



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010301482019

Expediente : 00234-2018-JUS/TTAIP
Recurrente : **YORLANK ANGEL ARENAS OVIEDO**
Entidad : **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 11 de abril de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00234-2019-JUS/TTAIP de fecha 3 de julio de 2018, interpuesto por **YORLANK ANGEL ARENAS OVIEDO**, contra la Carta N° 000234-2018-TRA/ONPE de fecha 19 de junio de 2018, emitida por la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES**, mediante la cual atendió su solicitud de acceso a la información con Registro N° 0007523-2018 de fecha 5 de junio de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de junio de 2018, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la Oficina Nacional de Procesos Electorales que le entregue lo siguiente:

- a) El registro de asistencia del personal CAP y CAS de la Secretaría General por el periodo enero, febrero y marzo del año 2018
- b) Las copias fedateadas de todas las papeletas de justificación de salidas y sus anexos adjuntos, del personal CAP y CAS de la Secretaría General, presentadas a la Gerencia Corporativa de Potencial Humano en el periodo antes mencionado, salvo las referidas a la salud y al onomástico.

Mediante la Carta N° 00234-2018-TRA/ONPE, notificada el 21 de junio de 2018, la entidad denegó la referida solicitud alegando que respecto al registro de asistencia éste no constituye información pública, correspondiendo al cumplimiento de un contrato laboral. Agregó sobre las papeletas de justificación de salidas que, en tanto estaban vinculadas a una investigación en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, están protegidas por el numeral 3 del artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM¹.

El 3 de julio de 2018 el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis señalando que el derecho a la información pública solo puede ser restringido por un número limitado de excepciones que deben interpretarse de manera restrictiva.

¹ En adelante, Ley de Transparencia.

Agregó que, respecto a la investigación en trámite alegada por la entidad para negar la entrega de las papeletas de justificación, dicha respuesta es ambigua e incompleta pues no ha precisado cuales papeletas de la totalidad estarían en dicho supuesto y respecto a la negativa de entregar el registro de asistencia esta carece de sustento pues es información sustentada con el erario público.

Mediante el Oficio N° 000684-2019-SG/ONPE, recibido por esta instancia el 4 de abril de 2019, la entidad remitió el expediente administrativo correspondiente a la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente.²

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene 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 el pedido, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 10° de la Ley de Transparencia, señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, de acuerdo a los literales b) y g) del artículo 11° de la Ley de Transparencia³, las entidades de la Administración Pública deben brindar la información pública que le soliciten en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, salvo que, existan causas justificadas relacionadas a la comprobada y manifiesta falta de capacidad logística u operativa o de recursos humanos de la entidad o al significativo volumen de la información solicitada.

Además, el numeral 3 del artículo 17° de la Ley de Transparencia señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a 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.

Por su parte el numeral 5 del mismo artículo establece que tampoco podrá ejercerse dicho derecho respecto de la información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

2. 1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información solicitada por la recurrente es confidencial y por tanto esta exceptuada del derecho de acceso a la información pública, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 3 y 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

² Requerimiento realizado mediante Resolución N° 010101342019 de fecha 28 de marzo de 2019.

³ Modificada por el Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses.

2.2 Evaluación de la materia

Conforme al Principio de Publicidad contemplado en el artículo 3° de la Ley de Transparencia, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC que *“la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”*.

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación (o publicidad) que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *“motivación cualificada”*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas. (subrayado nuestro)

a) Sobre el registro de asistencia.-

De autos se observa que la entidad negó el acceso a dicha información porque consideró que forma parte del resultado del cumplimiento de un contrato laboral, conforme al artículo 10° de la Ley de Transparencia.

Al respecto, cabe señalar que el 1 de abril del 2019, el Tribunal Constitucional publicó en su portal institucional la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2015-PHD/TC en la que analizó la naturaleza del reporte de ingreso y salida de los funcionarios de la plataforma de atención al cliente de una empresa del Estado y, en mayoría, determinó que en la medida que su divulgación afecta el derecho a la intimidad y expone a las personas a un reglaje, no es información pública. Al respecto fundamentó:

4. Para este Tribunal Constitucional, tanto el Estado como sus empresas públicas se encuentran en la ineludible obligación de implementar estrategias viables para gestionar sus escasos recursos públicos de manera transparente y eficiente. La ciudadanía, por su parte, tiene derecho a participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, fiscalizando la labor estatal. Como bien lo anota la Defensoría del Pueblo, una forma de combatir la corrupción es erradicar “el secretismo” y fomentar una “cultura de transparencia” (*El derecho a la información pública: normativa jurisprudencia y labor de la defensoría del pueblo*, serie Documentos Defensoriales, documento 09, noviembre de 2009, p. 23). Y es que un elevado nivel de corrupción resulta pernicioso para la

sociedad por cuanto debilita la confianza de la población en las instituciones democráticas.

5. No debe perderse de vista que, en un estado social y democrático de Derecho, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (cfr. Sentencia 02579-2003-HD/TC). De ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.
6. Dichas restricciones, que tal como prescribe el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, están circunscritas a aquellas **que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional**.
7. Ahora bien, a criterio de este Tribunal, es necesario precisar, en primer lugar, que el horario de atención al público es de conocimiento público en el caso de proveedoras de servicios públicos, pues ello asegura que los usuarios puedan acudir a las instalaciones de Sedalib SA para tramitar todas las cuestiones correspondientes al servicio que brinda. En segundo lugar, aunque el área de Plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA tiene un horario de atención para el usuario establecido (inicio de atención — término de atención), este no es el mismo para el personal de dicha área, pues es sabido que los empleados finalizarán su jornada laboral cuando todos los usuarios que ingresaron a sus instalaciones dentro del horario establecido hayan sido atendidos. En tercer lugar, si bien toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones, ello no implica que este deje de ser titular de los atributos y libertades que le corresponden como persona.
8. Asimismo, no cabe duda de que la vida privada refleja un bien jurídico de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar:



[...] Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella; sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Sentencias 04573-2007-HD/TC, fundamento 11, y 6712- 2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 38).

En consecuencia, la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal.

9. Así, a criterio de este Tribunal, un reporte de ingreso y salida de un trabajador de su centro de labores, específicamente del área de plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA, es información, cuya divulgación afecta su intimidad, pues constituye un dato acerca de cómo desarrolla su vida, la que pertenece a la esfera privada de las personas. Además, el acceso público a dicha información podría asemejarse a una práctica de reglaje, que obviamente coloca a los trabajadores en un estado de especial vulnerabilidad, sobre todo ante la delincuencia existente en el país. Por lo tanto, sin la autorización del titular de dicha información su publicidad no es constitucionalmente admisible. Siendo así, la demanda resulta infundada”.

De la revisión de la sentencia emitida por dicho colegiado, se advierte que es necesario analizar algunos de los conceptos antes señalados y que se encuentran vinculados a la determinación de la naturaleza pública o reservada de la información solicitada en el presente caso.

Respecto al registro de asistencia, según el artículo 4° del Decreto Supremo N° 028-2007-PCM, “Dictan disposiciones a fin de promover la puntualidad como práctica habitual en todas las entidades de la Administración Pública”, las “*entidades de la Administración Pública, con la colaboración de los órganos de control institucional, velarán por el cabal cumplimiento de los horarios de atención al público mediante un adecuado sistema de control. La infracción a las normas internas relativas a la puntualidad conlleva la imposición de sanciones administrativas, conforme a ley.*” (subrayado nuestro)

Asimismo, el artículo 21° del Reglamento Interno de Trabajo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, aprobado por la Resolución Jefatural N° 172-2017-J/ONPE⁴ establece que todos los trabajadores de dicha entidad están obligados a “*g) Registrar su asistencia, ingreso y salida del centro de trabajo, así como los casos de salida por comisión de servicios y permisos personales. [...]*” (subrayado nuestro)

En la misma línea el artículo 25° del reglamento antes mencionado señala que los trabajadores de la dicha entidad están “*obligados a registrar su asistencia en los sistemas de control, salvo el personal cuyos cargos son calificados de confianza en el Cuadro de Asignación de Personal.*” (subrayado nuestro)

De lo que se concluye que en la Administración Pública en general y en la Oficina Nacional de Procesos Electorales⁵ en particular, se encuentra regulada la obligatoriedad de un sistema de control de asistencia, ingreso y salida del personal, a fin de supervisar el cumplimiento de su horario de trabajo.

• Sobre el derecho de acceso a la información pública

El inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho fundamental de acceso a la información pública, que faculta a toda persona «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 el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad

⁴ En adelante, el Reglamento de Trabajo de la entidad.

⁵ En la actualidad, la Oficina Nacional de Procesos Electorales se encuentra aún en tránsito al Régimen de la Ley del Servicio Civil. Para mayor detalle: https://storage.servir.gob.pe//servicio-civil/Lista_entidades_en_transito_al_04ene2016.pdf y <https://www.servir.gob.pe/lista-de-entidades-con-resolucion-de-inicio-a-la-ley-del-servicio-civil/>. Consulta realizada el 11 de abril de 2019.

personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional».

De autos se aprecia que la entidad sostiene que la información solicitada forma parte del resultado del cumplimiento de un contrato laboral, conforme al artículo 10° de la Ley de Transparencia que señala que el concepto de información pública solo abarca a la información financiada con presupuesto pública que sirve de base para una decisión de naturaleza administrativa.

Al respecto, se debe indicar que si bien el referido artículo 10° precisa que "[...] para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales", dicho artículo también señala que.

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. (subrayado nuestro)

Asimismo, en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 09378-2013-PHD/TC y en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD, el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho artículo de la siguiente manera:

[...] Lo realmente trascendental a efectos de que 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." (subrayado nuestro)

Además conforme al artículo 3° de la Ley de Transparencia, la información que la Administración Pública genera, posea o tenga en su poder se rige por el principio de máxima publicidad, por el cual se presume de naturaleza pública y la restricción tiene que fundamentarse en las excepciones contempladas expresamente en dicha norma.

En ese sentido, la fuente de su financiamiento no determina la publicidad o no de la información, por el contrario, como regla, la información que se encuentra en poder de la Administración Pública se presume pública, salvo ley expresa en contrario.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC ha señalado que "la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental." (subrayado nuestro)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información

en poder de la Administración pública, salvo en que su ley de desarrollo constitucional, la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, indique lo contrario.

Asimismo, en los Fundamentos 10 y 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, el Tribunal Constitucional señaló que dicho derecho tiene una doble dimensión:

10. [...] Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación. (subrayado nuestro)

En ese sentido, el derecho de acceso a la información pública tiene una especial relevancia constitucional en la medida que no se agota con el acceso a la información, sino que es un presupuesto de toda sociedad democrática, permite el ejercicio de otros derechos, y permite el control y la fiscalización ciudadana de toda actuación de la Administración pública.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, señaló lo siguiente:

[Con] carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuenta con cobertura constitucional, la excepción. [...] Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho

de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes.⁶ (subrayado nuestro)

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) Vs. Brasil", estableció que el principio de máxima divulgación exige que toda información se presuma pública y que el Estado tenga la carga de probar en toda denegatoria de información cuáles son las razones que impiden su divulgación. En efecto, la Corte sostuvo:

230. Asimismo, para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho [de acceso a la información] es necesario que la legislación y la gestión estatales se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación, de modo que toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones. Igualmente, toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información, y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información.⁷ (subrayado nuestro)

También, en el caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile" indicó que *"en una sociedad democrática 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"*⁸. (subrayado nuestro)

Finalmente, en esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que⁹:

15. El principio de máxima divulgación ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general, sometida a estrictas y limitadas excepciones. De este principio se derivan las siguientes consecuencias: (a) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; (b) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y (c) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información. (subrayado nuestro)

De lo expuesto, podemos concluir que solo se podrá negar el acceso a la información pública si tiene sustento en las excepciones expresamente contenidas en la Ley de Transparencia, de lo contrario, se mantendrá la presunción de máxima publicidad de la información en poder de la Administración Pública y, por ende, la información será de acceso público.

⁶ Ver también la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, Fundamento 11; Expediente N° 02579-2003-HD/TC, Fundamento 5; y Expediente N° 02838-2009-PHD/TC, Fundamento 9; entre otros.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, Párrafo 230. Revisar también: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. "El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano". 2010.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile". Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 92.

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales". 2012, párrafos 13-20. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf>. Consulta realizada el 11 de abril de 2019.

En ese orden de ideas, cabe señalar en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, el Tribunal Constitucional señaló que, en virtud del principio de máxima publicidad, “las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”. (subrayado nuestro)

Al respecto, en el Fundamento 6 de esta última sentencia, dicho colegido indicó que se requiere brindar una “motivación cualificada”.

6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas. (subrayado nuestro)

En ese sentido, la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada en base a las excepciones reguladas en la ley, debiendo señalarse expresamente y por escrito las razones por las que se aplican esas excepciones y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento, como lo precisa el literal f) del artículo 5° Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM¹⁰.

Cabe señalar que, conforme al Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 950-00-HD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para denegar el acceso a la información no es suficiente invocar una excepción prevista en la ley de la materia:

[...] el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad. (subrayado nuestro)

Asimismo, en el Fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05173-2011-PHD/TC, dicho colegido determinó que “[...] no basta con alegarse que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que ello debe ser meridianamente acreditado”. (subrayado nuestro)

Por lo antes mencionado, podemos concluir que no basta que se niegue el acceso a la información únicamente invocando la existencia de una excepción contemplada en la Ley de Transparencia, sino que se debe probar de modo razonable que entregar la información afecta o pone en riesgo un derecho fundamental.

¹⁰ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia. La mencionada norma indica: “f. En caso la solicitud de información deba ser rechazada por alguna de las razones previstas en la Ley, deberá comunicar este rechazo por escrito al solicitante, señalando obligatoriamente las razones de hecho y la excepción o excepciones que justifican la negativa total o parcial de entregar la información.”

Teniendo en cuenta ello, en el caso analizado, para negar el acceso a la información en base al derecho a la intimidad, se exige que exista un sustento expreso en la Ley de Transparencia y la acreditación razonable de que existe una afectación al derecho a la intimidad o un riesgo de su vulneración.

- **La importancia del acceso al registro de asistencia para el control y fiscalización de la Administración Pública, así como para la supervisión del gasto público**

Ahora bien, debemos señalar que conforme a los literales a) y b) del artículo 22° del Reglamento de Trabajo de la entidad, sus trabajadores sin distinción, tienen prohibido faltar a su centro de labores sin causa debidamente justificada, así como ausentarse sin autorización o justificación.

Asimismo, conforme al artículo 25° de la referida norma, todos los trabajadores están *“obligados a registrar su asistencia en los sistemas de control, salvo el personal cuyos cargos son calificados de confianza en el Cuadro de Asignación de Personal”* (subrayado nuestro). Además, el referido artículo indica:

Vencida la hora oficial de ingreso, el trabajador tendrá una tolerancia acumulada de 15 (quince) minutos al mes, los mismos que no producen descuento en la remuneración al trabajador ni serán considerados como tardanza si en un período mensual no supere dicho lapso. Aquéllos que excedan dicho límite estarán sujetos al descuento del total de los minutos de tardanza acumulados.

[...]

En caso de que el trabajador se retire del centro de trabajo antes de la hora de salida sin justificación alguna, se le descontará el tiempo no laborado de manera proporcional.

La impuntualidad reiterada constituye falta disciplinaria, la misma que se será amonestada de acuerdo a lo que establece el presente reglamento. (subrayado nuestro)

También, el artículo 81° de la referida norma señala que constituye una falta: *“a) Llegar tarde al centro de trabajo o salir antes de la hora establecida sin autorización expresa”*.

De lo antes indicado, se colige que el registro de asistencia del personal de la entidad, en tanto permite identificar sus faltas y tardanzas, determinará el pago de remuneraciones, lo que además constituye una actuación de la Administración pública de índole presupuestal.

Siendo ello así, en tanto la asistencia y la salida justificada de los trabajadores determinará la disposición de los fondos públicos por parte de la Administración Pública, esta tendrá una relevancia pública conforme al Fundamento 28 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4407-2007-PHD/TC, emitida por el Tribunal Constitucional:

[...] uno de los mecanismos más efectivos de prevención de la lucha contra la corrupción es la publicación periódica, detallada y completa de los ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos, ya que, al estar disponible dicha información, los incentivos para malversar los fondos públicos disminuirían considerablemente ante la amenaza de ser descubierto; ya no solamente por las autoridades gubernamentales encargadas de procesar, almacenar y fiscalizar dicha información, o por las

autoridades jurisdiccionales correspondientes; sino por cualquier persona interesada en obtener dicha información. (subrayado nuestro)

Sumado a ello, dicho colegiado, en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04665-2014-HD/TC, resaltó la importancia de la participación ciudadana en el gasto público:

[s]olo una ciudadanía informada puede participar plenamente en el establecimiento de prioridades del gasto público, gozar de acceso equitativo a los servicios esenciales que el Estado tiene el deber de proveer y evaluar las decisiones de quienes gestionan el presupuesto público.

Además, en la medida que conocer el ingreso y salida del personal determina una decisión de índole presupuestal por parte de la Administración Pública, esta debe estar bajo la fiscalización ciudadana como lo indicó el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04912-2008-PHD/TC:

“3. El tener acceso a los datos relativos al manejo de la res pública resulta esencial para que exista una opinión pública verdaderamente libre que pueda fiscalizar adecuadamente la conducta de los gobernantes. O como ya se ha expresado por este Tribunal, es consustancial al régimen democrático, que reposa en la soberanía del pueblo y el respeto de la dignidad de la personas. Sin la efectiva vigencia de este derecho, no solo puede verse afectado el proyecto de vida o el interés individual de la persona a quien se le denegó la información, sino a la sociedad en su conjunto, puesto que no tendría forma de ejercer la fiscalización de la actividad administrativa del Estado. Con ello se pone de manifiesto de manera más clara aun la interrelación del interés individual y el interés social, tan propio de los derechos fundamentales. Por eso se ha llegado a decir –no en términos de legitimidad desde luego– que “Cuando se le impide a un ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental, la comunidad entera resulta afectada” [HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima; Fondo editorial de la PUCP. p. 64” (subrayado nuestro).

En ese sentido, dicho colegiado, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07440-2005-HD/TC, también señaló que el acceso a la información pública permite el control ciudadano de los funcionarios y servidores públicos, así como la supervisión de la gestión pública con la finalidad de transparentarla. Al respecto:

Un derecho [derecho de acceso a la información pública] como este nos permite controlar la gestión pública, más aún cuando, según el artículo 39 de la Norma Fundamental, todos los funcionarios y servidores están al servicio de la nación, obligación de la cual no pueden sustraerse quienes laboran en la ONP. La información pública es necesaria para la formación de la opinión y la construcción de un debate informado, lo cual redundará en la posibilidad de la participación ciudadana en los asuntos públicos y en el fomento de la transparencia en la gestión del Estado, mejorando la calidad de sus instituciones y contribuyendo a su eficiencia. (subrayado nuestro).

Además, en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01550-2017-PHD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que “entiende que toda información relacionada con el uso de los recursos públicos debe ser

transparente y que todo funcionario público debe observar un especial deber de cuidado respecto al patrimonio del Estado." (subrayado nuestro).

Finalmente, cabe agregar que conforme al Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05777-2008-PHD/TC, el Tribunal Constitucional determinó que el acceso a la información pública es "es consustancial a un régimen democrático dado que la creación de un Estado democrático reposa precisamente en la idea de control de los ciudadanos sobre la Administración Pública." (subrayado nuestro).

Por lo antes mencionado, podemos concluir que la fiscalización y el control ciudadano del uso de los fondos públicos, así como la supervisión de la actuación de la Administración Pública tiene especial relevancia individual y social, y, siendo ello así, la información solicitada sobre el registro de ingreso y salida de los trabajadores tiene carácter público, y debe entregarse al recurrente.

En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04530-2015-PHD/TC, seguido por Vicente Lozano Castro contra el Servicio de Agua Potable -Sedalib- y otra, y estando a lo expuesto anteriormente, cabe señalar que en ésta se establece que los registros de ingreso y salida de funcionarios públicos son información protegida por el derecho a la intimidad, en tanto considera en su Fundamento Jurídico 9 que "(...) constituye un dato acerca de cómo desarrolla su vida, la que pertenece a la esfera privada de las personas". Además, manifestó en el referido fundamento que "(...) el acceso público a dicha información podría asemejarse a una práctica de reglaje, que obviamente coloca a los trabajadores en un estado de especial vulnerabilidad (...)".

Al respecto este colegiado no comparte las consideraciones del Tribunal Constitucional formuladas en dicha sentencia debido a las razones que se exponen a continuación:

En relación a la invocación del derecho a la intimidad, corresponde que esta instancia analice su tratamiento normativo, definición y alcances, a la luz de la doctrina especializada y de las propias sentencias del Tribunal Constitucional.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a solicitar y a acceder a toda la información en poder de la Administración Pública, sin expresión de causa, dentro del plazo legal y con el costo que suponga el pedido, salvo que la información afecte la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En ese sentido, el numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a 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. [...]" (subrayado nuestro).

De acuerdo a Rubio, el objeto de protección del derecho a la intimidad "(...) tendrá por misión el tutelar, no únicamente la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus comunicaciones, la de sus relaciones

afectivas más cercanas y profundas, y la de su hogar, esto es, del lugar donde se desarrolla su vida íntima, el espacio en el q se desenvuelve su existencia privada"¹¹.

Por otro lado, Landa afirma que la intimidad es un derecho que tutela el ámbito de retiro, de recogimiento y de soledad de la persona, el que es necesario para que realice su personalidad, y que abarca hechos personales que no desea que sean conocidos¹².

En relación a los alcances de este derecho, Landa explica que comprende dos atributos subjetivos: uno negativo, que consiste en "(...) excluir del conocimiento de terceros aquellos actos, hechos o ámbitos reservados a nuestra propia persona, en los cuales –estando solos o con nuestro entorno más cercano- desarrollamos libremente nuestra personalidad"¹³; y otro positivo, que permite "(...) controlar qué aspectos de nuestra privacidad o intimidad pueden ser objeto de conocimiento por parte de los demás, así como la forma en que la misma es expuesta y los límites de dicha exposición, ya que en tanto titulares del derecho, somos los autorizados a establecer qué se difunde o hace de conocimiento de terceros y qué no"¹⁴.

En relación a la dimensión positiva del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional ha indicado en el Fundamento Jurídico 22 de la sentencia recaída en el Expediente 03485-2012-AA/TC:

Por otro lado, los derechos a la intimidad y a la vida privada como también se ha puesto de manifiesto, no solo pueden ser vistos hoy desde una óptica material en el sentido de que queden protegidos bajo su ámbito normativo aquellos datos, actividades o conductas que materialmente puedan ser calificadas de íntimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida, brindando tutela no solo a la faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto a nosotros). Bajo esta perspectiva, el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, han permitido el reconocimiento, de modo autónomo también, del derecho a la autodeterminación informativa, que ha sido recogido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, o del derecho a la protección de los datos personales, tal como lo denomina la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

En el ejercicio del atributo positivo del derecho a la intimidad, se aprecia, entonces, que un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad y es en este aspecto en el cual una persona determina libremente qué es su intimidad y qué no, definiendo los linderos de su vida privada.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011. Página 338.

¹² LANDA ARROYO, César. "Derecho a la intimidad personal y familiar". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. Página 87.

¹³ LANDA ARROYO, César. "Derecho a la intimidad personal y familiar". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. Página 89.

¹⁴ LANDA ARROYO, César. "Derecho a la intimidad personal y familiar". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. Página 89.

En el caso de los funcionarios públicos, su decisión de ingresar a laborar en el sector público evidencia que consienten sujetar determinados actos de su vida, los relacionados a la función que se les ha asignado, a principios constitucionales, como el de publicidad.

En relación al ámbito de **intimidad de los funcionarios públicos**, Garrós ha manifestado que existen ciertos datos de funcionarios públicos cuya difusión no supone una afectación a la intimidad: entre ellos, la remuneración y el puesto de trabajo en la institución pública, "(...) dado que se consideran datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública (...) "¹⁵.

En el mismo sentido Gamarra ha sostenido que "[l]os principios de transparencia, Estado democrático y dignidad (fundamentos del derecho a saber) exigen que los actos, hechos y datos de funcionarios públicos que versan (...) directamente sobre el ejercicio de sus labores oficiales deban ser informadas a la sociedad"¹⁶.

Al respecto el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03485-2012-AA/TC, ha indicado que "(...) [e]ste umbral más reducido de protección encuentra sustento en que (...) estas personas, desde el momento en que han decidido asumir cargos públicos, se exponen, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que ejercen la función (...)".

Asimismo, tal como indica el literal a) numeral 1 del artículo 41 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, la excepción de vida privada "(...) no tendrá aplicación con respecto a asuntos relacionados con las funciones de los funcionarios públicos (...)".

En tal sentido, cuando un ciudadano decide ingresar a la administración pública sabe que los actos relacionados al cumplimiento de sus funciones, desde el horario que cumple, los honorarios que percibe y las decisiones que toma, van a ser objeto del escrutinio público y no van a estar por tanto protegidos por el derecho a la intimidad, y es en uso de los atributos y libertades que le corresponden como persona, señaladas en el Fundamento Jurídico 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04530-2015-PHD/TC que decide ingresar a la administración pública y sujetarse a la fiscalización ciudadana, en virtud del principio de publicidad.

En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 03485-2012-AA/TC, en la que sostuvo que difundir el registro de ingreso y salida de un funcionario **público lo colocaría en un estado de vulnerabilidad**, cabe mencionar que en el presente caso la entidad no ha acreditado la existencia de un riesgo o amenaza de daño al derecho a la vida e integridad de los trabajadores públicos cuyo registro de asistencia se solicitó, por lo que no es posible fundamentar la presente resolución en dicho supuesto.

Este colegiado considera relevante señalar que los razonamientos esbozados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2015-PHD/TC, en el que se desestimó la pretensión de un recurrente

¹⁵ GARRÓS, Imma. "La intimidad y los demás derechos privados legítimos". En INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INA, p. 291.

¹⁶ GAMARRA, Marco. *Correos electrónicos de las cuentas oficiales de los funcionarios públicos como ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, p. 191.

de acceder al registro de ingreso y salida de un trabajador público, están contenidos en una sola sentencia, y no constituye un criterio interpretativo fijado por el Tribunal Constitucional de manera reiterada en una pluralidad de sentencias, es decir, no constituye doctrina jurisprudencial¹⁷.

En consecuencia, esta instancia destacando la dimensión positiva de la intimidad, el principio de publicidad al que se sujetan los funcionarios públicos y favoreciendo el control y fiscalización de la actuación pública por parte de los ciudadanos, coincide con los criterios sustentados por el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial, anteriormente analizados, en torno a los derechos de acceso a la información pública e intimidad de los funcionarios públicos, no aplicando los criterios establecidos en la sentencia de dicho órgano jurisdiccional recaída en el Expediente N° 04530-2015-PHD/TC.

b) Sobre las papeletas de justificación de salidas y sus anexos.-

De autos se aprecia que el recurrente solicitó las papeletas de justificación de salidas y sus anexos adjuntos, del personal CAP y CAS de la Secretaría General, presentadas a la Gerencia Corporativa de Potencial Humano por el periodo enero, febrero y marzo del año 2018, salvo las referidas a la salud y onomástico.

Asimismo, mediante la Carta N° 00234-2018-TRA/ONPE, de fecha 19 de junio de 2018, la entidad únicamente señaló que a la fecha, dicha información formaría parte de una investigación administrativa relacionada a una presunta comisión de falta disciplinaria correspondiente al Expediente N° 023-018-PAD y, por tanto, protegida por el numeral 3 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, referida a la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Asimismo, no indicó si existe algún pronunciamiento final sobre dicho procedimiento.

Al respecto, debemos señalar lo siguiente:

- **El concepto de papeleta de justificación de salida**

Como previamente mencionamos en el análisis del registro de asistencia, los trabajadores de la entidad deben cumplir con su horario de trabajo y para ello se deben llevar el control de su ingreso y salida en el registro respectivo.

Ahora bien, de la revisión de la normativa de alcance general en la materia y que sea aplicable a la entidad, no se observa que exista una definición de "papeleta de justificación de salida".

No obstante ello, debemos señalar que conforme al literal b) del artículo 22° del Reglamento de Trabajo de la entidad, sus trabajadores tienen prohibido ausentarse de su puesto de trabajo *"sin autorización y justificación del Gerente o suplente acreditado ante la Gerencia Corporativa de Potencial Humano"*.

Asimismo, como precisa el artículo 25° del referido reglamento, cuando el personal de la entidad se ausenta dentro del horario de trabajo, debe brindar

¹⁷ De acuerdo a Landa, "(...) en la doctrina jurisprudencial se requiere una pluralidad de sentencias orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento". LANDA, César. "Los precedentes vinculantes: el caso del Perú". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, 2010, p. 209.

una justificación, pues de lo contrario “se le descontará el tiempo no laborado de manera proporcional”.

Además, la Real Academia Española define a la “papeleta” como “*De papel y -eta. 1. f. cédula (ll papel para escribir)*”, por lo que, sumado a lo antes señalado, podemos concluir que la “papeleta de justificación de salida”, es un documento, que podría ser físico o digital, presentado por el trabajador y que contiene la justificación de su ausencia de su lugar de trabajo dentro horario laboral.

- **Sobre la información solicitada**

El numeral 3 del artículo 17° de la Ley de Transparencia señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

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.

Conforme se advierte del citado texto, la norma establece la excepción al derecho de acceso a la información pública referida a la potestad sancionadora del Estado y señala dos (2) supuestos distintos -y no concurrentes- en los cuales la exclusión de acceso a la información termina:

1. Cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida: Dicho supuesto exige que el acto administrativo dictado por la entidad no haya sido impugnado, de modo que el procedimiento administrativo concluye.
2. Cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final: Al respecto, la norma exige la concurrencia de dos (2) requisitos: el primero consiste en el simple transcurso del tiempo, que conforme lo señala la norma es de seis (6) meses; y, el segundo, que en dicho plazo la Administración no haya dictado la resolución final del procedimiento administrativo.

Asimismo, cabe precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado que le corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado. (subrayado nuestro)

En el caso analizado, de autos se observa que la entidad únicamente indicó que la información solicitada estaba relacionada a una presunta comisión de falta disciplinaria correspondiente al Expediente N° 023-018-PAD, a la fecha de la presentación de la solicitud omitiendo presentar documentación que sustente la existencia de dicho procedimiento o lo detalle, ni acreditó cómo la información requerida forma parte del procedimiento en mención, por lo que la presunción de publicidad se mantiene respecto a toda la información que la entidad crea, genera o tiene en su poder, debiendo ser entregada al recurrente.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° y el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **YORLANK ANGEL ARENAS OVIEDO**, contra la Carta N° 000234-2018-TRA/ONPE de fecha 19 de junio de 2018 y; en consecuencia, **ORDENAR** a la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES** que entregue la información solicitada.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de la información a **YORLANK ANGEL ARENAS OVIEDO**.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente Resolución a **YORLANK ANGEL ARENAS OVIEDO** y a la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma señalada en el artículo precedente.

Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal

VOTO SINGULAR DEL VOCAL SEGUNDO ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10°- D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS¹, discrepo de la resolución de mayoría que declara fundado el recurso de apelación y ordena la entrega de la información al recurrente. Considero que, en el presente caso, corresponde declarar infundado el recurso de apelación formulado en el extremo referido a la solicitud del registro de asistencia del personal CAP y CAS de la Secretaría General de la ONPE en el período comprendido entre los meses de enero a marzo de 2018. Las razones que fundamentan mi posición son las siguientes:

Sobre el particular, es importante señalar que el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 32 al 36 de la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC ha precisado el sentido y alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho, en los siguientes términos:

“2.1.3.2. La jurisprudencia

32. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.

En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Así, el artículo 138.º de la Constitución dispone:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Al respecto, este Colegiado ha afirmado que:

Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales (...) canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.^[50]

33. Similar función, regida fundamentalmente por los principios de supremacía de la Constitución y defensa de los derechos constitucionales, le compete al Tribunal Constitucional. En ese sentido, el artículo 201.º de la Constitución establece que:

¹ Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales

El vocal tiene las siguientes funciones:

(...)

3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.

En efecto, el Tribunal Constitucional "es el" órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional^[51]. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un primus inter pares en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...).^[52]

34. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es

inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este colegiado ha establecido que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.^[53]

En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103.º de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley.

35. Precisamente, si bien la labor de interpretación jurídica tiene diversos intérpretes, que en el ámbito jurisdiccional es donde dicha actividad despliega todos sus efectos vinculantes. En efecto, si no fuera así, ¿cuál sería la diferencia entre la interpretación jurídica de un particular y la de un juez? la labor interpretativa para resolver controversias constitucionales en el ámbito de la jurisdicción constitucional tiene en el Tribunal Constitucional a un intérprete privilegiado, puesto que tal condición deriva directamente de la Constitución. Al respecto, este Colegiado ha expresado:

En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.^[54]

36. *Queda claro entonces que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139.º, inciso 2 (Poder Judicial) y 201.º (Tribunal*

Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época”.

(subrayado agregado)

De igual modo, en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00859-2013-PA/TC, el Alto Tribunal ha hecho especial referencia a la naturaleza de la jurisprudencia emitida por el referido Tribunal, haciendo referencia a la resolución antes citada, en los siguientes términos:

“12. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004- AI/TC, ha sostenido que jurisprudencia es la interpretación judicial del Derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico. Esa interpretación tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó (efecto horizontal), a los jerárquicamente inferiores (efecto vertical), y a otras entidades (efecto interinstitucional), cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de Derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Es pues inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia”.

(subrayado agregado)

En cuanto a ello, es preciso señalar que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculan a la Administración Pública, a la luz de ello, en el presente caso el recurrente ha solicitado a la entidad información relacionada con el registro de asistencia del personal CAP y CAS de la Secretaría General de la ONPE en el período comprendido entre los meses de enero a marzo de 2018, no se puede dejar de valorar la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04530-2015-PHD/TC en el cual determinó que la divulgación del reporte de ingreso y salida de los funcionarios de una entidad pública, afecta el derecho a la intimidad y expone a las personas a un reglaje y por ende no constituye información pública, conforme el siguiente detalle:

- 4. No debe perderse de vista que, en un estado social y democrático de Derecho, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (cfr. Sentencia 02579-2003-HD/TC). De ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.*
- 5. Dichas restricciones, que tal como prescribe el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, están circunscritas a aquellas que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.*
- 6. Ahora bien, a criterio de este Tribunal, es necesario precisar, en primer lugar, que el horario de atención al público es de conocimiento público en el caso de proveedoras de servicios públicos, pues ello asegura que*

los usuarios puedan acudir a las instalaciones de Sedalib SA para tramitar todas las cuestiones correspondientes al servicio que brinda. En segundo lugar, aunque el área de Plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA tiene un horario de atención para el usuario establecido (inicio de atención — término de atención), este no es el mismo para el personal de dicha área, pues es sabido que los empleados finalizarán su jornada laboral cuando todos los usuarios que ingresaron a sus instalaciones dentro del horario establecido hayan sido atendidos. En tercer lugar, si bien toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones, ello no implica que este deje de ser titular de los atributos y libertades que le corresponden como persona.

7. Asimismo, no cabe duda de que la vida privada refleja un bien jurídico de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar:

[...] Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella; sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Sentencias 04573-2007-HD/TC, fundamento 11, y 6712- 2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 38).

En consecuencia, la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal.

9. Así, a criterio de este Tribunal, un reporte de ingreso y salida de un trabajador de su centro de labores, específicamente del área de plataforma de Atención al Cliente de Sedalib SA, es información, cuya divulgación afecta su intimidad, pues constituye un dato acerca de cómo desarrolla su vida, la que pertenece a la esfera privada de las personas. Además, el acceso público a dicha información podría asemejarse a una práctica de reglaje, que obviamente coloca a los trabajadores en un estado de especial vulnerabilidad, sobre todo ante la delincuencia existente en el país. Por lo tanto, sin la autorización del titular de dicha información su publicidad no es constitucionalmente admisible. Siendo así, la demanda resulta infundada.

(subrayado agregado)

Siendo esto así, atendiendo a los criterios expuestos por el Supremo intérprete Constitucional, se considera que en el presente caso el registro de asistencia constituye información cuya divulgación afecta la intimidad bajo los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional.

Es oportuno señalar que en el presente caso, el Tribunal Constitucional ha valorado dicha información como confidencial, siendo que en el presente caso de haber llegado el caso materia del presente expediente a dicha instancia constitucional, se habría optado por proteger dicha información, situación que no puede perderse de vista al resolver la presente causa.

En esa línea si bien es cierto existe un horario de atención por parte de las entidades, el registro de asistencia individualiza y personaliza dichas actividades, puesto que es evidente que aunque exista un único horario de atención, los registros de asistencia son variados y personalizados. De esta manera, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, el hecho de otorgar el carácter público a dicha información puede significar que se conozca, por ejemplo, a qué hora un trabajador se retira todos los días de su oficina, pudiendo eventualmente colocar a dicho trabajador en la situación de vulnerabilidad frente a la delincuencia, entre otros.

Al respecto, es preciso señalar que si bien es cierto el control ciudadano sobre los actos de los funcionarios públicos resulta necesario para garantizar el adecuado uso de los recursos del Estado, también es cierto que existe otra documentación que puede garantizar la satisfacción de dicho interés público sin afectar el derecho a la intimidad, como por ejemplo, las acciones adoptadas por parte de la entidad en aras de garantizar el cumplimiento de los horarios laborales o el resultado de los procedimientos disciplinarios instaurados en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, siendo éstos públicos al transcurrir seis (6) meses desde su inicio.

En consecuencia, mi voto es que se declare INFUNDADA la solicitud del recurrente en dicho extremo.

Asimismo, respecto al extremo "b" referido a las papeletas de justificación de salidas y sus anexos, suscribo la posición adoptada por mis compañeros de Sala y en consecuencia, mi voto es que se declare FUNDADA la solicitud del recurrente en dicho extremo.



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal