



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002312-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02031-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **MATIAS ANDRE DEXTRE IZQUIERDO**
Entidad : **MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 8 de noviembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 02031-2021-JUS/TTAIP de fecha 29 de setiembre de 2021, interpuesto por **MATIAS ANDRE DEXTRE IZQUIERDO**, contra el correo electrónico de fecha 22 de setiembre de 2021¹, mediante el cual el **MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 6 de setiembre de 2021 mediante Expediente N° 3202153

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2021 el recurrente solicitó a la entidad copia del Memorando N° 1289-2021-MINEM-DGE.

Mediante correo electrónico de fecha 22 de setiembre de 2021, la entidad remitió al recurrente el Informe N° 543-2021-MINEM/DGE-DCE, denegando la entrega de la referida documentación, alegando que este contiene consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte de un proceso deliberativo o consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, advirtiéndose que en el Punto 4.3 se indica lo siguiente:

4.3 Teniendo en consideración que los documentos solicitados por el ciudadano **MATIAS ANDRE DEXTRE IZQUIERDO**, contienen información que son parte de un procedimiento administrativo en trámite, en el cual se esta evaluando la viabilidad para poder otorgar el titulo de habilitante a la Central Solar "Planta Fotovoltaica Milagros", se puede señalar que se configura el supuesto indicado en los párrafos precedentes; en ese sentido, dicha información se encuentra dentro del concepto de información confidencial al contener consejos, recomendaciones, información técnica u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno.

¹ Carta que contiene el Informe N° 543- 2021-MINEM/DGE-DCE.

Añadió la entidad que de conformidad con el numeral 5 del artículo 17 de la Ley N° 27806, es confidencial la información referida a datos personales cuya publicidad constituye una invasión a la intimidad personal y familiar, por lo que la información consignada en los DNI de los representantes legales se considera confidencial.

Con fecha 29 de setiembre de 2021 el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, manifestando que de conformidad con la Opinión Consultiva N° 251-2018-DGTAIPDP (de carácter vinculante), de fecha 24 de setiembre de 2018, la información solicitada tiene naturaleza pública.

Mediante la Resolución 002176-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA² de fecha 21 de octubre de 2021, se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos, los cuales a la fecha no han sido presentados a esta instancia.

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, exceptuando las 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° 043-2003-PCM³, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Asimismo, el artículo 10° de la citada norma 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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia, 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 Intereses⁴, señala que dicha ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, ni obliga a las entidades a elaborarlos; asimismo establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley; añade el cuarto párrafo del referido artículo que la Ley de Transparencia no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, ni obliga a las entidades a elaborarlos.

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:

² Resolución notificada a la entidad el 27 de octubre de 2021.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

⁴ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

“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”.

A su vez, el numeral 5 del referido artículo 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.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18° de la citada ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15°, 16° y 17° del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

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 los supuestos de excepción al derecho de acceso a la información pública previstos en los numerales 1 y 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Al respecto, conforme con lo dispuesto por las citadas normas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

En esa línea, 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”.*

Por otro lado, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18° de la Ley de Transparencia, en el último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“13. (...) 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, 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).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 29 y 33 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, ha señalado expresamente lo siguiente:

"29. De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas, deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública.

(...)

33. De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, de publicidad y transparencia respecto de tal información.

Y es que la Administración Pública no sólo debe entregar información recién cuando un juez le ordene hacerlo. Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter" (subrayado agregado).

A mayor abundamiento, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, 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:

"11. (...) 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).

Respecto 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”

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).

Ahora bien, conforme se advierte de autos, el recurrente solicitó a la entidad una copia del Memorando N° 1289-2021-MINEM-DGE, requerimiento que fue denegado alegando la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, en el entendido que dicho documento forma parte de un procedimiento administrativo en trámite, sobre la evaluación de otorgar el título de habilitante a la Central Solar “Planta fotovoltaica Milagros”, debiendo anotarse que la entidad ha omitido formular descargo alguno en esta instancia.

Sobre el particular, se advierte del Informe N° 543-2021-MINEM/DGE-DCE que la entidad se ha limitado a indicar que el memorando solicitado forma parte de un expediente administrativo sobre autorización de una central solar, sin haber proporcionado más información y muchos menos acreditado la existencia en dicho documento de “*consejos, recomendaciones u opiniones*” sobre el trámite en cuestión, esto es, etapa del procedimiento, materia o contenido del referido memorando, área emisora y eventualmente la referencia sobre si este es un consejo, recomendación u opinión sobre la procedencia del trámite mencionado.

Adicionalmente, la entidad ha omitido indicar cuál sería el tipo de la supuesta decisión de gobierno que adoptaría en el marco de las referidas negociaciones, es decir, sobre qué materia, contenido o finalidad se daría la decisión, la autoridad que la debería emitir o el plazo en que esta debería adoptarse, debiendo advertir que al tratarse de un procedimiento de habilitación o autorización, este se encuentra debidamente tasado o regulado, de modo que si los solicitantes cumplen con los requisitos de ley, no queda más que la autoridad extienda la certificación correspondiente, siendo evidente que tal acto administrativo no está sujeto a discrecionalidad, sino al estricto cumplimiento de los requisitos de ley.

Respecto a la aludida excepción prevista por el numeral 5 del artículo 17 de la ley de Transparencia, correspondiente a la publicidad de los datos personales, es pertinente señalar que únicamente corresponderá la reserva de aquellos datos que puedan afectar la intimidad personal o familiar de terceros, como son los datos de

contacto, salud, económica, seguridad personal u otra de naturaleza similar que pueda constituir una invasión a la intimidad de terceros.

En consecuencia, siendo responsabilidad de las entidades que deniegan el acceso a la información que se encuentre en su poder, acreditar la existencia del supuesto de excepción alegada, resulta claro para este colegiado que ello no ha ocurrido en el presente caso, concluyendo que no se ha desvirtuado el Principio de Publicidad sobre la documentación requerida, por lo que corresponde amparar el recurso impugnatorio materia de análisis, debiendo la entidad entregar al recurrente el memorando solicitado, realizando el tachado respectivo de los datos de contacto, firma, fecha de nacimiento, estado civil y otros de naturaleza personal de terceros que pudiera contener el documento requerido.

En virtud de lo dispuesto por 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.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la referida norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere dicha ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por los considerandos expuestos y de conformidad con lo previsto 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, y ante la ausencia de la Vocal Titular de la Primera María Rosa Mena Mena por descanso físico, interviene en la presente votación la Vocal Titular de la Segunda Sala de esta instancia Vanesa Vera Munte⁵;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **MATIAS ANDRE DEXTRE IZQUIERDO** contra el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, **REVOCANDO** la respuesta contenida en el correo electrónico de fecha 22 de setiembre de 2021 y el Informe N° 543-2021-MINEM/DGE-DCE; en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información solicitada por el recurrente, conforme a lo expuesto en la parte expositiva de la presente resolución, bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

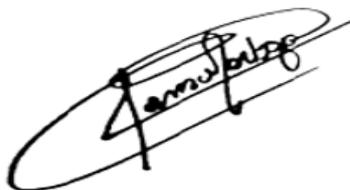
⁵ En mérito a la Resolución N° 031200212020 del 13 de febrero de 2020 y al acta de Sala Plena de fecha 3 de agosto de 2020 y el Reglamento del Tribunal de Transparencia aprobado por Resolución Ministerial 161-2021-JUS.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo precedente.

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 **MATIAS ANDRE DEXTRE IZQUIERDO** y al **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, 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



VANESA VERA MUELLE
Vocal

Vp:pcp