nivel. A continuación se encuentran los periodistas y los medios de comunicación que también ejercen control cuando llevan a cabo investigaciones y publican informes o editoriales sobre la gestión del Estado. De esa manera son mediador para la formación de la opinión pública. En el tercer nivel se encuentran los ciudadanos: Aunque su derecho a obtener informaciones es relativamente nuevo, es el más dinámico de los tres niveles porque se realiza sin ayuda institucional (de un parlamento o de un periódico) sino por solicitud del ciudadano interesado. En la siguiente parte voy a resumir la estructura de cada nivel y dar unos ejemplos de la jurisprudencia reciente.

### 3.1. El extenso acceso a la información por los diputados

Los diputados de los parlamentos en Alemania tienen un derecho extenso de acceso a informaciones y documentos del gobierno que controlan. Por motivo de la estructura federal existen 17 parlamentos – el Parlamento Federal (el *Bundestag*) y los 16 parlamentos de los Estados federados (normalmente llamados *Landtag*). El derecho más destacado para obtener informaciones del Gobierno es el derecho a establecer una comisión de investigación del parlamento. En el nivel federal el artículo 44 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) dice:

*(1) El Bundestag tiene el derecho y, a petición de una cuarta parte de sus miembros, el deber de nombrar una Comisión de investigación encargada de reunir las pruebas necesarias en sesiones públicas. Podrá excluirse la presencia del público.*

*(2) En la obtención del material probatorio se aplicarán por analogía las disposiciones del procedimiento penal. No se afectará al secreto de la correspondencia, de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones.*

*(3) Los tribunales y las autoridades administrativas están obligadas a prestar ayuda judicial y administrativa.*

*(4) Las resoluciones de las comisiones de investigación no podrán ser sometidas a la consideración judicial. Los tribunales gozan de libertad para apreciar y juzgar los hechos que son objeto de la investigación.*

En las constituciones de los *Länder* existen prescripciones semejantes. Por su naturaleza, la comisión de investigación es un instrumento de control político. Normalmente se establece por la voluntad de los partidos de la oposición en el parlamento. La comisión investiga el comportamiento del gobierno. Para lograr este fin, la comisión puede convocar a testigos (incluida la Canciller) y expertos y además exigir que el gobierno presente documentos. La presentación de documentos y la comparecencia de testigos no es voluntaria sino obligatoria. Las comisiones son también un instrumento de transparencia importante: Las sesiones de la comisión son públicas (y a veces televisadas). Además, la comisión publica un informe final que está disponible al público (*Bundestagsdrucksachen* en la documentación parlamentaria en internet).<sup>3</sup>

Durante la 17ª legislatura de 2013 hasta 2017 hubo cinco comisiones de investigación en el *Bundestag*. La más famosa fue la comisión “NSA” que investigó la dimensión de las „escuchas electrónicas” llevadas a cabo por servicios secretos extranjeros en Alemania. Fue instaurada después de las revelaciones de *Edward Snowden* con respecto al NSA estadounidense (*National Security Agency*). El informe final de esa comisión fue publicado en julio 2017 después de casi 600 horas de sesión, aproximadamente 90 testigos. El informe tiene 1.800 páginas. Durante la investigación hubo una disputa entre los representantes de los partidos de la oposición en la comisión y el Gobierno federal sobre el alcance del poder investigador. La Corte Constitucional Federal decidió sobre este caso

el 13 de octubre de 2016 (caso 2 BvE 2/15): La cuestión a resolver era si una comisión parlamentaria puede exigir al Gobierno entregar una lista con términos de búsqueda ("selectores" : nombres de personas observadas) que la NSA había transmitido al servicio secreto alemán para que éste controlara un nudo de conexión de internet con los "selectores". La Corte Constitucional tuvo que definir la competencia de una comisión de investigación frente al Gobierno. Así, la Corte decidió que el interés del Gobierno de cumplir adecuadamente las funciones que le corresponden como órgano ejecutivo es un límite para la investigación parlamentaria. La entrega de la lista de la NSA – según el razonamiento del Gobierno que la Corte aceptó – puede poner en peligro la cooperación internacional de los servicios secretos y las informaciones que estos servicios secretos darán en el futuro al Gobierno (*third party rule*). Por eso la Corte clasificó como protegido el núcleo de la responsabilidad propia del poder ejecutivo y denegó el acceso requerido por los miembros de la comisión investigadora.

Normalmente las comisiones de investigación sólo son establecidas en asuntos de mayor importancia para el Estado. Sin embargo, cada diputado tiene derecho a poner una interpelación parlamentaria. Este derecho no está previsto expresamente por la Ley Fundamental sino que es inmanente al mandato libre del diputado (no escrito en la Ley Fundamental, pero previsto en algunas Constituciones de los *Länder*). Por el derecho de interpelación un diputado o un grupo de diputados remite preguntas al Gobierno. El Gobierno tiene que contestar de manera exhaustiva y cierta. Cuando varios diputados remiten la pregunta, el parlamento tiene que deliberar sobre la respuesta. Además los diputados pueden demandar que los miembros del Gobierno expliquen la respuesta en el parlamento. En la práctica parlamentaria la interpelación juega un papel importante: Normalmente hay más o menos 3.500 interpelaciones en cada período electoral (a nivel federal durante 4 años).

Al igual que las comisiones de investigación, las interpelaciones parlamentarias son un instrumento de transparencia: es suficiente convencer sólo a un diputado para remitir preguntas y el Gobierno tiene que contestar por escrito dentro de un plazo breve (aproximadamente un mes). Para responder, el Gobierno tiene que buscar informaciones. Y luego los ciudadanos pueden ver las preguntas y las respuestas que quedan publicadas en la documentación parlamentaria en internet . Normalmente el Gobierno responde a las interpelaciones (aunque sea de forma breve) pero siempre hay controversias sobre el alcance de este derecho parlamentario. Cuando hay controversia (el Gobierno no responde o no responde para satisfacción del diputado) el diputado o el grupo de diputados pueden apelar a la Corte Constitucional.

Cabe destacar algunas decisiones recientes:

Respecto de los detalles de información sobre la autorización del Gobierno sobre la venta de 200 tanques de guerra a Arabia Saudí. Sentencia de la Corte Constitucional Federal del 21 de octubre de 2014 (caso 2 BvE 5/11): el Gobierno sólo tiene que responder de manera general sobre el tipo de armas y el volumen de los negocios autorizados.

Sobre información relativa a la involucración de agentes del servicio secreto en el atentado de Múnich en 1980 (el Atentado del "Oktoberfest"). Sentencia de la Corte Constitucional Federal del 13 de junio 2017 (2 BvE 1/15): por motivo del tiempo transcurrido el Gobierno tiene que comunicar informaciones específicas sobre la identidad de los agentes y colaboradores.

Sobre la financiación de un mega proyecto de construcción por la empresa estatal de ferrocarriles (*Deutsche Bahn AG*); el proyecto – volumen aproximado 7.000 millones euros –, proyecto que ha sido muy criticado por la opinión pública. La cuestión legal es si el derecho de interpelación incluye también a las sociedades anónimas (del derecho privado) de las cuales el Estado es el mayor accionista. Muy recientemente, la Corte Constitucional Federal (caso 2 BvE 2/11, sentencia de 7 noviembre de 2017): "el reclamo de información del Parlamento solo puede referirse a asuntos que caen dentro de la esfera de responsabilidad del gobierno" y ahí cabe incluir a la Deutsche Bahn AG en su gestión de inversiones, el "estado de bienestar que puede ponerse en peligro" por el secreto. Si hay motivos de reserva de información "el Gobierno Federal está sujeto a una obligación especial de motivación".

### **3.2. El intenso derecho de acceso a la información de los periodistas**

Los periódicos y otros medios son actores clásicos de la transparencia. La prensa (incluyendo la televisión y otros medios) desempeña un papel central en la formación de la opinión pública. Por eso las leyes de prensa de los Estados federados en Alemania prevén un derecho a la información. En el nivel federal no hay tal ley por falta de competencia federal; cuando la prensa requiere informaciones de una entidad federal se aplica directamente el art. 5 de la Ley Fundamental que garantiza la libertad de prensa:

*"Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida."*

Según este derecho específico de la prensa, los periodistas pueden exigir de las autoridades que le den informaciones sobre un tema de interés. Por ejemplo, el art. 4 apartado 1 de la ley de prensa de Baden-Württemberg dice (hay semejantes leyes en los demás *Länder*):

*“Las autoridades están obligadas a conceder a los representantes de la prensa informaciones que sirvan al cumplimiento de su tarea pública.”*

Y en cuanto a la tarea pública (art. 3 de la ley de prensa de Baden-Württemberg):

*“La prensa desempeña una tarea pública cuando: se provee de informaciones y divulga noticias en asuntos de interés general, toma partido, realiza una crítica o toma parte de otra manera en la formación de opiniones.”*

Para ayudar a la prensa cada autoridad requerida tiene que permitirle el acceso a documentos y darle informaciones sobre los conocimientos de la autoridad (si fuera necesario: después de una búsqueda o recopilación de datos). La autoridad que recibe la pregunta sólo puede rechazar contestarla por ciertos motivos (protección de datos, seguridad pública, etc.). Una cuestión de actualidad es la definición de qué se entiende como prensa: ¿Es un blog en internet prensa? Teniendo en cuenta la tarea pública, la respuesta sería afirmativa.

Cabe destacar algunos casos recientes sobre el acceso de los periodistas:

Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Berlín de 3 de agosto de 2017 (caso 6 S 9/17): Detalles de los conocimientos de la Canciller Angela Merkel con respecto a un poema ofensivo emitido en la televisión pública alemana; el poema criticaba de manera dura y personal al presidente de Turquía Recep Erdogan; después de la emisión hubo una conversación telefónica entre Merkel y Erdogan en la que la Canciller, supuestamente, se disculpó. El Tribunal afirmó el derecho a conocer el contenido de los documentos preparativos.

Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Berlín de 8 septiembre de 2017 (caso 11 S 49/17): Entrega a un blog de una lista de todas las cenas formales/oficiales de la Canciller Merkel en la Cancillería desde noviembre de 2005 incluyendo los invitados. El Tribunal denegó el derecho por causas formales.

Consejo de Estado Federal de 16 de marzo de 2016 (caso 6 C 45/14): Detalles sobre los gastos de los diputados con respecto al material de oficina (presupuesto: 12.000 euros anuales por cada diputado), especialmente se refería a la compra de plumas “Montblanc” y de cámaras digitales. El Consejo denegó un derecho específico con respecto a cada diputado pero afirmó un derecho a conocer los gastos totales de todos los diputados y – en caso de una sospecha concreta – también el acceso a datos individuales.

Por último, es importante mencionar que los periodistas tienen acceso a la tutela cautelar por los tribunales. Es decir, en casos urgentes pueden conseguir las informaciones requeridas dentro de un plazo breve (unas semanas o pocos meses) en un procedimiento sumario ante el Tribunal.

### 3.3. El acceso a la información pública por los ciudadanos

El tercer nivel es el derecho de cada ciudadano a acceder a informaciones y documentos públicos. Este derecho tiene una naturaleza más débil que los derechos de los diputados y de los periodistas ya que estos se fundamentan en la Constitución mientras el derecho del ciudadano se basa en la ley. Sin embargo, la relevancia del acceso por los ciudadanos sigue creciendo – no sólo por la cantidad de demandas sino también por la interpretación amplia de este derecho por parte de los tribunales.

La base legal del acceso a informaciones y documentos públicos por los ciudadanos son las leyes que se refieren al libre acceso a informaciones públicas del *Bund* de 12 *Länder* (4 *Länder* no tienen tal ley y por ello no hay derecho a acceso por los ciudadanos). Se aplica la ley del *Bund* cuando un ciudadano quiere acceder a informaciones de una autoridad del nivel federal. Por otra parte, se aplican las leyes de los *Länder* cuando la información requerida se refiere a las autoridades de los Estados federados. Estas leyes dan un derecho de acceso a informaciones públicas a todas las personas. Es importante destacar que la mayoría de estas leyes no garantizan más que el derecho al acceso a informaciones que ya están disponibles, es decir, sobre todo a documentos oficiales (el contenido de los dossieres). Por ello, la autoridad no tiene que elaborar un documento o preparar una respuesta, salvo en casos sencillos (a diferencia del derecho de los periodistas). Los ciudadanos tampoco tienen derecho a la tutela cautelar para ejercer su derecho. La autoridad que recibe la demanda sólo puede denegar los documentos por ciertos motivos (protección de datos, seguridad pública, procesos no terminados, etc.). Por ejemplo el art. 1 apartado 1 de la ley federal de libertad de información garantiza el derecho de la siguiente manera:

*Toda persona tiene – en virtud de lo previsto en esta ley – derecho frente a las autoridades del Bund (nivel federal) al acceso a informaciones oficiales. Esta ley sólo se aplica frente a otros órganos e instituciones federales cuando estos ejercen funciones administrativas.*

El número de casos decididos por los tribunales de forma negativa, es decir, cuando la autoridad rechazó dar la información, crece constantemente. La razón de este aumento se debe a la gran cantidad de solicitudes y demandas realizadas por asociaciones privadas de transparencia que tienen como misión de mejorar la transparencia en el Estado. Es relevante mencionar que según la jurisprudencia se entiende por “autoridades” a las autoridades federales y al Gobierno federal.

De nuevo, me permito destacar algunos casos ejemplares:

Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Baden-Württemberg de 16 de mayo de 2017 (caso 10 S 1648/16): Documentos sobre los contactos entre el Fiscal General y el Ministro de Justicia Federal con respecto a la investigación contra el blog "[netzpolitik.org](http://netzpolitik.org)" por traición a la patria. El blog publicó un informe confidencial con planes del servicio secreto de establecer una nueva unidad que vigile internet; el Fiscal dimitió ya que el Ministro supuestamente le dio una orden para que terminara la investigación (el Ministro negó haber dado tal orden). Tribunal: Acceso denegado porque la Fiscalía no es una autoridad sino una institución judicial. Sin embargo, el Tribunal declaró que los documentos podrían ser obtenidos mediante una demanda ante el Ministerio de justicia.

Consejo de Estado Federal de 20 de octubre de 2016 (caso 7 C 27/15): Presentación del directorio telefónico de una oficina de empleo para poder contactar directamente con el encargado. El Consejo denegó el derecho para proteger a los empleados de la oficina.

Consejo de Estado Federal de 25 de junio de 2015 (caso 7 C 1/14): Presentación de un análisis legal del servicio jurídico del parlamento alemán - *Bundestag* - que fue elaborado para un diputado; éste (ex-Ministro de defensa) copió partes del análisis en su tesis doctoral y tuvo que dimitir como consecuencia del escándalo. El Consejo afirmó el derecho a obtener la información a pesar de que el demandado era el *Bundestag* (parlamento federal). El Consejo clasificó el informe como resultado de la función administrativa del parlamento y no de la función legisladora, por eso la ley federal de libertad de información se aplicó.

### **3.3. Una referencia a la ley de transparencia de Hamburgo, novedosa para Alemania**

Cabe destacar el desarrollo reciente de la ley de transparencia de 2012 del Estado federado Hamburgo: Ésta representa una nueva forma de ley del libre acceso a informaciones públicas en Alemania. La misma fue iniciada por una iniciativa plebiscitaria ciudadana ("La transparencia crea confianza"); el texto de la propuesta ciudadana fue elaborado en un "open wiki" en internet.

La novedad de la ley es una transparencia proactiva: La administración no sólo tiene que dar acceso cuando un ciudadano lo requiere sino que lo debe hacer accesible por internet de manera proactiva los documentos de las autoridades: Para ello, el Estado federado de Hamburgo ha establecido un Portal de Transparencia<sup>4</sup> en el cual las autoridades de Hamburgo tienen que publicar documentos de manera proactiva (es decir, sin solicitud previa). Son comprendidos por esta transparencia proactiva, por ejemplo, decisiones de la administración, protocolos, dictámenes, pero también contratos de la administración y de empresas estatales cuando superen los 100.000 euros. La obligación de publicar contratos celebra-

dos por la administración fue muy criticada porque se temían desventajas para la hacienda pública. Sin embargo, especialmente en la contratación de obras públicas hay un gran potencial de irregularidades y por eso existe mayor necesidad de control. La ley determina que los contratos dentro del deber a ser publicados (volumen superior a 100.000 euros) tienen que contener una condición suspensiva que prevea que estos no entran en vigor hasta pasado un mes de su publicación y deben contener un derecho de rescisión unilateral para la administración dentro de este plazo. Con este plazo la administración da oportunidad a los ciudadanos de que reaccionen antes de que el contrato entre en vigor.

Según una evaluación reciente la ley hasta ahora ha sido un éxito y ha tenido 630.000 búsquedas en septiembre de 2017. También se publican los términos de búsqueda. En septiembre de 2017 fueron: "refugiados", "Olympia", "contrato de tráfico", "metro", "subvenciones", "Senado Federal", "RSS-feed", "la filarmónica del Elba", "arquitectura de paisaje".

#### 4. Conclusiones

Como conclusión caben destacar dos líneas de desarrollo en Alemania:

En primer lugar, la transparencia como concepto jurídico tiene una tendencia jurídica inherente a ser ampliado. Una vez establecido un instrumento de transparencia, los titulares del derecho – cuando luchan por tener más acceso – pueden lograr que se les vaya garantizando mayor transparencia. Esta tendencia tiene su origen en la estructura de las leyes de información: Cuando el acceso a la información es la regla legal habrá que justificar la excepción, es decir, la denegación del acceso. Es por ello que rechazar es más difícil que autorizar ya que es necesaria una motivación jurídica exacta. Así, aunque el acceso sea bloqueado en ocasiones, con las deliberaciones legales de los tribunales los activistas pueden preparar el próximo caso y adaptar sus argumentos para disfrutar del máximo de transparencia. Este mecanismo de "regla y excepción" provee de efectividad a la transparencia como concepto jurídico.

En segundo lugar, las nuevas tecnologías facilitan un acceso amplio y directo para los ciudadanos. La función de los intermediadores (prensa, oposición parlamentaria) pierde importancia cuando cada ciudadano puede ejercer su derecho a obtener informaciones y publicar los resultados en internet. Se necesitan muy pocos recursos para ejercer el derecho: un ordenador y unos conocimientos básicos sobre los fundamentos del derecho al acceso y la jurisprudencia correspondiente. Es así que la transparencia refuerza al individuo y promueve la iniciativa ciudadana: Basta sólo una persona para obtener el acceso y publicar

los resultados de los que podrán disfrutar todos los demás interesados. Se trata de un poder democrático. Los ciudadanos demandan más transparencia y hay numerosas iniciativas para crear portales de transparencia proactiva.

---

## Notas

1. Véase [www.transparenzregister.de](http://www.transparenzregister.de).
2. Véase „Encontrar una empresa“ en el Portal Europeo de e-Justicia <https://e-justice.europa.eu>.
3. Véase <http://pdok.bundestag.de/index.php>.
4. Véase <http://transparenz.hamburg.de/transparenzportal-hamburg>.