



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

SEGUNDA SALA

Resolución N° 020300192020

Expediente : 00028-2018-JUS/TTAIP
Impugnante : **ANA CECILIA PIMENTEL GARCÍA DE SOTOMAYOR**
Entidad : **MINISTERIO DE DEFENSA**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 25 de febrero de 2020

VISTO el Expediente de Apelación N° 00028-2018-JUS/TTAIP de fecha 2 de febrero de 2018, interpuesto por **ANA CECILIA PIMENTEL GARCÍA DE SOTOMAYOR**, contra la Carta N° 021-2018-MINDEF/SG-OAIP, de fecha 16 de enero de 2018, mediante la cual se atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **MINISTERIO DE DEFENSA** con fecha 10 de enero de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de enero de 2018, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente presentó una solicitud ante la entidad, requiriendo "*Oficio de respuesta del MINDEF (DGRRHH) al Oficio 421-2017/CDNOIDALCD/CR del 21 Dic 2016, ingresado a la Unidad de Trámite Documentario del MINDEF con código 0000600227 el 22 de dic. 2016 y anexos: cuadro final N° 3 y N° 4 (solo Crls. de Ingeniería candidatos a Gral. Brigada)*".

Mediante Carta N° 021-2018-MINDEF/SG-OAIP de fecha 16 de enero de 2018, la entidad remitió el Oficio N° 080-2018-DGRRHH/AL de fecha 15 de enero de 2018, a través del cual se indicó la imposibilidad de proporcionar la información solicitada puesto que la misma se encuentra dentro de las excepciones de reserva al ejercicio del derecho de acceso a la información pública conforme el numeral 15-C del artículo 15 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El 29 de enero de 2018 la recurrente interpuso ante la entidad su recurso de apelación materia de análisis, alegando que la denegatoria no ha sido debidamente fundamentada tal como lo establece el artículo 13 de la Ley de Transparencia, asimismo, que la Ley N° 29108, Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y su reglamento han declarado el carácter público del tipo de información que es solicitada en el presente caso, por lo que corresponde a la entidad acreditar la confidencialidad de dicha documentación.

Mediante Resolución N° 020100232020¹ se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos, los cuales fueron presentados a esta instancia el día 24 de febrero de 2020, reiterando los argumentos expuestos en el Oficio N° 080-2018-DGRRHH/AL de fecha 15 de enero de 2018.

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.

A su vez, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS², establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 del mismo cuerpo legal establece 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, para los efectos de la referida 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.

Cabe anotar que el segundo y tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley; sin embargo, la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. Agrega el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información requerida es pública y por lo tanto si corresponde su entrega a la recurrente.

2.1 Evaluación

Sobre el particular, toda documentación que obra en el archivo o dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general, conforme lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando:

¹ Resolución de fecha 11 de febrero de 2020 notificada a la entidad el día 17 del mismo mes y año.

² En adelante, Ley de Transparencia.

“La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”.

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que consagra expresamente el Principio de Publicidad, establece que *“Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”*. Es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(...) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *“De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas”*.

De lo expuesto se desprende, con relación al derecho de acceso a la información pública, que la regla general es garantizar a los ciudadanos su pleno ejercicio, mientras que la restricción a dicho derecho tiene una naturaleza extraordinaria y de excepción.

En el presente caso, la recurrente solicitó a la entidad copia del oficio de la respuesta dada por la entidad al Oficio N° 421-2017/CDNoidalCD/CR, así como sus anexos.

Al respecto, la entidad informó sobre la imposibilidad de proporcionar la información solicitada por encontrarse dentro de la excepción establecida en el artículo 15-C de la Ley de Transparencia. Asimismo, adjuntó a sus descargos el Oficio N° 694-2020-MINDEF/VRD-DGRRHH de fecha 21 de febrero de 2020, mediante el cual el Director General de Recursos Humanos de la entidad declara que la información solicitada tiene clasificación confidencial, toda vez que forma parte de un proceso deliberativo; citando el numeral 5.7.3 de la Directiva General N° 008-2011-MINDEF/SG-UAIP, Procedimientos para el Acceso, Clasificación, Reclassificación, Desclasificación, Archivo y Conservación de la Información del Sector Defensa, que define la información confidencial como aquella información que contiene consejo u opiniones producidas como parte del proceso

deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, así como información referida a los datos personales.

Sobre el particular, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, aludida por la entidad en sus descargos, cabe señalar que el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que se exceptúa de acceso 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*".

Ahora bien, conforme se advierte de autos, la entidad se ha limitado a señalar que la información solicitada contiene una recomendación como parte de un proceso deliberativo, sin motivar debidamente las razones por las cuales la información solicitada entraría en el citado supuesto de confidencialidad establecido por la Ley de Transparencia.

Siendo ello así, se evidencia que la entidad ha omitido indicar y acreditar, de modo general, la temática o contenido del oficio solicitado, si este corresponde efectivamente a una recomendación para la adopción de una decisión de gobierno, el tipo o medida que constituirá la decisión de gobierno por adoptarse, la pertinencia, necesidad o finalidad del documento requerido para concretar dicha decisión de gobierno que requiera mantener la confidencialidad de la información solicitada por la recurrente; no obstante que conforme a las normas y criterios constitucionales antes citados, le corresponde a la entidad acreditar la existencia del supuesto de excepción alegado, siendo insuficiente hacer una referencia enunciativa al citado supuesto.

Ahora bien, respecto a los anexos solicitados, la recurrente señala en su recurso de apelación que dichos anexos consisten en el Cuadro de Mérito y Cuadro de Ascenso del Proceso de Ascenso 2016 Promoción 2017 llevado a cabo en el Ejército del Perú (sólo de los coroneles del Arma de Ingeniería candidatos al ascenso a General de Brigada).

Ante ello, resulta necesario citar las disposiciones pertinentes a fin de dilucidar la naturaleza de la información requerida. A continuación, se citan las disposiciones correspondientes:

"Ley de ascensos de oficiales de las Fuerzas Armadas – Ley N° 29108

(...)

Artículo 3.- Principios

Los procesos de ascensos se sustentan en los siguientes principios rectores:

(...)

c. Objetividad y transparencia

Evaluación de las aptitudes profesionales, disciplinarias y psicosomáticas. Dicha evaluación está exenta de todo interés ajeno al institucional y se encuentra reglada por la transparencia en su ejecución. Los resultados serán publicados después de la evaluación de cada Junta, en la página WEB de cada institución, excepto para los casos de oficiales generales y almirantes.

(...)

Artículo 27.- Oficiales generales y almirantes, y oficiales superiores

La lista de ascensos de oficiales generales y almirantes, y oficiales superiores, es publicada en el Diario Oficial "El Peruano", en orden de antigüedad." (subrayado nuestro).

“Reglamento de Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas - Decreto Supremo N° 011-2008-DE

Artículo 34.- Cuadro de Mérito

Es elaborado por la Junta de Selección y constituye la propuesta institucional de ascensos, consigna la relación de Oficiales aptos, en estricto orden correlativo de calificación final obtenida, en concordancia con el artículo 23 de la Ley, orden que será para la aplicación del artículo 40 del presente Reglamento, según sea el caso.
(...)

La Dirección General o Comando de Personal de cada Institución Armada, publica las listas de ascenso, luego de la emisión de las resoluciones respectivas de ascenso y posteriormente comunica por escrito al Oficial candidato, el orden de mérito obtenido en dicho proceso.
(...)

Artículo 38.- Oficiales Generales o Almirantes y Oficiales Superiores

La lista de ascensos de Oficiales Generales o Almirantes y Oficiales Superiores, es publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, en orden de antigüedad, durante la segunda semana de octubre.

Artículo 39.- Oficiales Subalternos

La lista de ascensos de Oficiales Subalternos es publicada en la Orden General de la respectiva Institución Armada, en orden de antigüedad, durante la segunda semana de octubre.
(...)

Adicionalmente, se debe tomar en consideración el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley de Transparencia: “Asimismo, 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.” (subrayado nuestro)

Es así que se advierte que la información generada durante la tramitación del Proceso de Ascenso 2016 - Promoción 2017, es financiada por el presupuesto público y sirvió de sustento para la adopción de una decisión administrativa, en este caso, el ascenso de Oficiales del Ejército del Perú.

En tal sentido, siendo que la gestión de los entidades del Estado se rigen por los principios de transparencia y publicidad, y en aplicación de las normas y criterios constitucionales citados, la documentación que toda entidad posea, administre o haya generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública; en consecuencia, corresponde que la entidad entregue la información solicitada por la recurrente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es importante señalar que la existencia de información protegida por el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, no constituye un argumento para denegar la totalidad de la información requerida. En cuanto a ello, es importante tener en consideración los Fundamentos del 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, en el que analiza la entrega de la ficha personal de una servidora pública, que al contener dicho documento información de carácter público (los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas), así como datos de carácter privado (como por ejemplo, los datos de individualización y contacto), dicho Colegiado estimó que es posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

“6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de

individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.

7. No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.

8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.

9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo petitionado, previo pago del costo de reproducción".
(subrayado agregado)

En consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad de la información solicitada por la recurrente, ni encontrarse acreditado el supuesto de excepción alegado por la entidad, corresponde la entrega de la documentación solicitada por la recurrente, previo pago del costo de reproducción, de ser el caso; tachando aquella información que pudiera revelar datos personales y/u otro tipo de información de carácter confidencial.

Finalmente, de conformidad con el artículo 35 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 **ANA CECILIA PIMENTEL GARCÍA DE SOTOMAYOR, REVOCANDO** lo dispuesto en la Carta N° 021-2018-MINDEF/SG-OAIP; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE DEFENSA** que entregue la información pública solicitada por la recurrente, conforme a lo argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE DEFENSA** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **ANA CECILIA PIMENTEL GARCÍA DE SOTOMAYOR**.

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 **ANA CECILIA PIMENTEL GARCÍA DE SOTOMAYOR** y al **MINISTERIO DE DEFENSA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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

VANESA VERA MUENTE
Vocal Presidenta

VANESSA LUYO CRUZADO
Vocal

JOHAN LEÓN FLORIÁN
Vocal

vp: vlc
