

Comentarios escritos sobre
*el requerimiento de
inconstitucionalidad del artículo
13 de la Ley Orgánica
Constitucional de Bases Generales
de la Administración del Estado*

*Informe de Open Society Justice Initiative dirigido al Tribunal
Constitucional de Chile*

Asesores jurídicos:

Thomas M. Susman
Susan E. Brown
Katia S. Callahan
Margaret S. Moore

James A. Goldston
Darian K. Pavli
Sandra Coliver

ROPES & GRAY LLP
One Metro Center
700 12th Street, NW, Suite 900
Washington, DC 20005, USA
Tel: +1 (202) 508-4600
Fax: +1 (202) 508-4650

OPEN SOCIETY
JUSTICE INITIATIVE
400 W. 59th Street
New York, NY 10019, USA
Tel: +1 (212) 548-0606
Fax: +1 (212) 548-4662

Prof. David Goldberg
Miembro Investigador Asociado

UNIVERSIDAD DE OXFORD
Programa de Derecho y Políticas
Comparadas de los Medios
Centro Para Estudios Socio-Legales
david.goldberg@csls.ox.ac.uk

Abril de 2007

Autos Rol N° 634-2006

En el requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575)

COMENTARIOS ESCRITOS DE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE

I. Introducción y Declaración de Interés

Open Society Justice Initiative (Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta) realiza esta presentación a fin de asistir al Tribunal Constitucional en la comprensión de las leyes y prácticas de otras naciones con respecto al acceso a la información, especialmente a la información comercial. Esta presentación pone de relieve los parámetros y procesos empleados para la mejor implementación de los objetivos y políticas subyacentes en los regímenes de acceso a la información, teniendo en cuenta tanto el interés de los requeridos como el de los requirentes de información comercial. A fin de analizar el alcance del derecho a la información y los principios que subyacen dicha protección esta presentación se basa en el derecho internacional y en el derecho comparado de los estados americanos y otras jurisdicciones relevantes.

El programa de Justice Initiative, desarrollado a nivel internacional por Open Society Institute [Instituto de la Sociedad Abierta], promueve reformas legales en base a la protección de los derechos humanos y contribuye al desarrollo de la capacitación jurídica para las sociedades abiertas. Dicho programa combina procesos judiciales, asesoramiento jurídico, asistencia técnica y la difusión de conocimientos a fin de garantizar avances en cuatro áreas prioritarias: justicia penal nacional, justicia internacional, libertad de información y de expresión, e igualdad y ciudadanía. La institución tiene oficinas en Budapest (Hungría), Nueva York (Estados Unidos) y Abuja (Nigeria).

En el área de acceso a la información, Justice Initiative tiene amplia experiencia en promover la adopción e implementación de leyes de acceso a la información en Europa del Este, América Latina y en otros lugares. También ha contribuido al establecimiento de parámetros internacionales y al monitoreo de la transparencia gubernamental a nivel mundial. Justice Initiative presenta escritos en calidad de *amicus curiae* ante tribunales nacionales e internacionales sobre cuestiones significativas de derecho en las que su experiencia específica en la materia puede resultar de utilidad. En el área de la libertad de expresión y el acceso a la información Justice Initiative ha brindado asistencia jurídica gratuita o ha presentado escritos en calidad de *amicus curiae* en los tres sistemas regionales de derechos humanos y en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En especial, Justice Initiative, juntamente con otros cuatro grupos, presentó escritos en calidad de *amicus curiae* ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el emblemático caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*.

II. El acceso público a la información en poder del gobierno es esencial para la transparencia y la rendición de cuentas por parte del gobierno

A. Resumen de la política

El acceso a la información en poder de las autoridades públicas es fundamental para mantener al público informado, lo que, a su vez, es necesario para el debido funcionamiento de una sociedad libre y democrática y de un mercado libre y vital. A nivel mundial, aproximadamente sesenta y cinco países han promulgado leyes que consagran mecanismos de solicitud de acceso y obtención de información pública por parte de las personas físicas y jurídicas.¹ Si bien Chile ha implementado normas legales que otorgan un cierto grado de acceso a la información, dichas disposiciones son complejas y en su mayoría inaccesibles debido a que se encuentran dispersas en distintas fuentes del derecho. La presente causa plantea temas de gran significación para el desarrollo del derecho de libertad de acceso a la información en Chile y en los estados americanos.

La posibilidad de que los ciudadanos soliciten y reciban información sobre su gobierno es esencial para la transparencia y la rendición de cuentas, elementos que son la clave de una sociedad abierta y democrática. Garantizar a los ciudadanos el acceso y la posibilidad de comentar sobre información en poder del Estado aumenta el respeto por el gobierno, promueve el cumplimiento de la ley y engendra confianza pública.

En las sociedades libres, el acceso a la información resulta un elemento esencial para combatir la corrupción y los abusos y para la protección contra actos arbitrarios o de despilfarro. Las leyes de acceso a la información someten a los gobiernos al escrutinio público, lo que hace posible que los ciudadanos tomen conocimiento de los gastos y la eficiencia de la gestión del gobierno y que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus decisiones. En las palabras de un ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “si –como se dice- la luz del sol es el mejor desinfectante; la luz eléctrica es la policía más eficaz.”² Tal como analizaremos en el Capítulo II más adelante, el acceso a la información también establece los cimientos de una economía libre de mercado ya que posibilita que los empresarios obtengan información sobre sus competidores y los mercados y que los consumidores tomen decisiones informadas al mismo tiempo que promueve la rendición de cuentas por parte del gobierno e impide el fraude en las transacciones entre el gobierno y el sector privado.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (la “Ley de Acceso de México”) establece los principios generales que ilustran los objetivos fundamentales de las leyes de libertad de acceso a la información, tres de los cuales son: transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que genera el gobierno; favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño del gobierno, y contribuir con la democratización de la sociedad y la plena vigencia del Estado

¹ Open Society Justice Initiative, *Transparency & Silence: A Survey of Access to Information Laws and Practices in 14 Countries* 22 (2006) [Transparencia & Silencio: Un Informe sobre las Leyes y Prácticas del Acceso a la Información en 14 países] (en adelante “*Transparency and Silence*”).

² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478, 48 S.Ct. 564, 72 L.Ed. 944 (1928) (Brandeis, J., en disidencia).

de Derecho.³ Estos principios generales, que hacen referencia a la importancia de la libertad de información en un gobierno democrático y el libre mercado, son comunes a muchos de los regímenes de libertad de acceso a la información.

B. El derecho del público a saber conforme al derecho internacional y la práctica de los estados

Las personas físicas tienen el derecho humano básico de solicitar y recibir información conforme al derecho internacional. En su primera sesión en 1946, la Asamblea de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 59(I), que establece “[l]a libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas.”⁴ El Consejo de Europa adoptó su primera recomendación sobre el derecho de acceso a la información hace ya más de veinte años, en virtud de la cual “[t]oda persona dentro de la jurisdicción de un estado miembro tendrá el derecho de obtener, mediante una solicitud, información en poder de las autoridades públicas.”⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“UE”) otorga el derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones de la UE “[t]odo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro.”⁶

El derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas ha sido ampliamente aceptado en el mundo democrático, incluyendo los estados americanos, como un derecho político básico: “hay un creciente reconocimiento en el ámbito internacional de que el derecho de buscar, recibir y difundir información comprende la obligación positiva de los estados de brindar acceso a la información oficial en forma puntual y completa.”⁷ El derecho que le cabe a toda persona al acceso a la información gubernamental ha sido reconocido tanto por las organizaciones regionales como por las organizaciones internacionales.⁸

El sistema de derechos humanos Interamericano es quizás el más avanzado en garantizar, a nivel regional, el derecho de acceso a la información en poder del Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho del oyente o receptor está en un pie de igualdad con el derecho del hablante: “Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como

³ Ley Federal De Transparencia y Acceso a La Información Pública Gubernamental, art. 4 (2002).

⁴ G.A. Res. 59(1) (14 de diciembre de 1946) (citada en TOBY MENDEL, FREEDOM OF INFORMATION: A COMPARATIVE LEGAL SURVEY [LIBERTAD DE INFORMACIÓN: UN INFORME JURÍDICO COMPARATIVO] 1 [(UNESCO 2003)).

⁵ Consejo de Europa, Recomendación No. R (81) 19 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas (25 de noviembre de 1981).

⁶ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, art. 43 (7 de diciembre de 2000).

⁷ Human Rights Watch, *Lost in Transition: Bold Ambitions, Limited Results for Human Rights Under Fox* [Pérdidos en la Transición: Ambiciones Audaces, Resultados Limitados para los Derechos Humanos bajo [el gobierno de] Fox] 36 (2006) (citando publicaciones de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, Organización de Estados Americanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), <http://hrw.org/reports/2006/mexico0506/mexico0506web.pdf>.

⁸ *Idem*.

el derecho a difundir su propia opinión.”⁹ En 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”) reconoció expresamente que “el derecho de acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos.”¹⁰ En 2005 en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Comisión sostuvo que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye el derecho de acceso a la información pública que “impone la obligación positiva del Estado de suministrar dicha información a la sociedad civil.”

En septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó, en el caso *Claude Reyes*, una sentencia que es un hito en la materia y que confirmó y amplió la sentencia de la Comisión en los siguientes términos:

[L]a Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esta información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho a la información bajo el control del Estado. . .¹¹

La Corte subraya que en una sociedad democrática la presunción de que toda información es accesible resulta “indispensable”, sujeta solamente a las restricciones que pueden imponerse específicamente en cada caso concreto.¹²

Asimismo el derecho del público a la información tiene su fuente en las constituciones de muchas naciones. Por ejemplo, en Suecia, el derecho de acceso a la información en poder del Estado ha sido constitucionalmente garantizado por más de 200 años.¹³ Asimismo, las constituciones de Bulgaria, Estonia, Hungría, Lituania, Malawi, Moldavia, Polonia, las Filipinas,

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Colegiación Obligatoria de Periodistas para el Ejercicio del Periodismo*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, apartado 32.

¹⁰ *Declaración de Principios de la Comisión Interamericana sobre la Libertad de Expresión*, aprobados en la sesión ordinaria 108 de la Comisión el 19 de octubre de 2000, apartado 4.

¹¹ *Claude Reyes y otros v. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, apartado 77.

¹² *Idem* en apartado 92.

¹³ Steven Goldberg, *Public Access to Government Information [Acceso Público a la Información en poder del Gobierno]*, Freedom Paper No. 6 (1994), <http://usinfo.state.gov/products/pubs/archive/freedom/freedom6.htm>.

Rumania, la Federación Rusa, Sudáfrica, y Tailandia expresamente incluyen disposiciones de libre acceso a la información.¹⁴ El derecho a la información también está reflejado en leyes, reglamentaciones y decretos, muchos de los cuales serán considerados más adelante.¹⁵

III. La revelación de información comercial por el Estado beneficia el buen funcionamiento de una economía libre de mercado

Las empresas y el Estado están íntimamente ligados como consecuencia de las reglamentaciones, contratos, compras, licencias, subsidios gubernamentales y una innumerable serie de otras interacciones estatales-privadas. Los Estados regulan a las empresas por razones principalmente sociales y económicas, tales como la protección al consumidor, el medio ambiente, la salud; la promoción de prácticas de comercio leales; la prevención de monopolios; y la promoción de la responsabilidad corporativa.¹⁶ Además de las funciones regulatorias y de licencia, los Estados también actúan como consumidores, celebrando contratos y arreglos comerciales con los empresarios privados. Debido a la amplia relación existente entre el Estado y las empresas, los registros del Estado representan una fuente de información muy rica que resulta de enorme importancia para las empresas.¹⁷ Adicionalmente, el Estado es muchas veces la mejor- y a veces la única- fuente de información de datos en materias tales como empleo, vivienda, salud y educación; datos de importación y exportación; contratos y registros de las compras del estado y de construcción pública; registros inmobiliarios; datos económicos tanto históricos como proyectados relativos a la micro y macro economía de la nación; información relativa al medio ambiente; registros de cumplimiento de la legislación administrativa; y registros de las actividades, presupuestos, y documentos de guía para las mismas dependencias del Estado.

No llama la atención pues, que la comunidad empresaria haya sido una de las principales usuarias de las leyes de acceso a la información.¹⁸ Las dependencias públicas pueden ser una importante fuente de información no solo con respecto al Estado sino también con respecto a otras empresas. Ambos tipos de información, que pueden ser adquiridos en forma relativamente económica de una fuente gubernamental, pueden resultar de gran utilidad al momento de la toma

¹⁴ MENDEL, *supra* nota al pie 4, pág. 18.

¹⁵ El principio básico de la Ley de Acceso a la Información de los EE.UU. [U.S. Freedom of Information Act], una de las más antiguas y amplias leyes de acceso a la información, es, conforme a la Corte Suprema de los EE.UU., “garantizar una ciudadanía informada, crucial para el funcionamiento de una sociedad democrática, necesaria para fiscalizar la corrupción y para que los gobernantes rindan cuentas a los gobernados.” *NLRB v. Robins Tire & Rubber Co.*, 437 U.S. 214, 242 (1978).

¹⁶ Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, [*Personalizando lo Impersonal: las Sociedades y la Carta de Derechos*] 41 *Hastings L.J.* 577, 601 (1990).

¹⁷ MENDEL, *supra* nota 4, en iv (haciendo hincapié en que “[los] órganos públicos tienen una enorme cantidad de información de todo tipo, mucha de la cual se refiere a temas económicos y que puede resultar de gran utilidad para las empresas”).

¹⁸ Por ejemplo, las empresas son las principales usuarias de la Ley de Acceso a la Información de los EE.UU. [Freedom of Information Act in the United States]. Thomas M. Susman y Harry A. Hammitt, *Business Uses of the Freedom of Information Act*, [*Usos Comerciales de la Ley de Acceso a la Información*] The Bureau of National Affairs, Inc., Corporate Practice Series, No. 14-3rd, A-1 (2004); MENDEL, *supra* nota 4, en iv (destacando que, en muchos países “[l]os usuarios comerciales. . . son uno de los grupos de usuarios más significativos”).

de decisiones de negocios y pueden ser incluso comercializables por el requirente.¹⁹ El acceso a la información comercial mantenida por un Estado nivela el campo de juego para las empresas que cuentan con menores recursos para obtener información de fuentes independientes. Asimismo, muchas veces las empresas obtienen beneficios cuando otras empresas las imitan y compiten con ellas. La imitación promueve la innovación y por lo tanto aumenta las perspectivas de descubrimientos lucrativos en el futuro.²⁰

En una economía libre de mercado la información permite a los individuos tomar decisiones económicas informadas.²¹ La información sobre precios, calidad, y otros atributos de los bienes comerciales permite a los consumidores realizar elecciones informadas, creando así el incentivo para que las empresas compitan por el precio y la calidad.²² La información comercial obtenida a través del Estado también puede ayudar a aumentar la seguridad pública. Por ejemplo, los requisitos de información de seguridad establecidos en la Ley Federal de Libertad de Acceso a la Información de los EE.UU. (*United States Freedom of Information Act*) (la “FOIA de los EE.UU.”) fueron útiles para revelar los peligros de ciertos neumáticos defectuosos, lo que trajo aparejado el retiro masivo de dichos neumáticos del mercado.²³

Pese a que la revelación de información en poder del Estado es generalmente beneficiosa, prácticamente todas las leyes que rigen el acceso a la información reconocen que cierta información comercial requiere protección contra su revelación. Los Estados reconocen universalmente la importancia de proteger secretos comerciales legítimos así como también el hecho de que el otorgamiento de protección a cierto tipo de información de propiedad intelectual incentiva a las empresas a que compartan sus datos con el Estado y reconocen la necesidad de salvaguardar información de valor competitivo para las empresas.

IV. El acceso a la información de tipo comercial está ampliamente garantizado en las leyes de acceso a la información, con sujeción a las excepciones que reconocen los derechos de propiedad de las empresas

El punto de partida de la mayoría de los regímenes de libertad de acceso a la información es la presunción a favor de la divulgación, lo que significa que “la carga de la prueba [recae] sobre el órgano público que intenta denegar el acceso a cierta información, que debe probar que puede ser legítimamente denegado.”²⁴ La Ley de Acceso de México, por ejemplo, establece que en la interpretación de la ley “se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y

¹⁹ *Idem* en A-8.

²⁰ James Bessen y Eric Maskin, *Sequential Innovation, Patents, and Imitation*, [Inovación Secuencial, Patentes e Imitación] Massachusetts Institute of Technology Department of Economics Working Paper Series 3 (2000).

²¹ *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 765 (1976).

²² Howard Beales, Richard Craswell, y Steven Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, [La Eficiente Regulación de la Información al Consumidor] 24 J.L. & ECON. 492 (1981).

²³ Alan Marzilli, *Open Government: An American Tradition Faces National Security, Privacy, and Other Challenges* [Gobierno Abierto: Una Tradición Norteamericana enfrenta la Seguridad Nacional, la Privacidad y otros Desafíos] 24 (2005). Una lista ilustrativa de los "Principales Ejemplos de FOIA" de los EE.UU. puede encontrarse en http://www.sunshineingovernment.org/foia_examples_fed.html.

²⁴ MENDEL, *supra* nota 4, en 28.

disponibilidad de la información en posesión [del estado].”²⁵ En forma similar, el *Reglamento (CE) N° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión* (el “Reglamento de Acceso de la UE”) establece que, “[e]n principio, todos los documentos de las instituciones [de la UE] deben ser accesibles al público.”

Este derecho general de acceso a la información del Estado puede ser calificado, pero a fin de no ser desnaturalizado cualquier excepción debe delinear restrictiva y claramente los intereses públicos y privados a ser protegidos por dicha restricción a la divulgación.²⁶ Tal como señalamos precedentemente, el derecho del público a saber lo que el gobierno sabe resulta actualmente ampliamente reconocido y cualquier excepción a dicho derecho debe ser tanto restrictiva como contundente.

La Corte Interamericana sostuvo en el caso *Claude Reyes* que, acorde con la estructura general de la Convención Americana, cualquier restricción al derecho de acceso debe (i) estar claramente fijada por ley; (ii) responder a un objetivo permitido conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana (el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas); y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática. El tercero de estos requisitos ha sido interpretado en el sentido de que la restricción debe ser proporcional y debe traer aparejada la menor interferencia posible en la búsqueda de la satisfacción de un “interés público imperativo.”²⁷ La Corte agregó que “es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.”²⁸

En la Ley de Acceso a la Información de 1997 de Irlanda [*Freedom of Information Act, 1997*] (la “FOIA de Irlanda”) encontramos una declaración inequívoca del derecho de acceso a la información que obra en poder del gobierno.²⁹ La FOIA de Irlanda consagra el derecho general de acceso a cualquier registro en poder de un órgano público estableciendo “una amplia presunción de que el público tiene acceso a toda la información en poder de los órganos públicos.”³⁰ La FOIA de Irlanda ha sido ponderada por “jugar ‘un rol importante en la

²⁵ Ley de Acceso de México, art. 6.

²⁶ MENDEL, *supra* nota 4, en 29 (argumentado que las excepciones o exenciones a la obligación de divulgar “deberían ser clara y restrictivamente delineadas y sujetas a pruebas de “daño” e “interés público” y haciendo hincapié en que “la ley debería contener un listado completo de los objetivos que podrían justificar la denegación de la información”).

²⁷ *Claude Reyes y otros v. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, apartados 89-91.

²⁸ *Idem* en el apartado 92.

²⁹ Ley de Acceso a la Información de Irlanda [*Freedom of Information Act, 1997*] (Act. No. 13/1997) *disponible en* <http://www.irishstatutebook.ie/front.html> (última visita 3 de abril de 2007).

³⁰ David Banisar, *Freedom of Information and Access to Government Records Around the World 2006* [*Libertad de Información y Acceso a los Registros en poder del Estado a través del Mundo, 2006*] 59 (2006), *disponible en* www.freedominfo.org (citando la Ley de Acceso a la Información de Irlanda [*Freedom of Information Act, 1997*] (Act. No. 13/1997) *disponible en* <http://www.irishstatutebook.ie/front.html> (última visita el 3 de abril de 2007), y sus modificaciones por la Ley de Acceso a la Información (Reforma) de 2003 [*Freedom of Information (Amendment) Act, 2003*] (Act. No. 9/2003) *disponible en* <http://www.irishstatutebook.ie/front.html> (última visita el 3 de abril de

promoción de la apertura, transparencia y rendición de cuentas de la gestión pública en el Gobierno.”³¹ En forma similar, la Ley de Acceso a la Información de Escocia de 2002 [*Freedom of Information (Scotland) Act, 2002, (A.S.P. 13)*] (la “FOIA de Escocia”) establece que, “[t]oda persona que solicita información en poder de una autoridad pública en Escocia tiene derecho a que dicha autoridad le entregue dicha información.”³² Así pues, esta disposición establece “la presunción de que toda la información en poder de órganos públicos debería estar sujeta a divulgación.”³³ Las autoridades públicas pueden denegar información solo cuando ésta cae dentro de la órbita de una de las excepciones establecidas en la Ley.³⁴

El listado de excepciones establecido por las leyes de acceso a la información es generalmente taxativo. Así pues, la FOIA de los EE.UU. prohíbe a los organismos públicos retener información salvo que la información esté específicamente dentro de una de las nueve excepciones previstas en la ley.³⁵ Asimismo, los organismos públicos de los EE.UU.³⁶ y las instituciones de la Unión Europea,³⁷ entre otros, no tienen facultad inherente o discrecionalidad para denegar el acceso por razones que no están expresamente establecidas en una excepción a la regla de acceso a la información.

A. Excepción de información comercial

En la mayoría de los regímenes de acceso a la información, los secretos comerciales y cierta información comercial sensible en términos de competencia se encuentran exentos de la

2007) (la “FOIA de Irlanda”) y destacando que se describe a sí misma como “[u]na ley para permitir que los miembros del público obtengan acceso, en la mayor medida que ello resulte compatible con el interés público y el derecho a la privacidad, a la información que obra en poder de los organismos públicos. . . .”)

³¹ Maeve McDonagh, *Freedom of Information in Ireland: Five Years On* [Acceso a la Información en Irlanda: Cinco Años Después] (2003), disponible en www.freedominfo.org [hereinafter *Five Years On*] (citando el Informe del Grupo de Revisión de Alto Nivel de la Ley de Acceso a la Información de 1997 [Report of the High Level Review Group on the Freedom of Information Act 1997] (2003), http://www.taoiseach.gov.ie/attached_files/Pdf%20files/hlrgReportOnFOI.pdf).

³² Ley de Acceso a la Información de Escocia de 2002 [Freedom of Information (Scotland) Act], 2002, (A.S.P. 13), artículo 1. La “FOIA de Escocia” incluye “cualquier tipo de información de una autoridad pública de Escocia sin importar la antigüedad de dicha información.” *Your Right to Know: A Guide to Freedom of Information Law in Scotland*, [Su Derecho a Saber: Una Guía al Acceso a la Información en Escocia] <http://www.itspublishknowledge.info/Documents/YourRighttoKnow.pdf> [hereinafter *Your Right to Know*].

³³ KEVIN DUNION, FREEDOM OF INFORMATION (SCOTLAND) ACT 2002 AND THE PUBLIC’S RIGHT TO KNOW (2005), <http://www.scotinfo.org.uk/documents/promoting/media/articles/KDFOIandhumanrights23Sep05.pdf> (explicando que, “[e]l solicitante no tiene que brindar ninguna razón por la cual quiere la información” y agregando que el derecho es “aplicable a cualquiera, en cualquier parte del mundo”).

³⁴ *Idem*.

³⁵ 5 U.S.C. § 552(d).

³⁶ *Mobil Oil Corp. v. F.T.C.*, 406 F. Supp. 305, 309 (S.D.N.Y. 1977) (destacando que “ni las reglamentaciones ni los parámetros promulgados por un organismo federal puede prevalecer sobre la letra y el objetivo de una ley promulgada”).

³⁷ Conforme a la Ley de la UE, “todas las excepciones a la divulgación contempladas en el Reglamento de Acceso deben ser interpretadas y aplicadas en forma estricta, de forma de no destruir la aplicación de la norma general.” *WWF UK*, 1997 E.C.R. II-313, apartado 56.

obligación de divulgación que pesa sobre el Estado. Por ejemplo, la FOIA de los EE.UU. “no resulta aplicable a cuestiones que [constituyen] secretos comerciales o información financiera o comercial obtenida de una persona y que [son] reservados o confidenciales.”³⁸ Luego de décadas de interpretación judicial sobre las distintas categorías de información protegida por dicha excepción, los tribunales de los EE.UU. han llegado a la conclusión que: el acceso puede ser denegado si la información constituye (i) un secreto comercial o (ii) información que es (A) comercial o financiera, (B) obtenida de una persona, y (C) reservada o confidencial.

Los secretos comerciales son reconocidos como una categoría de información comercial separada y restringida cuyo acceso puede ser denegado en virtud de la FOIA de los EE.UU., la Ley de Acceso de México, la Ley de Acceso a la Información del Reino Unido de 2000 [*United Kingdom’s Freedom of Information Act 2000, Ch. 36*] (la “FOIA del Reino Unido”),³⁹ la FOIA de Irlanda,⁴⁰ y la FOIA de Escocia.⁴¹ El Comisionado de Información de Escocia ha establecido los siguientes factores que “deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar si [cierta información] reviste la calidad de un secreto comercial”: si (1) “la información [es] utilizada con fines comerciales”; (2) si “la revelación de la información [causaría] daño”; (3) si “la información [es] de conocimiento del público”; y (4) “[el] grado de facilidad con el cual los competidores . . . [podrían] descubrir o reproducir la información por su cuenta.”⁴² El término “secreto comercial,” tal como se lo utiliza en la FOIA de los EE.UU., ha sido definido por los tribunales como “un secreto, plan comercialmente valioso, fórmula, proceso o dispositivo utilizado para la fabricación, preparación, composición o procesamiento de artículos comerciales y que puede reputarse como el producto resultante de una innovación o de un esfuerzo considerable.”⁴³

Asimismo, luego de transcurrida una década desde la promulgación de la FOIA de los EE.UU., los tribunales aceptaron en general que la información solo puede cumplir los requisitos establecidos para ser reputada “información comercial confidencial” y estar exenta de revelación si dicha revelación (i) probablemente afecte la posibilidad de que el gobierno obtenga la información necesaria en el futuro o (ii) trae aparejado un daño sustancial a la posición competitiva de la persona de la cual se obtuvo dicha información.⁴⁴ Otro argumento adicional para denegar el acceso a la información fue reconocido 17 años más tarde por el mismo tribunal que fijó los requisitos iniciales: si la información había sido voluntariamente suministrada al

³⁸ 5 U.S.C. § 552(b)(4).

³⁹ Ley de Acceso a la Información de 2000 [Freedom of Information Act 2000], Capítulo 36, artículo 43 (que establece que, “[l]a información reviste la calidad de información exenta si constituye un secreto comercial”).

⁴⁰ FOIA de Irlanda, artículo 27(1)(a) (que exceptúa de la divulgación “los secretos comerciales de una persona que no sea el requirente en cuestión”).

⁴¹ FOIA de Escocia, artículo 33(1)(a) (que establece que, “la información será información exenta si . . . constituye un secreto comercial”). Conforme a la FOIA de Escocia, los secretos comerciales están exentos de divulgación sin importar el nivel de daño que la divulgación podría causar. Sin embargo, tal como se demuestra en *infra*, nota 42, es probable que la información sea considerada un secreto comercial solo si su divulgación podría causar daño.

⁴² Comisionado de la Información, Notificación de Decisión 180/2006, Mr. Alfred Weir and Fife Council, <http://www.itpublicknowledge.info/appealsdecisions/decisions/Documents/Decision180-2006.pdf>

⁴³ Public Citizen Health Research Group v. FDA, 704 F.2d 1280 (D.C. Cir. 1983).

⁴⁴ National Parks & Conservation Ass’n v. Morton, 498 F.2d 765 (D.C. Cir. 1974).

gobierno, dicha información podía ser denegada si era “de un tipo que la persona que la suministró no acostumbraría revelar al público.”⁴⁵

Las resoluciones judiciales con respecto a la divulgación o denegación de divulgación de información comercial conforme a la FOIA de los EE.UU. dependen altamente de cuestiones de hecho específicas tales como la naturaleza y nivel de la competencia, las circunstancias bajo las cuales se proporcionó la información al Estado y la antigüedad de los datos. Si bien es difícil hacer generalizaciones sobre el tipo de información a la que se otorgará o denegará acceso, algunos ejemplos específicos ilustran los tipos de información con respecto a los cuales los tribunales de los EE.UU. han determinado que merecen la denegación de divulgación por constituir información comercial confidencial cubierta por la FOIA de los EE.UU.[a saber]: estadísticas de ventas comerciales, datos de investigación, diseños técnicos, costos operativos y generales, y condiciones financieras;⁴⁶ datos que revelan activos, ganancias, pérdidas y participaciones de mercado;⁴⁷ así como también la información relativa al desarrollo de medicamentos y dispositivos médicos de una empresa.⁴⁸ Por otra parte, los tribunales han ordenado (o aprobado) la revelación de las siguiente información: un informe preparado por General Electric que criticaba su propio reactor nuclear;⁴⁹ información relativa al uso de contratistas del gobierno de subcontratistas [que califican como] “Pequeñas Empresas en Desventaja” (“*Small Disadvantaged Business*”);⁵⁰ datos de precios unitarios;⁵¹ y el precio total cobrado en virtud de una única fuente contractual.⁵²

En el caso *Martin Marietta Corp. v. Dalton*, la empresa Martin Marietta intentó impedir que el Comando de Sistemas Aéreos del Departamento Naval [de los EE.UU.] revelara (1) información sobre costos y comisiones, (2) precios de componentes y su configuración e (3)

⁴⁵ *Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Comm’n*, 975 F.2d 871 (D.C. Cir. 1992).

⁴⁶ *Washington Post Co. v. Department of Health & Human Services*, 690 F.2d 252 (D.C. Cir. 1982).

⁴⁷ *Sterling Drug, Inc. v. FTC*, 450 F.2d 698 (D.C. Cir. 1971).

⁴⁸ *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 185 F.3d 898 (D.C. Cir. 1999).

⁴⁹ *Gen. Elec. v. Nuclear Regulatory Comm’n*, 750 F.2d 1394, 1403 (7th Cir. 1984) (concluyendo que el daño a la competitividad alegado es demasiado especulativo y subrayando que la empresa era la principal fabricante de reactores nucleares, que parte de la información en el informe ya había sido divulgada públicamente y que el informe tenía cinco años de antigüedad).

⁵⁰ *GC Micro Corp. v. Def. Logistics Agency*, 33 F.3d 1109 (9th Cir. 1994) (determinando que (1) la agencia no había acreditado que la divulgación de la información causaría un daño sustancial a la competitividad para los contratistas y (2) la información no era del tipo descrito en la información que permitiría a los competidores estimar y ofrecer menos que los contratistas en el futuro).

⁵¹ *CC Distributions, Inc. v. Kinzinger*, No. 94-1330, 1995 U.S. Dist. LEXIS 21641 (D.D.C. 28 de junio de 1995) (sosteniendo que la decisión de la dependencia pública de divulgar información no era arbitraria y caprichosa debido a que la parte que suministró la información había omitido explicar en detalle el daño sustancial a la competitividad que sufriría al divulgarse la información).

⁵² *U.S. News & World Report v. Department of Treasury*, No. 84-2303 (D.D.C. 26 de marzo de 1986) (permitiendo al órgano público retener información relativa a los precios cobrados por servicios de ingeniería, trabajos, gastos ordinarios de fabricación y gastos generales y administrativos en los registros referentes a la compra de dos limusinas presidenciales blindadas pero concluyendo que la divulgación del precio total cobrado en virtud del contrato no permitiría a los competidores “calcular con precisión . . . las ofertas o estructuras de precios futuros . . . o dedicarse a obtener precios selectivos . . .”).

información técnica y administrativa.⁵³ El tribunal resolvió que Martin Marietta no había acreditado el daño que le hubiera causado la revelación de la información, sosteniendo que:

[Q]uizás en ninguna esfera de actividad del gobierno pareciera ser más importante [el objetivo legislativo de transparentar la gestión del ente estatal] que en el área de las contrataciones administrativas. El público, incluyendo aquellos competidores que perdieron el negocio en manos del oferente que resultó adjudicatario, tiene derecho a saber cómo y porqué el ente estatal decidió gastar los fondos públicos en la forma que lo hizo; estar seguro de que la competencia fue leal y, más aún, aprender como ser un competidor más eficiente en el futuro.⁵⁴

Por estas y otras razones, el tribunal finalmente ordenó que se otorgue acceso a los contratos en cuestión en este caso.

Pese a que, como en los EE.UU., el otorgamiento o la denegación de acceso a la información comercial en otras jurisdicciones también depende de los hechos concretos, la casuística sobre el tipo de información que cae dentro de estas dos categorías ayuda a ilustrar la importancia de la evaluación enfocada sobre la información en cuestión. Por ejemplo, varios tribunales han ordenado que se revele la siguiente información: el informe de una auditoría interna relativa a la revisión de un sistema comprado por una universidad a un proveedor externo;⁵⁵ partes de un manual gubernamental relativo a los procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad financiera de los oferentes para los contratos;⁵⁶ y el precio y la composición de la

⁵³ *Martin Marietta Corp. v. Dalton*, 974 F. Supp. 37 (D.D.C. 1997).

⁵⁴ *Idem* en 41.

⁵⁵ Decisión del Comisionado de Información No. 134/2006 [Information Commissioner Decision 134/2006], *Mr. K and Glasgow Caledonian University*, <http://www.itspublicknowledge.info/appealsdecisions/decisions/Documents/Decision134-2006.pdf>. La Universidad alega que la divulgación de un informe de auditoría y la documentación conexas causarían "perjuicios sustanciales" a sus intereses comerciales y, en cierta medida, a los intereses comerciales de sus terceros proveedores. El Comisionado de Información de Escocia rechazó el alegato de la Universidad, explicando que la Universidad había omitido especificar "el tipo de actividad comercial que considera que sería sustancialmente inhibida mediante la divulgación del informe detallado de auditoría de computadoras". *Idem* en apartado 48 (haciendo hincapié en que es probable que los "intereses comerciales" de una entidad sean más limitados que sus "intereses financieros").

⁵⁶ *Sec'y, Dep't of Workplace Relations & Small Business v. Staff* (2001) 114 F.C.R. 301, 2001 WL 1192284 (Fed. Ct. of Australia 2001) ([La Corte Suprema de Australia] confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones Administrativas de permitir el acceso a documentos en los casos en que la divulgación de los documentos no traería aparejada la divulgación de "secretos comerciales" ni "otra información con valor comercial"; y reenvió la causa para que se determine si los documentos estaban exentos conforme a la Ley de Acceso a la Información de 1982 [Freedom of Information Act, 1982], s. 43(1)(c), que exceptúa de la divulgación "la información (excluidos los secretos comerciales u otra información a la que resulta aplicable el apartado (b)) relativa a una persona con respecto a sus asuntos profesionales o comerciales, los asuntos financieros o comerciales de una organización o empresa, en el supuesto que dicha información: (i) de ser divulgada pudiera, o sería razonablemente posible que pudiera, afectar en forma irrazonable a dicha persona en forma adversa con respecto a sus asuntos profesionales o comerciales lícitos o a dicha organización o empresa con respecto a sus asuntos financieros o comerciales lícitos o (ii) de ser divulgada en virtud de la Ley pudiera razonablemente preverse que perjudicará el suministro futuro de información al Commonwealth [de Australia] o a cualquier dependencia pública a los fines de implementar la ley en el Commonwealth o de un Territorio o de la administración de asuntos administrados por una dependencia pública").

oferta adjudicataria de un contrato con una empresa estatal de transporte.⁵⁷ Por otra parte, las marcas y los precios abonados por productos de caldos adquiridos por la autoridad pública,⁵⁸ y los contratos de desarrollo que regían la disposición de una fábrica de municiones y las tierras aledañas⁵⁹ ilustran los tipos de información cuyo acceso ha sido denegado.

La Ley de Acceso de México exceptúa “los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, [y] fiduciario” y otra información considerada “confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial” por disposición de la ley.”⁶⁰ La ley mexicana define el término “Secreto Industrial” como “toda información de aplicación industrial o comercialcon carácter confidencial, que le signifique [al propietario] obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad o el acceso restringido a la misma.”⁶¹

En la causa *Juan Gabriel Gutiérrez Orozco con Pemex Gas*, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México (“IFAI”) ordenó la entrega de la información relativa a (1) los nombres y domicilios de los distribuidores de Gas L.P. (“GPL”) que han comprado GPL a Pemex, la empresa estatal a cargo de la explotación y venta de primera mano de dichos productos, y (2) los volúmenes de venta de Pemex. La Ley de Acceso de México permite que los particulares entreguen información confidencial señalada como tal y establece que el Estado podrá comunicar dicha información “siempre y cuando medie el consentimiento del particular titular de la información confidencial.”⁶² Sin embargo, la información confidencial podrá ser denegada por dichas causas solo si cae dentro de la órbita de alguno de los supuestos de las excepciones legales. Con respecto a los nombres y domicilios de los distribuidores de

⁵⁷ *Transnet Ltd. & Another v SA Metal Machinery Co (Pty) Ltd* 2006 (4) BCLR 473 (SCA) (S. Afr.), 2005 SACLR LEXIS 44 (29 de noviembre de 2005) (señalando que el tribunal inferior había concluido que la información relativa a la oferta no estaba exenta conforme a la Ley de Acceso a la Información de 2000 [Promotion of Access to Information Act, 2000], sec. 36(1)(b), debido a que su divulgación “no resultaba probable que perjudicara los intereses comerciales o financieros” del oferente ganador, indicando que el apelante no había apelado esta porción de la sentencia del tribunal inferior).

⁵⁸ Decisión del Comisionado de Información No. 233/2006 [Information Commissioner Decision 233/2006], *Mr. Mike Portlock and Glasgow City Council*, disponible en <http://www.itpublicknowledge.info/appealsdecisions/decisions/Documents/decision6233.htm> (que concluyó que la excepción de “intereses comerciales” resultaba aplicable porque “la compra de commodities había sido utilizada al menos en parte para proveer a una función de suministro de alimentos comercial”).

⁵⁹ *ADI Residents Action Group and Dep't of Finance and Admin. & Anor* [2001], Cámara Administrativa de Apelaciones de Australia 45 (29 de enero de 2001), disponible en <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/aat/2001/45.html?query=ADI%20residents%20action%20group> (sostuvo que la información en los documentos solicitados a ser divulgados, tales como los contratos de repartición de ganancias y riesgo de las partes, incentivos, propuestas de aportes de fondos, y la metodología particular de administración del contrato del que las partes esperan obtener beneficios comerciales, tenía valor comercial para las partes contratantes que podía estimarse que se vería reducido como consecuencia de la divulgación, por lo tanto la excepción contemplada en la Ley de Acceso a la Información de 1942, artículo 43(1)(b) resultaba aplicable).

⁶⁰ Ley de Acceso de México, art. 14.

⁶¹ Ley de Propiedad Industrial de México (1991), art. 82; disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/50.doc>.

⁶² Ley de Acceso de México, art. 19.

GPL, debido a que la distribución de GPL era concedida mediante un permiso otorgado por el gobierno federal, que debía mantener registros públicos de sus permisionarios conforme a la Ley de Acceso, el IFAI determinó que la información debía ser entregada. Con respecto a los volúmenes de ventas, el IFAI reconoció que la información sobre las ventas específicas “podría resultar de utilidad” para los distribuidores competidores y que Pemex había tomado medidas para mantener dicha información en confidencialidad. Pero debido a que el petróleo es patrimonio nacional conforme a la Constitución de México y debido a que los datos sobre las ventas totales de Pemex son indicativos de como usa Pemex los recursos públicos, el IFAI concluyó que otorgar acceso a dichos datos “contribuiría a los objetivos de la Ley en cuanto a transparentar la gestión pública y favorecer la rendición de cuentas.”⁶³

En forma similar, el Reglamento de Acceso de la UE excluye documentos cuya divulgación suponga “un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica.”⁶⁴ El artículo 27 de la FOIA de Irlanda establece una excepción para los secretos comerciales, información “cuya divulgación pudiera razonablemente traer aparejada una pérdida o ganancia financiera significativa para la persona con la cual la información se relaciona o que pudiera perjudicar la posición competitiva de dicha persona en el ejercicio de su profesión o la conducción de sus actividades u ocupación,” y “la información cuya divulgación pudiera perjudicar el desenvolvimiento o el resultado de negociaciones contractuales o de otro tipo de la persona con quien se relaciona la información.”

La FOIA de Escocia exceptúa la información cuya divulgación “pudiera, o sería probable que pudiera, perjudicar en forma sustancial los intereses comerciales de una persona”⁶⁵ La excepción de “intereses comerciales” prevista por la FOIA del Reino Unido establece que las autoridades gubernamentales podrán denegar acceso a aquella información que “pudiera, o sería probable que pudiera, perjudicar los intereses comerciales de cualquier persona (incluyendo la autoridad pública que tiene dicha información en su poder).”⁶⁶ El término “intereses

⁶³ *Juan Gabriel Gutierrez Orozco con Pemex*, Expediente No. 2717/06 (2006).

⁶⁴ Reglamento de Acceso de la UE art. 4(2) (que sujeta dicha excepción a la prueba de [la existencia] de un interés público, que será analizado en la Parte IV.B).

⁶⁵ FOIA de Escocia, artículo 33(1)(b).

⁶⁶ Ley de Acceso a la Información del Reino Unido de 2000 [U.K. Freedom of Information Act 2000], capítulo 36, artículo 43. El riesgo de perjuicio “debe ser establecido al momento de efectuar la solicitud.” Notificación de la Decisión del Comisionado de Información [Information Commissioner Decision Notice] FS50066753, *Derry City Council* (Feb. 21, 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/decision_notice_fs50066753.pdf. El riesgo de perjuicio “que se sufre debería ser más que una posibilidad hipotética o remota; debe existir un riesgo real y significativo.” Information Commissioner Decision Notice FS50073979, *Invest (Northern Ireland)* (julio 24, 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/decision_notice_fs50073979.pdf (citando a *R (on the application of Lord) v. Secretary of State for the Home Office* [2003] EWHC 2073 (Admin)); ver Information Commissioner Decision Notice FS50066753, *Derry City Council*, *supra* (que rechaza la resolución de la autoridad que establece que es probable que la divulgación perjudique los intereses comerciales de una aerolínea de bajo costo, dado que la autoridad omitió brindar prueba específica del perjuicio potencial sino que se limitó a declarar que la aerolínea operaba en un sector “altamente competitivo” y que la divulgación del contrato de la aerolínea con la autoridad debilitaría su posición competitiva).

Téngase en cuenta que, la prueba de [la existencia] de perjuicio de la FOIA del Reino Unido es menor que la prueba de [la existencia] de un “perjuicio sustancial” de la FOIA de Escocia. Como consecuencia de ello, la

comerciales” ha sido interpretado en el Reino Unido como “la posibilidad que tiene una persona de participar exitosamente en una actividad comercial, tal como la compra y venta de bienes o servicios.”⁶⁷ El Comisionado de Información del Reino Unido, al momento de determinar si la divulgación de información pudiera, o sería probable que pudiera, perjudicar un interés comercial, toma en cuenta los siguientes factores: (1) si la información se relaciona con una actividad comercial o si pudiera causar un impacto sobre dicha actividad; (2) el nivel de competencia existente en la industria en particular;⁶⁸ (3) si la entrega de la información “pudiera perjudicar la reputación de la sociedad o la confianza que los clientes, proveedores o inversores depositan en la empresa” (la mera vergüenza que podría causarse a la empresa no es suficiente); (4) cuáles son las personas cuyos intereses comerciales son afectados; (5) si la información es comercialmente sensible (por ejemplo, es “probable que sea comercialmente sensible” aquella información que demuestre que una empresa puede ofrecer sus bienes o servicios a cierto precio); y (6) la posibilidad de perjuicios causados por dicha divulgación.⁶⁹ En el Reino Unido y Escocia la exención por intereses comerciales es una “exención calificada”: en primer lugar, está sujeta a una prueba (sustancial) de [la existencia del] daño y en segundo lugar, tal como consideraremos en detalle más adelante, aún cuando la divulgación trajera o pudiera traer

información que no podría ser divulgada en virtud de la FOIA del Reino Unido podría ser divulgada en virtud de la FOIA de Escocia. Ley de Acceso a la Información de Escocia [Freedom of Information (Scotland) Act 2002 Briefings Series, Commercial Interests and the Economy] (artículo 33), *disponible en* <http://www.itspublicknowledge.info/legislation/briefings/section33.htm> [en adelante Scottish Commercial Interests Briefing].

⁶⁷ Freedom of Information Act Awareness Guidance No. 5, Commercial Interests 4, [Guía de Conocimiento de la Ley de Acceso a la Información No. 5, Intereses Comerciales 4] *disponible en* www.ico.gov.uk [en adelante Awareness Guidance 5] (hace hincapié en el hecho de que el concepto de “intereses comerciales” está separado y es distinto del concepto de “intereses financieros”); *ver también* el caso en Escocia *Mr. John Robertson, Aberdeen Journals Ltd. and the Chief Constable of Northern Constabulary*, Information Commissioner Decision 066/2006 (20 de abril de 2006), <http://www.itspublicknowledge.info/appealsdecisions/decisions/Documents/Decision066-2006.pdf> (que distingue entre intereses comerciales y financieros y señala que “[l]os intereses financieros generalmente se relacionan con los asuntos financieros de una organización, e incluirán, sin carácter taxativo, los ingresos generados por la organización y la administración de sus activos financieros,” mientras que “[l]os intereses comerciales se relacionan más directamente con las actividades comerciales asumidas por una organización e incluirán la venta y compra continua de bienes y servicios por dicha organización, usualmente con el fin de generar ingresos”). El Comisionado de Información de Escocia agregó que, para satisfacer la prueba contemplada en el artículo 33(1)(b) de la FOIA de Escocia, “los intereses que están en riesgo de ser dañados deben ir más allá que aquellos que se relacionan solamente con la compra de bienes y servicios por una autoridad pública de Escocia necesarios para el cumplimiento eficiente de sus funciones, ya sea previstas en la ley o en otra fuente.” *Robertson, supra*.

⁶⁸ Los factores sugieren que en ausencia de competencia, no resulta probable que la divulgación afecte un interés comercial en forma adversa. Sin embargo, la competitividad de un mercado en particular, sin más, es insuficiente para “satisfacer la prueba de [existencia] de perjuicio.” Information Commissioner Decision Notice FS50073979, *Invest (Northern Ireland)* (24 de julio de 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/decision_notice_fs50073979.pdf.

⁶⁹ Awareness Guidance 5, *ver nota 67 supra*, en 7 (que explica que “no resulta necesario que el perjuicio” [emergente] de la divulgación sea sustancial, pero debe ser más que trivial y agrega que “debe existir un riesgo significativo, algo más que una posibilidad remota de perjuicio”); *ver también* Information Commissioner Decision Notice FS50105734, *Maritime and Coastguard Agency* (25 de septiembre de 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/fs50105734_dn.pdf (que requiere “un riesgo real y significativo de perjuicio” y destacando que el “no resulta necesario [que el perjuicio] sea sustancial pero debe ser más que trivial”).

aparejado un daño (sustancial) a los intereses comerciales de otro, el acceso a dicha información puede, sin embargo, ser concedido por razones de interés público.

Por lo tanto, si bien las leyes de acceso público generalmente reconocen que puede resultar necesario brindar protección a cierto tipo de información comercial, no establecen una exención general. Dichas leyes reconocen que términos tales como información “comercial” o “de negocios” o “confidencial” no pueden determinar de por sí qué información debería ser denegada, de forma que resulte compatible con la protección de los intereses comerciales, y qué información debería ser revelada, de forma compatible con el fortalecimiento de los intereses públicos y gubernamentales. Las decisiones sobre la concesión de acceso a la información deben ser tomadas luego de haber efectuado un cuidadoso análisis sopesando, caso por caso, la probabilidad de perjudicar los intereses comerciales protegidos y el interés público en la publicación de la información en cuestión.

La utilización de parámetros vagos para definir la información comercial que merece ser protegida, la concesión –sin cuestionamiento alguno- de confidencialidad de documentos ante el reclamo de una empresa, o el otorgamiento a los funcionarios oficiales de una amplia discreción para denegar acceso a información simplemente porque se relaciona con un interés comercial – todo ello puede desnaturalizar el derecho de acceso del público. Ello puede privar al público de una fuente de información importante y de utilidad al momento de la toma de decisiones. Y por último puede erosionar la confianza del público en las instituciones del estado.

B. Predominio del interés público

Si bien, a veces, existen argumentos sólidos basados tanto en consideraciones políticas como prácticas contra la divulgación de secretos comerciales en poder del Estado o de información comercial sensible en términos de competencia que tiene una tenue relación con las actividades estatales, el argumento a favor de la divulgación se torna más fuerte cuando la información comercial de terceros se relaciona con gastos públicos o los intereses comerciales o las actividades de una entidad estatal. En otras palabras, hay un fuerte interés público de contrapeso en que el gobierno rinda cuentas al público por dichos gastos y actividades. Por lo tanto, si bien algunas categorías de información comercial de propiedad de una persona deberían ser generalmente mantenidas en confidencialidad, los ciudadanos que pagan impuestos y las empresas en general deberían tener derecho a obtener información sobre gastos públicos, contratos administrativos, y otras transacciones y relaciones entre el sector público y las empresas privadas.

Asimismo, algunas naciones también establecen que la protección de la salud pública, la seguridad y el medio ambiente o la necesidad de evitar el daño inminente a las personas pueden predominar sobre los intereses comerciales en la confidencialidad.⁷⁰ Este enfoque refleja el

⁷⁰ Ver, por ejemplo., SCOTTISH MINISTERS' CODE OF PRACTICE ON THE DISCHARGE OF FUNCTIONS BY PUBLIC AUTHORITIES UNDER THE FREEDOM OF INFORMATION (SCOTLAND) ACT 2002 [CÓDIGO DE PRÁCTICA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES CONFORME A LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE ESCOCIA DE 2002], apartado 46 (2004), <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/25725/0025717.pdf> (que señala que “habrá circunstancias en las que los impactos comerciales adversos no son una justificación suficiente para denegar la divulgación; haciendo hincapié en que “[c]uando la divulgación es necesaria para la protección de la salud pública, la seguridad pública o el medio ambiente, por ejemplo, dichas consideraciones pueden desplazar la

reconocimiento de ciertas jurisdicciones de que aún los intereses comerciales apreciables deben ceder ante la divulgación en aras de los intereses de la salud y seguridad pública.

Por ejemplo en el caso *Trustees For the Time Being of the Biowatch Trust v. Registrar: Genetic Resources*,⁷¹ el Tribunal Superior de Sudáfrica ordenó al registro de semillas genéticamente modificadas que revele a Biowatch cierta información relacionada con el uso de organismos modificados genéticamente (“GMO’s”) en Sudáfrica, incluyendo ciertos datos de evaluación de riesgos. El registro inicialmente se rehusó a revelar la información a Biowatch, alegando “la confidencialidad comercial de la información requerida por Biowatch” y argumentando que la revelación de dicha información dañaría los intereses comerciales y financieros de Monsanto y varias otras empresas.⁷² El tribunal hizo recaer la carga de “acreditar que la denegación de una solicitud de acceso estaba justificada” sobre las partes “que reclamaban la denegación”.⁷³ El tribunal destacó los potenciales peligros que los experimentos con GMO⁷⁴ representaban “para la salud pública y para la seguridad del medio ambiente” y confirmó el derecho de acceso a la información, que está consagrado en la Constitución de Sudáfrica. Asimismo, si bien el tribunal reconoció que el derecho de acceso a la información no es absoluto, concluyó que la divulgación de la mayoría de la información requerida era de interés público.⁷⁵

En el caso *Futaki v. Japan Tobacco Company Biotechnology Center* (2002), el Tribunal Superior de Osaka sostuvo que el interés de la salud pública pesa más que el interés de [proteger]

pérdida financiera o el perjuicio a la posición competitiva de un tercero”); LAWRENCE REPETA, BUSINESS CONFIDENTIALITY VERSUS HUMAN HEALTH: THE ROLE OF JAPAN’S INFORMATION DISCLOSURE LAWS [CONFIDENCIALIDAD COMERCIAL VERSUS SALUD HUMANA: EL ROL DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE JAPÓN] (2006), *disponible en* <http://www.opengovjournal.org/article/view/382/383> (que establece que, las leyes de acceso a la información locales y nacionales de Japón declaran “la prevalencia del interés público” que requieren que la salud pública y otros intereses públicos prevalezcan en casos de [] conflicto” entre “el interés de proteger la confidencialidad comercial” y el “fuerte interés público en la divulgación de dicha información”). En Japón, los siguientes son algunos de los tipos de información que han sido divulgados en razón de que el interés público en su divulgación fue considerado de mayor peso para desplazar el interés de proteger la confidencialidad de la información comercial: “los nombres de las empresas con un alto número de demandas por prácticas de ventas fraudulentas, los detalles con respecto a la disposición de residuos industriales, y una amplia variedad de información relativa a bienes inmuebles.” REPETA, *supra* en 3-4 (señala que, en una de las causas más importantes de interpretación del predominio del interés público conforme a la ley de acceso a la información, la cámara nacional de apelaciones administrativas recomendó la divulgación de “una lista de hospitales que habían distribuido un coagulante de sangre contaminado con el virus de hepatitis” pese al riesgo “serios perjuicios económicos para las entidades que figuraban en la lista”).

⁷¹ *Trustees For the Time Being of the Biowatch Trust v. Registrar: Genetic Resources*, No. 23005/2002 (T.P.D.) (Sudáfrica), <http://www.biowatch.org.za/docs/judgement.pdf>.

⁷² *Idem* en 20, 42.

⁷³ *Idem* en 46.

⁷⁴ *Idem* en 9-10.

⁷⁵ *Idem* en 53-65. El Artículo 36 de la Ley de Promoción de Acceso a la Información de 2000 [Promotion of Access to Information Act, 2000] (Act No 2 of 2000), <http://www.info.gov.za/gazette/acts/2000/a2-00.pdf>, establece una excepción en razón de “información financiera, comercial, científica o técnica . . . de un tercero, cuya revelación podría posiblemente dañar los intereses comerciales o financieros de dicho tercero.” Asimismo establece que el acceso a un documento no puede denegarse si consiste en información “sobre los resultados de [cualquier] investigación” llevada a cabo por o en nombre de un tercero, “y su divulgación revelara un riesgo serio para la seguridad pública o el medio ambiente.” Ley de Promoción del Acceso a la Información de 2000, artículo 36.

la confidencialidad comercial y ordenó que se concediera al Sr. Futaki acceso a los documentos requeridos. Dichos documentos incluían los planos y especificaciones del edificio del Centro de Biotecnología de la Japan Tobacco Company (“JT”), un laboratorio genético de envergadura, “en el cual se cultivan las enfermedades que se inyectan a animales de laboratorio y donde se llevan a cabo experimentos de combinación de genes y biotecnología,” construido “en el medio de una área residencial densamente poblada.”⁷⁶ Los funcionarios del gobierno habían denegado la solicitud del Sr. Futaki argumentando que la divulgación de dichos documentos “traería aparejado un perjuicio significativo a la posición competitiva de [JT].”⁷⁷ El Tribunal de Distrito de Osaka confirmó la decisión municipal de denegar acceso a la información, concluyendo que “los documentos caían dentro de la órbita de la protección conforme” a la ley aplicable y que el riesgo de daño a la comunidad si los documentos no eran divulgados era insuficiente para justificar su divulgación.⁷⁸ La decisión fue apelada y el Tribunal Superior de Osaka revocó la sentencia del tribunal inferior. El Tribunal Superior “compartió el criterio del tribunal inferior de que la divulgación de los documentos causaría un perjuicio competitivo a JT Real Estate [una afiliada de JT Biotechnology Center],” pero llegó a la conclusión de que “el nivel de ‘riesgo de daño a la vida humana, al cuerpo humano o a la salud’ era suficiente para desplazar el interés comercial y requerir la divulgación.”⁷⁹

Estos casos ilustran claramente la razón por la cual los principales regímenes de acceso a la información permiten que un interés público en la divulgación de la información desplace las excepciones que protegen la confidencialidad comercial. El predominio del interés público permite la revelación de información que de otra forma estaría exenta si, sopesando [ambos intereses] el interés público favorece la divulgación. Si bien la mayoría de las leyes no define el término “interés público,” dicho término ha sido interpretado en el Reino Unido como “algo que resulta útil para los intereses del público” y en Escocia como “algo que resulta de significativa incumbencia y beneficio para el público.” Por supuesto, el concepto de lo que constituye interés público cambia a través del tiempo y varía dependiendo de las circunstancias de cada caso.

⁷⁶ REPETA, *supra* nota 70, en 4-6, 9 (que explica que el Sr. Futaki solicitó la información poco después del Gran Terremoto de Hanshin, que causó daños estructurales masivos a varios edificios en la zona del Sr. Futaki, con la esperanza de que “los documentos brindarían tranquilidad con respecto a la amenaza de riesgos biológicos en su comunidad”).

⁷⁷ *Idem* en 6-7 (JT y su afiliada de bienes raíces argumentaron que la divulgación permitiría “a los competidores tomar conocimiento sobre los detalles del diseño y construcción de la instalación”).

⁷⁸ La ordenanza pertinente de Takatsuki protege la información “cuya divulgación causaría daño a la posición competitiva u otros intereses propios de una empresa. Ordenanza N° 40 [Ordinance No. 40], art. 6(1)(2) (1986) (citada en REPETA, *supra* nota 70, en 15). Con la salvedad de que el artículo 6(1)(2) de la Ordenanza establece que, “pese al daño a la competencia que puede resultar, la información deberá ser revelada si se refiere a “actividades comerciales que presentan un riesgo de lesionar la vida humana, el cuerpo humano o la salud.” Ordenanza N° 40, art. 6(1)(2) (1986) (citada en REPETA, *supra* nota 70, en 17).

⁷⁹ REPETA, *supra* nota 70, en 21. Al alcanzar esta conclusión el Tribunal Supremo de Osaka concentró su atención en determinar si las actividades conducidas por JT Biotechnology Center eran “del tipo de actividades por las cuales la sociedad requiere ‘medidas de seguridad especiales.’” *Idem* en 22 (citando la Decisión del Tribunal Supremo de Osaka de 2002, Sec. II.5 [Osaka High Court Decision, 2002, Sec. II.5]. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que estaban notando lo siguiente: “Debido a que había aspectos [de tecnología de recombinación de ADN] con respecto a los cuales no podía decirse que se había acumulado suficiente experiencia en cuánto a su seguridad, resultaba importante adoptar cualquier medida apropiada para prevenir lesiones provenientes de peligros no predecibles y desconocidos antes de que ocurran.” *Idem*.

El artículo 4(2) del Reglamento de Acceso de la UE establece que, “[l]as instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica salvo que su divulgación revista un interés público superior.” En forma similar, la FOIA del Reino Unido sujeta la exención prevista para “intereses comerciales” a la prueba de sopesar el interés público: aún cuando una autoridad pública concluya que la divulgación de la información perjudicaría los intereses comerciales legítimos, solo podrá denegar el acceso a la información si considera que, “según todas las circunstancias del caso, el interés público en mantener la exención prevalece sobre el interés público de revelar la información.”⁸⁰ En virtud de la ley del Reino Unido, el interés público es atendido cuando, entre otros factores, la revelación de la información: “favorece la comprensión y la participación en el debate de los temas actuales”; “facilita la rendición de cuentas y la transparencia de la toma de las decisiones por las autoridades públicas” o en relación con “el gasto de fondos públicos,” así también cuando se ayuda a garantizar que “las autoridades lleven a cabo sus funciones en forma adecuada,” que “se revele cualquier mal desempeño,” y que “no se engañe al público sobre la forma en la que se desempeñan las autoridades públicas o los organismos que regulan.”⁸¹

La Ley de Acceso a la Información de Canadá (la “ATA de Canadá”) permite la revelación de información comercial confidencial si dicha revelación redunda en interés público “como por ejemplo si se relaciona con la salud pública, la seguridad pública o la protección del medio ambiente y, si el interés público en la divulgación claramente pesa más en importancia que cualquier pérdida o ganancia financiera o perjuicio en la posición competitiva o interferencia con cualquier negociación contractual o de otro tipo con terceros.”⁸² La Comisión Interamericana argumentó en el caso *Claude Reyes* que, en todos los casos, la restricción al derecho de acceso

no sólo debe relacionarse con uno de los objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en disponer de la información (prueba de proporcionalidad).⁸³

⁸⁰ Ley de Acceso a la Información de 2000 [Freedom of Information Act 2000], Capítulo 36, artículo 2; *ver también* Notificación del Comisionado de Información [Information Commissioner Decision Notice] FS50063478, *National Maritime Museum* (20 de junio de 2005), <http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2005/63478%20dn.pdf> (que hace hincapié en que “aquellos que se dedican a una actividad comercial con el sector público deben prever que habrá un mayor grado de apertura sobre los detalles de dichas actividades que el que hubiera existido antes de la entrada en vigencia de la [FOIA del Reino Unido]”).

⁸¹ Awareness Guidance 5, *supra* nota 67, en 8; Freedom of Information Act Awareness Guidance No. 3, The Public Interest Test 5 [Guía de Conocimiento de la Ley de Acceso a la Información No. 3, La prueba de existencia de Interés Público 5], http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/awareness_guidance_3_public_interest_test.pdf.

⁸² Ley de Acceso a la Información [Access to Information Act], R.S.C., c. A-1, s.1 (1985).

⁸³ *Claude Reyes y otros v. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, apartado 58 c).

En el contexto de contratos de suministros del Estado, se ha determinado que el interés público de la transparencia y rendición de cuentas de los gastos de fondos públicos es mayor que el interés de mantener cierta información comercial en confidencialidad.⁸⁴ Así pues, en el caso *McKeever Rowan Solicitors and the Department of Finance*,⁸⁵ el Comisionado de Información de Irlanda ordenó la revelación de cierta información relativa a un contrato de suministros del Estado. El requirente había solicitado información relativa a “la licitación pública de ofertas para la designación de asesores del Ministerio de Finanzas en la venta de ICC Bank.”⁸⁶ El Departamento de Finanzas denegó la solicitud de los documentos, invocando varias excepciones, incluyendo la excepción de “información comercial sensible” contemplada en el artículo 27(1)(b) de la FOIA de Irlanda.⁸⁷ En la apelación, el Comisionado de Información concluyó que luego de la adjudicación del contrato de suministro público, los honorarios, las condiciones de pago y otros detalles necesarios para entender la naturaleza de los servicios adquiridos deben divulgarse al público, aún cuando “pudiera razonablemente estimarse” que la divulgación de dicha información “pudiera traer aparejados” perjuicios competitivos al tercero que suministró la información.⁸⁸ El Comisionado de Información razonó que, “sopesando [ambos intereses] la divulgación de la información redundará en mayor beneficio del interés público a la luz de la significativa necesidad de apertura y rendición de cuentas con respecto al contrato.”⁸⁹

En el caso *Applicant Against the Conduct and the Decision of the Municipality of Radovljica* (2004), el Comisionado de Acceso a la Información Pública de Eslovenia sostuvo que el solicitante tenía derecho de acceso a los contratos relativos a la administración de departamentos de propiedad de la Municipalidad. La Municipalidad había denegado autorización al acceso debido a que los documentos eran “secretos comerciales” exentos de

⁸⁴ Los típicos factores que son sopesados al determinar si se aplica el predominio del interés público incluyen (1) la transparencia y rendición de cuentas de los gastos de fondos públicos; (2) la protección del público (es decir, cuando la autoridad pública tiene información con respecto a la calidad de los productos de una empresa del sector privado o la conducción de una empresa); (3) circunstancias en virtud de las cuales la autoridad pública obtuvo el acceso a la información; y cualquier (4) asunto relativo a la competencia. *Awareness Guidance 5, supra* note 67, en 8.

⁸⁵ Carta de Decisión del Comisionado de Información [Information Commissioner Letter Decision Case No. 99183] (2003), *disponible en* <http://www.oic.gov.ie/en/DecisionsoftheCommissioner/LetterDecisions/Name,1638,en.htm>.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Idem* (que señala, “una vez que los precios ofrecidos por el oferente ganador se convierten en precios contractuales, no podía razonablemente esperarse que el Departamento iba a mantener esta información o cualquiera de los otros términos contractuales en confidencialidad si no existían circunstancias excepcionales”).

⁸⁹ *Idem* (en que se llega a la conclusión que el artículo 27(1)(b) no resultaba aplicable). En forma similar, en un grupo de casos de contratos públicos, el Comisionado de Información ordenó la revelación de facturas abonadas a empresas de telecomunicaciones por el Departamento de Finanzas y otras dependencias públicas. *Eircom Plc and the Department of Agriculture and Food; Mr. Mark Henry and the Department of Agriculture and Food; Eircom Plc and the Department of Finance and Eircom Plc and the Office of the Revenue Commissioners*; Information Commissioner Long Form Decision, Cases Nos. 98114, 98132, 98164 and 98183 (2000). El Comisionado de Información concluyó que, el significativo “interés público en garantizar la máxima apertura con respecto al uso de fondos públicos, en especial, pero no exclusivamente, con el fin de garantizar que los organismos públicos obtengan valor por su dinero cuando adquieren servicios de telecomunicaciones” pesaba más que cualquier interés público en proteger los intereses comerciales de las empresas de telecomunicaciones. *Idem*.

divulgación conforme al artículo 6 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Eslovenia.⁹⁰ El Comisionado subrayó que el procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo, incluyendo los criterios de selección y cumplimiento del contrato, no pueden ser considerados un secreto comercial. Al autorizar el acceso, el Comisionado sostuvo que la solicitud del requirente redundaba en el interés público en razón de que: (1) “[a]l divulgar la información al público se garantiza la transparencia, el adecuado manejo de los fondos públicos y la prevención de la corrupción,” (2) “[l]os ciudadanos y los contribuyentes tienen derecho a conocer como se gastan los fondos públicos, que han sido confiados al gobierno” y (3) “[s]e garantiza la competencia entre los oferentes en el mercado.”

Tal como lo ilustran las leyes y resoluciones precedentes, aún el potencial perjuicio emergente de la divulgación de información comercial confidencial debe ceder ante el interés público mayor de brindar acceso al público cuando puede demostrarse que el interés público pesa más que el perjuicio privado invocado. Muchas veces, por supuesto, no se llega a dicha etapa, debido a que muchos tribunales y funcionarios de la información concluyen, en la primera instancia, que el alegato de que la divulgación de la información causará perjuicio al comercio carece de fundamento, no está acreditado o resulta exagerado. Generalmente el argumento esgrimido contra la divulgación se basa en el miedo de que el acceso del público a la información avergonzará a las empresas implicadas. Pero los regímenes de acceso no le otorgan mucho peso a dicho miedo. Después de todo, también causarían vergüenza a los empresarios la revelación de despilfarros, fraude, corrupción u otros actos ilegales por parte de las empresas o los organismos estatales. Sin embargo, son precisamente estos los casos en los cuales la divulgación pública redundaría en el mayor beneficio para la sociedad.

V. Las salvaguardas procesales son indispensables para un régimen de acceso a la información justo y factible

Se requiere una serie de salvaguardas procesales a fin de garantizar la administración justa y eficaz de las leyes de acceso, dichas salvaguardas parecen ser esenciales en todos los regímenes jurídicos maduros para brindar acceso público a la información gubernamental.

A. Deber del Estado de responder a las preguntas y solicitudes de información

A fin de garantizar que los funcionarios y servidores públicos “respeten el derecho de acceso a la información” y respondan las solicitudes de información en forma puntual y eficiente, las leyes de acceso a la información universalmente prescriben plazos límites dentro de los cuales las dependencias públicas deben responder las solicitudes.⁹¹ Las demoras irrazonables de acceso a la información perjudican los derechos básicos reflejados en las leyes de acceso e impiden el uso eficaz de dichas leyes. Así pues, en virtud del régimen aplicable en los EE.UU., las dependencias públicas deben responder las solicitudes dentro de veinte días hábiles. El plazo límite podrá ser prorrogado por un término adicional de diez días hábiles en caso de

⁹⁰ Ley de Acceso a la Información Pública [Access to Public Information Act (ZDIJZ)] (22 de marzo de 2003, y sus modificaciones del 15 de julio de 2005), *disponible en* <http://www.ip-rs.si/index.php?id=520> (Traducción al inglés).

⁹¹ *Transparency and Silence*, *supra* nota 1, en 16; MENDEL, *supra* nota 4, en 31 (que sugiere que “[l]a ley debería establecer plazos claros para responder las solicitudes, que deberían ser razonablemente cortos”).

“circunstancias inusuales.”⁹² Conforme a la Ley de Acceso de México, las dependencias públicas deben responder las solicitudes dentro de veinte días hábiles y notificar al requirente precisando el costo y la modalidad de acceso. La información deberá ser entregada al requirente dentro de los diez días hábiles al que la dependencia le haya notificado al requirente la disponibilidad de aquella y una vez que el requirente haya abonado los aranceles correspondientes. A fin de garantizar que los funcionarios públicos cumplan con la ley y respondan las solicitudes de información en forma puntual, las dependencias públicas sujetas a la Ley de Acceso de México deben formar "Comités de Información" a fin de “coordinar y supervisar” las acciones de la dependencia conforme a la Ley de Acceso de México. Conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú, las dependencias públicas deben responder dentro de siete días hábiles, plazo que puede ser ampliado por cinco días hábiles adicionales en casos excepcionales.⁹³

En forma similar, la FOIA del Reino Unido⁹⁴ y la FOIA de Escocia⁹⁵ requieren que la autoridad pública responda una solicitud de información dentro de veinte días hábiles.⁹⁶ Conforme a la FOIA del Reino Unido dicho plazo puede ser ampliado “a fin de permitir considerar la divulgación a la luz de la prueba del interés público siempre y cuando se encuentre dentro de un plazo que se considere ‘razonable en vista de las circunstancias,’”⁹⁷ mientras que conforme a la FOIA de Escocia, las autoridades públicas deben responder todas las solicitudes, incluyendo aquellas que requieren la prueba del interés público, dentro de veinte días hábiles. Cuando una autoridad pública está llevando a cabo la prueba del interés público, debe, sin embargo, emitir una notificación de denegación al requirente, indicando la fecha estimada en la que la autoridad considera que tomará una decisión⁹⁸ y revelar en forma puntual la información que no se halla sujeta a una excepción.

⁹² 5 U.S.C. § 552(a)(6).

⁹³ Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LEY N° 27806 [Law of Transparency and Access to Public Information, No. 27806], 4 de febrero de 2003.

⁹⁴ Ley de Acceso a la Información [Freedom of Information Act 2000], Capítulo 36, artículo 10(1).

⁹⁵ Ley de Acceso a la Información de Escocia [Freedom of Information (Scotland) Act, 2002], (A.S.P. 13), artículo 10.

⁹⁶ Ley de Acceso a la Información de Escocia 2000, capítulo 36, artículo 10(1); DUNION, *supra* nota 33, en 6-7 (que hace hincapié en la importancia de una tramitación rápida de todas las solicitudes de información).

⁹⁷ Ley de Acceso a la Información de Escocia de 2000, capítulo 36, artículo 10(3); *ver también* Banisar, *supra* nota 30, en 129; Freedom of Information Good Practice Guidance, A Guide to The Lifecycle of Requests Under Section 1 of the Freedom of Information Act 2000 (FOIA) [Guía de Prácticas de Acceso a la Información, una Guía del Ciclo de Vida de las Solicitudes conforme al artículo 1 de la Ley de Acceso a la Información de 2000], *disponible en* www.ico.gov.uk (que destaca que, “las autoridades públicas deberían apuntar a responder *todas* las solicitudes, incluyendo aquellas en las que el interés público está siendo considerado, dentro de un plazo de 20 días hábiles”; y agrega que, cuando “las consideraciones de interés público son excepcionalmente complejas puede ser razonable que tarde más tiempo pero . . . en ningún caso podrá el plazo total exceder los 40 días hábiles”).

⁹⁸ Ley de Acceso a la Información de 2000 [Freedom of Information Act 2000], capítulo 36, artículo 17(2).

B. Deber de fundamentar las decisiones gubernamentales, incluyendo las decisiones denegatorias de información al requirente

Conforme a la mayoría de los regímenes de acceso, incluyendo los de México,⁹⁹ Estados Unidos,¹⁰⁰ el Reino Unido,¹⁰¹ la UE,¹⁰² Australia¹⁰³ y Nueva Zelanda,¹⁰⁴ si un organismo gubernamental deniega acceso a los registros solicitados, dicho organismo deberá explicar la razón de la denegación y describir el procedimiento mediante el cual se puede apelar dicha denegación. Dicho requerimiento ayuda a garantizar el cumplimiento de la ley de acceso a la información por parte del órgano público, ya que una notificación “que omite fundamentar la decisión de la autoridad puede ser una indicación de que la solicitud no ha sido seriamente tratada.”¹⁰⁵ La fundamentación también resulta necesaria para permitir una revisión significativa de la decisión inicial –ya sea mediante un recurso administrativo, una revisión judicial o mediante una petición dirigida a un comisionado o defensor del pueblo en materia de información.

Si bien existen algunas diferencias, las leyes de acceso a la información en general establecen que, al denegar una solicitud de información, la autoridad pública debe individualizar la excepción aplicable, explicar las razones por las cuales dicha excepción resulta aplicable y describir el derecho de apelación que le cabe al requirente contra la decisión (brindando una explicación del procedimiento de revisión interna, en caso de existir). La declaración general indicando que la información solicitada está sujeta a una excepción no resulta suficiente. La autoridad debe brindar una explicación clara de los fundamentos relativos a la aplicación de la excepción. Tal como lo ha sostenido el Tribunal de Primera Instancia de la UE, al denegar el acceso la institución deberá “proporcionar la justificación que permita comprender y verificar, por una parte si el documento solicitado está comprendido efectivamente en el ámbito de la excepción invocada y, por otra, si la necesidad de proteger esta excepción es real.”¹⁰⁶ Esto no es solo un requerimiento técnico, la falta de justificación por parte de una institución de su decisión

⁹⁹ Ley de Acceso de México, art. 45.

¹⁰⁰ 5 U.S.C. § 552(a)(6).

¹⁰¹ Ley de Acceso a la Información de 2000 [Freedom of Information Act 2000], capítulo 36, artículo 17.

¹⁰² Reglamento de Acceso de la UE, [EU Access Regulation], art. 7(1). En la causa *Jose Maria Sison contra el Consejo de la Unión Europea*, el tribunal sostuvo que la institución debe “proporcionar la motivación que permita comprender y verificar, por una parte si el documento solicitado está comprendido efectivamente en el ámbito de la excepción invocada y, por otra, si la necesidad de proteger esta excepción es real.” Asuntos consolidados 110/03, 150/03 & 405/03, 2005 WL 101335, ¶ 60-61 (citando por analogía *Netherlands and Van der Wal contra la Comisión*, asuntos 174/198 P y 89/98 P, 2000 E.C.R. I-1, ¶ 24).

¹⁰³ Ley de Acceso a la Información de 1982 [Freedom of Information Act, 1982] artículo 26.

¹⁰⁴ Ley de Información Oficial [Official Information Act 1982], parte 2, artículo 19.

¹⁰⁵ U.K. Freedom of Information Good Practice Guidance No. 1, Refusal Notices [Guía de Prácticas del Acceso a la Información del Reino Unido No. 1, Notificaciones de Denegación], *disponible en* www.ico.gov.uk [en adelante Good Practice Guidance 1] (agregando que, una notificación clara y fundada también permite al Comisionado de Información comprender las razones por las cuales la información fue reservada).

¹⁰⁶ *Jose Maria Sison contra el Consejo de la Unión Europea*, asuntos acumulados 110/03 & 405/03, 2005 WL 101335, apartado 61.

que deniega acceso a cada documento reservado traerá aparejada la anulación judicial de dicha falta.¹⁰⁷

C. Deber de consultar a la parte que suministró la información comercial antes de efectuar cualquier divulgación de la misma, especialmente cuando dicha información ha sido anteriormente identificada como potencialmente confidencial

Pese a que esta no es una característica universal, algunas leyes de acceso a la información contienen disposiciones que requiere que la dependencia pública curse notificación o consulte al tercero que suministró la información comercial confidencial o sensible antes de divulgar la información al requirente. El objeto de estas disposiciones es proteger los derechos del debido proceso de las partes que suministran información y fomentar que las empresas compartan su información con el Estado en primer término. Adicionalmente, estas disposiciones frecuentemente satisfacen mejor los intereses de los requirentes debido a que es más probable que la dependencia pública revise cuidadosamente la información y determine qué partes de un documento pueden ser separadas y reveladas, en lugar de denegar una solicitud en su totalidad debido a que el documento contiene información comercial.¹⁰⁸ La decisión del Estado tenderá a estar mejor informada luego de mantener una consulta significativa con el tercero.

La obligación del Estado de consultar no es igual a la obligación de acceder a una solicitud de confidencialidad efectuada por un tercero. En el curso de la adopción del Reglamento de Acceso de la UE, las instituciones europeas consideraron la posibilidad de otorgar un derecho de veto a terceros con respecto a documentos cuya autoría no corresponde a las instituciones. Las primeras normas autorizando el acceso público a los documentos de la Comisión y del Consejo estaban contempladas en un Código de Conducta que excluía la posibilidad de divulgar documentos suministrados por terceros.¹⁰⁹ Dicha norma fue ampliamente criticada- y fue omitida en el Reglamento posterior.

Conforme al Reglamento de Acceso de la UE, la consulta al tercero a quien se refiere la información es necesaria solamente cuando no resulta claro si el documento entra o no en el ámbito de una de las excepciones establecidas en el Reglamento.¹¹⁰ Si el documento entra claramente en el ámbito de una excepción o no entra claramente en el ámbito de una excepción, la consulta no resulta necesaria. Cuando la consulta resulta necesaria, el tercero puede responder y brindar su punto de vista sobre la cuestión.¹¹¹ Salvo que la parte que suministró la información

¹⁰⁷ *Kuijer v. Council*, asunto 188/98, 2000 E.C.R. II-01959, apartado 36.

¹⁰⁸ JAMES T. O'REILLY, FEDERAL INFORMATION DISCLOSURE [DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN FEDERAL] § 10:8 (3d ed. 2000).

¹⁰⁹ Código de Conducta 93/730/CE de diciembre de 1993, 1993 O.J. (L. 340) 41.

¹¹⁰ Reglamento de Acceso de la UE, artículo 4(4) (que establece que, “[e]n el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros a fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 o 2 [del artículo 4], salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos”).

¹¹¹ En el supuesto de que el que brinda la información es un Estado Miembro de la UE resultan aplicables normas especiales (artículo 4(5) del Reglamento de Acceso), como así también si la solicitud se refiere a un documento (clasificado) como “sensible” (artículo 9 del Reglamento de Acceso).

sea un Estado Miembro, la opinión negativa de dicha parte no será vinculante para la autoridad (es decir, no podrá vetar la decisión de la autoridad de divulgar la información).¹¹²

Conforme a la FOIA del Reino Unido, si bien la consulta no es requerida, se incentiva a las autoridades públicas a “que consulten con las partes que serían probablemente afectadas por cualquier divulgación.”¹¹³

Conforme al artículo 29 de la FOIA de Irlanda, antes de que un órgano público pueda divulgar información confidencial o información comercial sensible por razones de interés público, dicho órgano deberá- dentro del plazo de hasta cuatro semanas de recibida la solicitud de información- consultar a la parte que suministró la información y otorgarle “la oportunidad de opinar sobre la decisión de si la información debería ser divulgada.”¹¹⁴ La parte que suministró la información, sobre quien pesa la carga de probar que la divulgación no está justificada,¹¹⁵ cuenta con tres semanas para efectuar presentaciones ante la autoridad pública con respecto a la solicitud.¹¹⁶ La autoridad pública debe considerar cualquier presentación a fin de decidir si conceder la solicitud.¹¹⁷ La autoridad pública deberá adoptar una decisión final dentro de las dos semanas de recibida la presentación (o, si la parte que suministró la información no efectúa ninguna presentación, dentro de las dos semanas posteriores a la finalización del plazo de tres semanas para efectuar las presentaciones).¹¹⁸ La consulta es obligatoria solamente cuando el órgano público decide revelar la información por razones de interés público. Por lo tanto, cuando un órgano público tiene intención de divulgar los documentos aduciendo que la excepción no resulta aplicable a los documentos solicitados, la consulta no es necesaria.¹¹⁹

¹¹² Reglamento de Acceso de la UE, art. 4(5). El veto especial otorgado a un Estado Miembro es compatible con el propósito básico del régimen de acceso, que es el de conceder acceso a la información que obra en poder de las instituciones de la Comunidad, no a la información que obra en poder de los Estados Miembros.

¹¹³ Awareness Guidance 5, *supra* nota 67, en 10 (destacando que dicha consulta no se extiende por el plazo de veinte días hábiles permitido para que una autoridad pública responda solicitudes de información). En un caso reciente, el Tribunal de Información del Reino Unido expresó su desaprobación a la omisión incurrida por el Comisionado de Información de contactar a cualquiera de las partes para discutir la demanda con ellos. El Tribunal de Información expresó que “habría muy pocas demandas en las que el Comisionado [de Información] solo pudiera basarse en la notificación de la demanda y cualquier documento adjunto,” sin contactar a las partes. *Mr. E.A. Barber v. The Information Commissioner*, Appeal No. EA/2005/0004 y Information Commissioner Decision Notice [Notificación de la Decisión del Comisionado de Información] C67001 (citada en Information Tribunal's Early Decisions Lead to Greater Openness [Las Decisiones Iniciales del Tribunal de Información traen aparejada una Mayor Apertura], *disponible en* www.ico.gov.uk).

¹¹⁴ FOIA de Irlanda, artículo 29(2) (discutido en MAEVE McDONAGH, *FREEDOM OF INFORMATION LAW*, capítulo 13 (Thomson Round Hall, 2d ed. 2006)).

¹¹⁵ FOIA de Irlanda, artículo 34(12)(a) (que establece, en su parte pertinente, que “se presumirá que la decisión que concede una solicitud a la que resulta aplicable el artículo 29 ha sido justificada salvo que la persona interesada . . . demuestre a satisfacción del Comisionado [de Información] que la decisión no fue justificada”); *ver también* McDONAGH, *supra* nota 114.

¹¹⁶ FOIA de Irlanda, artículo 29(2)(ii).

¹¹⁷ FOIA de Irlanda, artículo 29(3)(a).

¹¹⁸ FOIA de Irlanda, artículo 29(4).

¹¹⁹ McDONAGH, *supra* nota 114. En los Estados Unidos la consulta a la parte que suministró la información comercial confidencial no está contemplada en la ley en sí, sino que es un requerimiento establecido en el Decreto

D. Deber de cursar una notificación antes de divulgar la información, si la parte que suministró la información se opuso, a fin de permitir la apelación o revisión judicial

En los EE.UU.,¹²⁰ Canadá,¹²¹ y la UE,¹²² los órganos y dependencias públicas deben notificar al tercero que suministró información comercial confidencial si la dependencia concluye que ello resulta necesario a fin de divulgar la información pese a la oposición de dicha parte. Debe otorgarse a la parte que suministró la información un plazo para impugnar la decisión de divulgar la información, y dicha parte puede impugnar judicialmente la decisión de la dependencia pública de divulgar la información. Pero, de no existir una impugnación judicial, la dependencia pública podrá divulgar la totalidad o una porción de la información pese a la oposición de la parte que la suministró.

En Australia, toda vez que sea “razonablemente práctico hacerlo,” el que toma la decisión deberá otorgar a la parte que suministró la información una oportunidad de efectuar una presentación aduciendo que la información solicitada debería estar exenta.¹²³ Si el que toma la decisión determina que la información solicitada no está exenta, éste deberá notificar su decisión a la parte que suministró la información (y al requirente) y no podrá revelar la información solicitada hasta (1) que venza el plazo de apelación con que cuenta la parte que suministró la información para apelar dicha decisión o (2) que dicha parte apele la decisión y dicha apelación sea desestimada o denegada.¹²⁴

E. Divisibilidad o proporcionalidad

En virtud del principio de divisibilidad o proporcionalidad, un órgano público debe revelar las partes de un documento que contienen información que no está exenta luego de borrar (suprimir) las porciones que no pueden ser divulgadas. Este principio garantiza que los Estados no podrán evadir la divulgación reteniendo un documento completo cuando solo una porción del mismo resulta exenta. Por ejemplo, en virtud de la FOIA de los EE.UU., “[c]ualquier porción

del Ejecutivo que es vinculante para todos los organismos federales. Exec. Order [Decreto del Ejecutivo] No. 16,200, 5 C.F.R. 2604 (23 de junio de 1987).

¹²⁰ Exec. Order [Decreto del Ejecutivo] No. 16,200.

¹²¹ ATA de Canadá §§ 27-29.

¹²² Tal como se señala precedentemente, el artículo 4(4) del Reglamento de Acceso requiere que se notifique/ consulte al tercero que suministró la información comercial. Si el Consejo Europeo o la Comisión Europea decide divulgar los documentos, la parte que suministró los documentos deberá contar con 10 días hábiles antes de la divulgación a fin de solicitar una medida precautoria al tribunal de Primera Instancia conforme al artículo 243 del Tratado de la UE. Decisión del Consejo 2004/338/EC, 2004 O.J. (L 106), Anexo II, art. 2.4.

¹²³ Ley de Acceso a la Información de 1982 [Freedom of Information Act, 1982] § 27(1).

¹²⁴ *Idem* § 27(2). En *Illawarra Retirement Trust v Secretary, Department of Health and Ageing* [2005] FCA 170 (7 de marzo de 2005), el Tribunal Federal Superior de Australia sostuvo que se concedía permiso a Illawarra Retirement Trust para solicitar la revisión de una decisión que sostenía que un informe editado que contenía información comercial no revestía la calidad de un documento exento en virtud de la Ley de Acceso a la Información de 1982, art. 43(1), disponible en [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/federal_ct/2005/170.html?query="Freedom%20of%20Information"%20NEAR%20"43"](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/federal_ct/2005/170.html?query=).

razonablemente divisible de un documento será entregada a cualquier persona que solicite dicho documento luego de borrar las porciones que están exentas conforme a [FOIA].”¹²⁵ La Ley de Acceso de México permite la revelación de documentos que contienen información clasificada o confidencial, siempre y cuando las partes o secciones clasificadas puedan ser separadas. Cuando se suprimen partes de un documento "en tales casos, deberán señalarse las partes o secciones que fueron eliminadas.”¹²⁶ Los mismos requerimientos se establecen en las leyes de acceso a la información de Canadá,¹²⁷ el Reino Unido,¹²⁸ Escocia,¹²⁹ Irlanda,¹³⁰ Australia,¹³¹ y Nueva Zelanda¹³².

Asimismo, en virtud de la mayoría de las leyes de acceso, si una dependencia pública deniega la revelación de un documento, aduciendo que el material exento dentro del documento no resulta divisible del material no exento, dicha dependencia deberá brindar una explicación. Los tribunales pueden revisar la información que se adujo como exenta en privado a fin de validar la decisión del gobierno.

CONCLUSIÓN

Open Society Justice Initiative ha demostrado en esta presentación que el derecho de acceso a la información – *incluida* la información comercial o de negocios – que obra en poder de las autoridades públicas se encuentra completamente establecido en el derecho internacional y en las prácticas de los estados. Los tribunales y los legisladores en los estados democráticos han determinado que el derecho a recibir información del Estado es un derecho político básico y, tal como el derecho de difundir información e ideas, constituye un pre-requisito real para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales en una democracia moderna. Asimismo, existe una clara tendencia en los estados democráticos en el mundo a considerar el libre acceso a la

¹²⁵ 5 U.S.C. § 552(b).

¹²⁶ Ley de Acceso de México, art. 43.

¹²⁷ ATA de Canadá § 29.

¹²⁸ Information Commissioner Decision Notice FA0064579, *Southend-on-Sea NHS Primary Care Trust* (15 de marzo de 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/decision_notice_fs0064579.pdf (que ordenó que la autoridad pública divulgara la información no exenta y que “emitiera una notificación de denegación separada con relación a los párrafos adaptados”); Information Commissioner Decision Notice FS50064581, *Boston Borough Council* (6 de abril de 2006), http://www.ico.gov.uk/upload/documents/decisionnotices/2006/decision_notice_fs50064581.pdf (que comenta que la autoridad denegó correctamente una porción de la información conforme a la FOIA del Reino Unido, art. 41, mientras que divulgó el resto).

¹²⁹ *Your Right to Know*, *supra* nota 32, en 26. La autoridad debería, de ser posible, suprimir o remover la información exenta y suministrar al requirente el resto de la información. *Idem*. La autoridad deberá indicar las razones para la remoción de porciones de la información solicitada. *Idem*.

¹³⁰ El artículo 13 de la Ley establece, en la parte pertinente, que cuando sería concedida una solicitud de información “si no fuera por el hecho de que se relaciona con un documento que” incluye información exenta, el órgano público deberá, si resulta posible, preparar una copia “que contenga toda la porción del documento que no consiste en material [exento]” y otorgar una copia al solicitante.

¹³¹ Ley de Acceso de 1982 [Freedom of Information Act, 1982], § 22.

¹³² Ley de Acceso a la Información Oficial de 1982 [Official Information Act 1982], parte 2, § 17.

información comercial y en particular a la información sobre relaciones comerciales entre el Estado y las empresas privadas, esencial para garantizar la integridad del Estado y la credibilidad del sistema democrático en sí.

En esta presentación Justice Initiative también ha delineado algunos principios fundamentales de los sistemas de información en las principales jurisdicciones de Europa, las Américas, y otros lugares. Dichos principios son la presunción a favor de la divulgación; la restrictiva interpretación de cualquier excepción a la divulgación, incluyendo aquellas relativas a la información comercial; la existencia de plazos límites para responder las solicitudes de información; el requisito de que la denegación al acceso esté debidamente motivada y fundada; la consulta que debe dirigirse a las empresas que suministran información y la notificación que debe cursarse a las mismas antes de divulgar información que se alega como confidencial; y la obligación de que en caso de existir información que puede ser reservada, ésta sea suprimida mientras que las restantes partes del documento sean divulgadas.

En el caso *Claude Reyes* la Corte Interamericana reconoció el derecho contemplado en el artículo 13 a recibir información que obra en poder del Estado. Respetuosamente solicitamos a este Tribunal que tome conocimiento de los principios y procedimientos casi universales que acompañan la implementación de las leyes de acceso a la información. El resultado no solo ubicará la jurisprudencia del Tribunal en línea con la jurisprudencia Interamericana y el derecho internacional, sino que también establecerá un marco justo y eficiente que rija el acceso a la información -incluyendo la información comercial- en Chile. Finalmente, revelará que este Tribunal reconoce la importancia del acceso a la información como uno de los pilares básicos de un gobierno democrático y un mercado libre.

Fechado: Nueva York, Nueva York, EE.UU.
12 de abril de 2007

Respetuosamente,

En nombre de Open Society Justice Initiative

En nombre de Ropes & Gray LLP

[firma]

[firma]

James A. Goldston
Director Ejecutivo

Thomas M. Susman
Socio