



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos

Despacho  
Viceministerial  
de Justicia

Dirección General de Transparencia,  
Acceso a la Información Pública y  
Protección de Datos Personales

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”  
“Año de la Universalización de la Salud”

## OPINIÓN CONSULTIVA N° 06 -2020-JUS/DGTAIPD

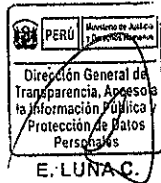
ASUNTO : Sobre el acceso a los bancos de preguntas que sirven para elaborar las evaluaciones en los procesos de selección de personal

REFERENCIA : Oficio N° 00082-2019/MEM-OGA-ORH

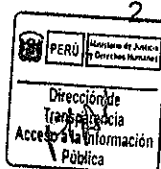
FECHA : 14 ENE 2020

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante el documento de la referencia, Myriam Parker Chávez, entonces Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas (Minem)<sup>1</sup>, solicita a esta Dirección General emitir opinión sobre el derecho de acceso a la información pública y sus límites en relación a los bancos de preguntas que sirven para elaborar las pruebas de conocimiento en el proceso de selección de personal, en ese sentido, plantea las siguientes preguntas:



- i. *¿Constituye una vulneración al derecho de acceso a la información pública, si la entidad deniega el acceso al banco de preguntas para elaborar pruebas de conocimiento para los procesos de selección personal a fin de no vulnerar los principios de meritocracia e igualdad de oportunidades que establece la Ley del Servicio Civil?*
- ii. *¿En caso la Entidad adquiera con presupuesto público, el uso de un número determinado de pruebas psicológicas y/o psicotécnicas cuya autoría se encuentre protegidas por derechos de autor, se estaría vulnerando el derecho de acceso a la información pública al denegarse la entrega de los cuestionarios, si el contrato de adquisición prohíbe su reproducción o difusión total o parcial, más aún cuando el producto contratado no es el cuestionario en sí sino solo el uso de este?*



2 El Minem señala que los procesos de selección de personal se dan a través de los concursos públicos, cuyo fin es elegir a la persona más idónea para el puesto de trabajo, y en el cual se deben garantizar los principios de igualdad de oportunidades y meritocracia. Acota que se garantiza la transparencia en dicho proceso a través de la publicación de los resultados de cada etapa.

3. En tal sentido, considera que con la publicación del banco de preguntas se puede afectar los principios de meritocracia e igualdad de oportunidades, así como la colisión con los derechos de autor de las pruebas psicológicas y psicotécnicas adquiridas por la entidad y financiada con presupuesto público.

<sup>1</sup> Actualmente ejerce el cargo María Perla Cabrejos Cabanillas.



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Justicia

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la Universalización de la Salud"

## II. MARCO NORMATIVO DE ACTUACIÓN

4. De conformidad con el inciso 4 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1353 que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esta entidad tiene la función de absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a la información pública.
5. En esa medida, esta Dirección General, en tanto órgano de línea del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre el que recae la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, emite la presente Opinión Consultiva, en mérito a la normativa citada, en el ámbito de la interpretación en abstracto de las normas; es decir, como pauta de interpretación general y no como mandato específico de conducta para un caso concreto.
6. En ese sentido, considerando las preguntas formuladas por el Minem, este Despacho se pronunciará sobre el acceso a los bancos de preguntas que sirven para elaborar las evaluaciones en los procesos de selección de personal a través de una solicitud de información.

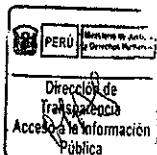


E. LUNA C.

## III. ANÁLISIS

### A. Información contenida en los bancos de preguntas elaborados por las entidades de la Administración Pública

7. El inciso 5, artículo 2, de la Constitución Política del Perú establece que  *toda persona tiene el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. La información que afecta la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional está exceptuada de ser entregada.*
8. Por información pública debe entenderse como aquella información contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por las entidades de la Administración Pública o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, es considerada información pública.
9. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisó que lo realmente trascendental, a efectos de que algún tipo de documentación pueda considerarse como información pública, no es su financiación, sino  *"la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva".<sup>2</sup>*



M. AGUILA S

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 02579-2003-HD/TC, fundamento 12.



PERÚ

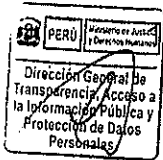
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Justicia

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la Universalización de la Salud"

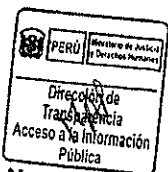
10. Es preciso indicar que el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto. En efecto, como cualquier otro derecho fundamental presenta determinados límites en aras de proteger otros bienes jurídicos de naturaleza constitucional. Así se ha previsto que este derecho no podrá ser ejercido cuando la información solicitada sea información de naturaleza secreta, reservada o confidencial según lo dispone los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante TUO de la Ley 27806), respectivamente.
11. Las excepciones antes señaladas son las únicas que pueden limitar el derecho de acceso a la información pública, por lo que tales supuestos deben ser interpretados de manera restrictiva, pues los principios de publicidad y máxima divulgación así lo exigen. De manera que, solo la Constitución o alguna norma con rango legal puede establecer limitaciones a este derecho.<sup>3</sup>
12. La información que contienen los bancos de preguntas no puede estar comprendida en los artículos 15 y 16 del TUO de la Ley 27806, referida a información secreta y reservada, respectivamente, dado que su finalidad no está orientada a proteger la seguridad nacional, el orden interno o el curso de las negociaciones internacionales.



E. LUNA C.

3. Respecto a la información confidencial, el artículo 17 del TUO de la Ley 27806 plantea seis supuestos:

1. *"La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.*
2. *La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.*
3. *La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.<sup>4</sup>*
4. *La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.*
5. *La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. [...]*
6. *Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".*



M. AGUILA S.

<sup>3</sup> Artículo 18 del TUO de la Ley 27806.

<sup>4</sup> Respecto a la interpretación del plazo de exclusión, revisar la Opinión Consultiva N° 45-2018-JUS/DGTAIPD: [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/O-C-45\\_OCTUBRE.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/O-C-45_OCTUBRE.pdf)



PERÚ

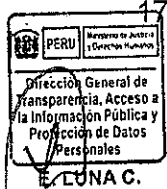
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Justicia

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”  
“Año de la Universalización de la Salud”

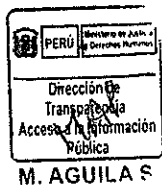
- 14. Del análisis de los supuestos regulados en los incisos del 1 al 5 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, se puede concluir que la información que contienen los bancos de preguntas no está relacionada con algún supuesto; en consecuencia, no estaría exceptuada del acceso.
- 15. Si bien, la lectura del inciso 6 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806, advierte la posibilidad de otros supuestos de exclusión del acceso a la información pública, desde nuestra perspectiva, la información contenida en los bancos de preguntas destinados a la elaboración de pruebas de conocimientos para los procesos de selección, no podría entenderse como una excluida del dominio público derivado de una solicitud de acceso a la información pública.<sup>5</sup>
- 16. Y ello, porque no hallamos en la Constitución o en una ley, norma que habilite la exclusión; máxime, tomando en cuenta la interpretación restrictiva que debe hacerse del régimen de excepciones, tal y como preceptúa el artículo 18 del TUO de la Ley 27806.



- 17. Lo señalado, sin embargo, debe matizarse si el banco de preguntas, como tal, está configurado previamente a la solicitud de acceso. Vale decir, para su entrega, debe verificarse su existencia en un documento o soporte que identifique la información que alberga como banco de preguntas de un determinado proceso de selección o como el banco de preguntas de la entidad o determinada unidad orgánica para determinado tipo de proceso, por ejemplo. En suma, se requiere de un banco de preguntas formalizado como tal.

**B. Sobre el uso de las evaluaciones psicológicas y/o psicotécnicas en mérito a los contratos celebrados con terceros**

- 18. El numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona a la libertad de creación, en todas sus formas y manifestaciones, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y al producto de la explotación de las mismas.
- 19. El desarrollo legal de este derecho fundamental lo encontramos regulado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor. En él se especifica, entre otros que, el autor es la persona natural que crea las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad<sup>6</sup>, reconoce los derechos morales de paternidad, divulgación, integridad, modificación o variación, retiro y acceso a favor de los autores<sup>7</sup>. Asimismo, reconoce los derechos patrimoniales<sup>8</sup> del titular de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa.



<sup>5</sup> Y ello, porque no hallamos en ley o decreto legislativo alguno, norma que habilite la exclusión; máxime, tomando en cuenta la interpretación restrictiva que debe hacerse del régimen de excepciones, tal y como preceptúa el artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806.

<sup>6</sup> Artículo 2 inciso 1 del Decreto Legislativo 822.

<sup>7</sup> Artículo 21 y 22 del Decreto Legislativo 822.

<sup>8</sup> Artículo 30 del Decreto Legislativo 822.



PERÚ

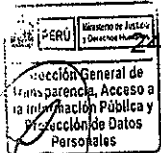
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Justicia

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”  
“Año de la Universalización de la Salud”

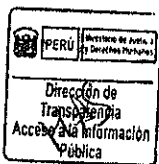
- 20. Para el goce de este derecho no es necesario el cumplimiento de algún tipo de formalidad o inscripción<sup>9</sup>. Es decir, la protección surge desde el mismo momento en que se crea la obra.
- 21. Entiéndase como obra aquella creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse<sup>10</sup>.
- 22. Es así que, la elaboración de las evaluaciones psicológicas y/o psicotécnicas pueden ser consideradas como una creación intelectual y/o científica que permitirán evaluar la inteligencia, aptitudes o actitudes, habilidades o el tipo de personalidad de los postulantes a un puesto de trabajo, en tal sentido, ser consideradas como una obra.
- 23. Siendo ello así, en *prima facie* serán los titulares del derecho a la protección intelectual las personas naturales que desarrollan los test psicológicos y/o psicopedagógicos, salvo que estos hayan sido elaborados en el marco de un contrato por encargo o bajo una relación laboral; en cuyo caso, la titularidad del derecho le corresponde a quien se le encomendó la obra.



F. LUNA C.

En tal sentido, podemos afirmar que en tanto el derecho a la protección intelectual se encuentra reconocido en la Constitución Política y regulado su ejercicio en el Decreto Legislativo 822 nos encontramos frente a una excepción contemplada en el numeral 6 del artículo 17 del TUO de la Ley 27806.

- 25. Por lo que, corresponde al autor de la obra, gozar del derecho exclusivo de explotarla bajo cualquier forma o procedimiento, salvo que las obras hayan sido creadas en cumplimiento de una relación laboral o en la ejecución de un contrato por encargo, en cuya situación regirá lo pactado entre las partes<sup>11</sup>. Ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Legislativo 822.
- 26. A juicio de esta Dirección General, las pruebas psicológicas y/o psicotécnicas solo podrán ser reproducidas si se cuenta con el consentimiento de su titular, lo que debe estar expresado en los términos de la relación contractual que lo vincula con la entidad pública. Es decir, la entidad que posee la información (evaluaciones psicológicas y/o psicotécnicas) en el marco de una relación contractual que le permite sólo su uso debe respetar los derechos morales y patrimoniales<sup>12</sup> de sus autores.



M. AGUILA S.

<sup>9</sup> Artículo 3 del Decreto Legislativo 822.

<sup>10</sup> Artículo 2 numeral 17 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

<sup>11</sup> Similar criterio comparte el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al señalar en el literal b) del apartado 2.2 de la Resolución 0103011632019 que la reproducción de las obras requiere, como regla general, la autorización de su autor. No obstante, reconoce en el artículo 16 del Decreto Legislativo 822 supuestos en los que no se requerirá la autorización de este: “Para la reproducción de textos escolares y los cuadernos de trabajo, no se requerirá la autorización de las editoriales privadas si estos fueron creados en virtud de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo y, además, no se haya presentado una estipulación contractual que prohíba la reproducción de dichas obras (...)”

<sup>12</sup> Conforme al artículo 30 del Decreto Legislativo 822, el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa.



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos

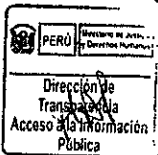
Despacho  
Viceministerial  
de Justicia

Dirección General de Transparencia,  
Acceso a la Información Pública y  
Protección de Datos Personales

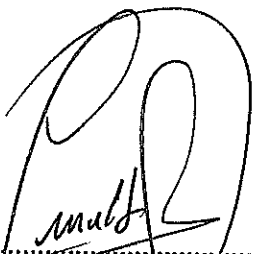
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año de la Universalización de la Salud"

#### IV. CONCLUSIONES

1. El acceso a la información pública es la regla general en el Estado. La publicidad y la máxima divulgación son los presupuestos que subyacen a las normas de este segmento del ordenamiento jurídico dedicado a la transparencia y al acceso de la información pública. Las excepciones al derecho se interpretan de manera restrictiva.
2. Los bancos de preguntas elaborados por las entidades de la Administración Pública para los procesos de selección de personal son de acceso público, toda vez que no están comprendidos en el régimen de excepciones regulados por los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley 27806; salvo que la restricción al acceso esté contemplada expresamente en una norma con rango legal.
3. Las pruebas psicológicas y/o psicotécnicas merecen protección de los derechos de autor, en consecuencia, su reproducción requiere el consentimiento del titular del derecho, lo que usualmente está expresado en los términos de la relación contractual que lo vincula con la entidad pública.
4. En el marco de una solicitud de acceso a la información pública, es responsabilidad del funcionario o servidor público evaluar la confidencialidad de la información que posee, para proceder a su clasificación. Para tal fin, debe recurrir a las normas especiales que regulen las excepciones.



M. AGUILA

  
EDUARDO LUNA CERVANTES  
Director General de la Dirección General de  
Transparencia, Acceso a la Información Pública y  
Protección de Datos Personales  
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos