



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000837-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00734-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **NAZARIO ORELLANA ANDIA**
Entidad : **MINISTERIO DE DEFENSA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 27 de abril de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 00734-2021-JUS/TTAIP de fecha 8 de abril de 2021, interpuesto por **NAZARIO ORELLANA ANDIA**¹ contra la respuesta contenida en la Carta N° 112-2021-MINDEF/SG-OAIP de fecha 25 de marzo de 2021, a través del cual el **MINISTERIO DE DEFENSA**² denegó la solicitud de acceso a la información pública de fecha 11 de marzo de 2021, la misma que generó la Hoja de Trámite N° 007339-2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de julio de 2020, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente al solicitó a la entidad se le proporcione *“(…) Copia del Informe conteniendo el dispositivo legal y exposición de motivos, presentados ante el despacho Viceministerial de Recursos para la Defensa, en cumplimiento al artículo 3, de la Resolución Ministerial N° 588-2020-DE/SG, de fecha 19 octubre 2020”*.

A través de la Carta N° 112-2021-MINDEF/SG-OAIP³, se notificó al recurrente el Oficio N° 718-2021-MINDEF/VRD-DGRRHH⁴, a través del cual se le indicó que *“(…) el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señala que ‘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’ es considerada Información Confidencial, y, por lo tanto, respecto de ella, no es posible ejercer el derecho a la información pública, motivo por el cual, no es posible atender la solicitud formulada por el señor Orellana Andia”*⁵.

El 8 de abril de 2021, el recurrente interpone ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis alegando que la motivación de la entidad para denegar la información es errónea debido a una adecuada interpretación de la norma, más aún,

¹ En adelante, el recurrente.

² En adelante, la entidad.

³ Carta de fecha 25 de marzo de 2021.

⁴ Oficio de fecha 24 de marzo de 2021.

⁵ La excepción señalada por la entidad en la actualidad se encuentra contenida en el numeral 1 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° 021-2019-JUS.

cuando la información requerida es de acceso público, lo cual guarda relación con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 4 y artículo 10 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.

Mediante la Resolución N° 000708-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA⁶ 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 descargos⁷, los cuales fueron presentados a esta instancia en la fecha, mediante el Oficio N° 00206-2021-MINDEF/SG-OAIP a través del cual la entidad reiteró los argumentos expuestos en la denegatoria, en cuanto a la aplicación de la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

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 N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS⁸, 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 texto señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar finalmente que, el segundo 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, agregando 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.

Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que es información confidencial aquella 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.

⁶ Resolución de fecha 13 de abril de 2021, la cual fue notificada a la Mesa de Partes Virtual: <https://www.mindef.gob.pe/mpvirtual/#/registro> el 14 de abril de 2021 a las 18:00 horas, con confirmación de la entidad en la misma fecha a horas 10:13, registrada con Expediente 21-009780-001, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁷ Habiéndose esperado el cierre de la Mesa de Partes Física y Virtual correspondiente al día de hoy.

⁸ En adelante, Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la entidad acreditó que la información solicitada se encuentra comprendida en el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 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:

“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”.

En atención a ello cabe mencionar que, 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.”* (Subrayado agregado)

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, 4 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 agregado)

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que 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, en tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

En el caso de autos, el recurrente solicitó *“(…) Copia del Informe conteniendo el dispositivo legal y exposición de motivos, presentados ante el despacho Viceministerial de Recursos para la Defensa, en cumplimiento al artículo 3, de la Resolución Ministerial N° 588-2020-DE/SG, de fecha 19 octubre 2020”*, a lo que entidad indicó que la información requerida se encuentra comprendida dentro de la excepción señala en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que no es posible atender la referida solicitud, argumentos que fueron reiterados en los descargos presentados a esta instancia en la fecha a través del Oficio N° 00206-2021-MINDEF/SG-OAIP.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de:

“(…)”

- 1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones (…).”*

En esa línea, cabe señalar que el solo hecho de que un asunto se encuentre aún en una fase de deliberación o en el marco de un procedimiento en trámite, sin que se haya adoptado una decisión final al respecto, no es el único elemento a considerar para que una información se encuentre protegida por la excepción contenida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sino que en dicha causal existen otros elementos que también deben ser considerados para configurar dicho supuesto.

Así, la Ley de Transparencia establece dos supuestos respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, conforme se detalla a continuación:

1. El primer párrafo, regula la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando el requerimiento esté referido a información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.
2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

Por ello, para que se configure la aludida causal no es suficiente pues aducir que existe un proceso deliberativo en curso, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, que dicha decisión tenga la característica de una “*decisión de gobierno*”; así como que la documentación requerida no tenga carácter público.

En dicha línea, en cuanto a la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

“(…)”

4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se *sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición 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” (cursiva añadido).

El concepto central de esta disposición es la de “decisión de gobierno”. Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno”. (subrayado es nuestro)

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno, pero únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

De allí que, dentro del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, aparte de la información protegida conforme a los fundamentos antes expuestos, también existe información que es de naturaleza

pública y puede ser entregada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, conforme al Principio de Publicidad, toda la información contenida en documentos elaborados, obtenidos o en poder de la Administración Pública se considera pública, por lo que la denegatoria del derecho de acceso a dicha información sólo puede sustentarse en las causales de excepción previstas en la ley. En dicha línea, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley de Transparencia, al constituir las excepciones previstas en la ley una limitación a un derecho fundamental, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva.

Siendo esto así, la entidad no ha determinado cual es la información específica que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno y contenga consejos, recomendaciones u opiniones pese a tener la carga de la prueba conforme a lo señalado en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC antes citada, la cual se encuentre relacionada con el requerimiento del recurrente, por lo que la Presunción de Publicidad que recae sobre toda información de las entidades, se mantiene vigente, más aún cuando lo requerido se encuentra relacionado con la emisión del Informe conteniendo el dispositivo legal y exposición de motivos, elaborado por el Grupo de Trabajo que fue conformado para la elaboración de un proyecto que modifique el Decreto Legislativo N° 1132, con el objeto de formular una nueva escala remunerativa aplicable al personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, de acuerdo a lo previsto por Resolución Ministerial N° 588-2020-DE/SG.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto vale señalar que lo dispuesto en el artículo 1 y el ítem 2.2 del numeral 2 del artículo 14 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS:

“(…)

1. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.*
2. *La publicación de los proyectos de normas de carácter general deben incluir:*
 - (…);
 - 2.2. *El documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra;*

De lo expuesto, se advierte que la información requerida tiene naturaleza pública teniendo en cuenta que la misma tiene por objeto establecer una nueva estructura de ingresos del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, lo cual tiene como propósito regular y ordenar el pago de las remuneraciones, bonificaciones y beneficios del personal militar y policial, lo cual guarda relación con lo establecido en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley de Transparencia, el cual establece que las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de Internet información:

“(…)

2. *La información presupuestal que incluya datos sobre (...), partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones y el porcentaje de personas con discapacidad del total de personal que labora en la entidad, con precisión de su situación laboral, cargos y nivel remunerativo*”. (Subrayado agregado)

Asimismo, el numeral 3 del artículo 25 de la Ley de Transparencia prevé que Toda Entidad de la Administración Pública publicará, trimestralmente, lo siguiente:

“(…)

3. *Información de su personal especificando: personal activo y, de ser el caso, pasivo, número de funcionarios, directivos, profesionales, técnicos, auxiliares, sean éstos nombrados o contratados por un período mayor a tres (3) meses en el plazo de un año, sin importar el régimen laboral al que se encuentren sujetos, o la denominación del presupuesto o cargo que desempeñen; rango salarial por categoría y el total del gasto de remuneraciones, bonificaciones, y cualquier otro concepto de índole remunerativo, sea pensionable o no*. (Subrayado agregado)

En consecuencia, al advertirse que la entidad no ha acreditado fehacientemente el supuesto de excepción invocado, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad proceda a entregar la información pública requerida⁹, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, 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.

Por los considerandos expuestos¹⁰ y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en 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 **NAZARIO ORELLANA ANDIA, REVOCANDO** lo dispuesto por el **MINISTERIO DE DEFENSA** en la Carta N° 112-2021-MINDEF/SG-OAIP; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad entregar la información pública requerida, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

⁹ Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE DEFENSA** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información a **NAZARIO ORELLANA ANDIA**.

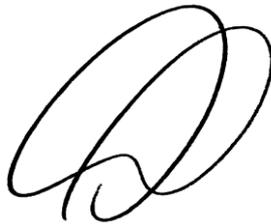
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al **NAZARIO ORELLANA ANDIA** 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).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: uzb