



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 002498-2021-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02253-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**
Entidad : **MINISTERIO DE SALUD**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 26 de noviembre de 2021



VISTO el Expediente de Apelación N° 002253-2021-JUS/TTAIP de fecha 26 de noviembre de 2021, interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** contra la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2021, mediante la cual el **MINISTERIO DE SALUD** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con SOLICITUD N° 21-011427 de fecha 19 de octubre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES



Con fecha 19 de octubre de 2021, el recurrente solicitó *“listado de los informes emitidos por la Dirección de Inmunizaciones, perteneciente a la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública del Ministerio de Salud, durante el 2021 detallando el número de informe, asunto, la referencia y la fecha”*.

Mediante la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2021, la entidad denegó la información indicando al recurrente que ésta se encontraba dentro del supuesto de excepción establecido en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.



Con fecha 26 de octubre de 2021, el recurrente interpuso ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, contra la denegatoria de la solicitud de información que se le notificó por correo electrónico, señalando que no se justificó adecuadamente las razones por las cuales la información solicitada, esto es, el listado o reporte de la documentación interna elaborada por dirección general de intervenciones estratégicas de la entidad es considerada confidencial.

Mediante la Resolución N° 002365-2021-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 11 de noviembre de 2021 se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la

entidad remitir el expediente administrativo y la formulación de sus descargos¹, los cuales a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido presentados.

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 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-JUS, establece que por el principio de publicidad 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 de dicho principio.



Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia 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.

A su vez, el numeral 1 del artículo 17 de la referida ley dispone que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de 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, precisando que una vez tomada la decisión, dicha excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.



Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, 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 y el primer párrafo del artículo 18 de dicha norma señala que las excepciones establecidas en los referidos artículos 15 a 17 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 al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

¹ Notificada mediante la Cédula de Notificación N° 010483-2021-JUS/TTAIP a través de la mesa de partes de la entidad, mesadepartesvirtual@minsa.gob.pe, el 22 de noviembre de 2021, con acuse de recibo de la misma fecha, habiéndose generado el número de expediente 21-143794-001; 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.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente se encuentra protegida por la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas 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 Jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-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 caso corresponda la aplicación del régimen de excepciones en un caso concreto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC que la obligación de motivar debidamente las denegatorias corresponde a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública:

“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 agregado).

Esto implica que, para justificar adecuadamente la negativa al acceso a la información pública 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 agregado).

Siendo ello así, corresponde a las entidades públicas que deniegan el acceso a la información pública solicitada por una persona, acreditar debidamente que la aplicación de excepciones tiene un sustento legal y resulta una medida proporcional.

Además, con el propósito de garantizar el suministro de información pública a los ciudadanos, corresponde a toda entidad pública, suministrar la información requerida de clara, precisa y completa. Siguiendo al Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3 de su sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC:

“A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”.

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, o en algún otro supuesto legal, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

En el presente caso, el recurrente solicitó el “*listado de los informes emitidos por la Dirección de Inmunizaciones, perteneciente a la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública del Ministerio de Salud, durante el 2021 detallando el número de informe, asunto, la referencia y la fecha*”; y la entidad denegó la información a través de una comunicación electrónica en la que informó al recurrente que dicha información se encontraba dentro del supuesto de excepción establecido en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, señalando específicamente lo siguiente: “*(...) se debe precisar que la información solicitada por el usuario no puede ser atendida, conforme a lo establecido en la Ley N° 27806 (...). El artículo 15-B.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: 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 (...) entre otras SAIP/DGIESP*”. [SIC]

Sobre la excepción establecida en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, en efecto ésta señala que es información confidencial: “*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.”

Así, la citada norma establece dos supuestos para que se configure dicha excepción:

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, la misma que puede contener 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.

En esa línea, para que se configure la aludida causal no es suficiente señalar que dicha información forma parte de un proceso deliberativo y contiene recomendaciones o consejos, sino que es necesario establecer que dichos consejos u opiniones están relacionados a la adopción de una decisión, la misma que tiene la característica de una “*decisión de gobierno*”.

Según Indacoecha, esta limitación al derecho de acceso a la información pública tiene como propósito “(...) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público”². (subrayado agregado)

En relación al concepto de decisiones gubernamentales, Cassagne señala que:

“(...) la denominada función política o de gobierno, está referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional (...) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz”³. (subrayado agregado)

En ese marco, el artículo 40 inciso b) numeral 3 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, expresa que la excepción referida a “*la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas*” no deberán aplicarse a “(...) **hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas**”⁴.

En el caso en particular, es pertinente precisar que lo solicitado es el listado de los informes emitidos por la Dirección de Inmunizaciones perteneciente a la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública de la entidad durante el

² INDACOCHEA, Úrsula. “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En Suma Ciudadana.

³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, p.119

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública. AG/RES 2607. Lima: 40 periodo ordinario de sesiones.

2021, con el detalle del número de informe, asunto, referencia y fecha; advirtiéndose de ello que lo solicitado corresponde a información que la entidad emite en el ejercicio de sus funciones, además que únicamente implica el acceso a la relación de los informes emitidos más no a su contenido.

Asimismo, la entidad no ha fundamentado que los informes cuyo listado se solicita, constituyan consejos, recomendaciones u opiniones que se hayan producido como parte del proceso deliberativo previo a la toma de una decisión de gobierno, por el contrario, se ha limitado a reproducir el texto normativo de la causal de excepción en comentario sin brindar sustento alguno; en tal sentido, al no haberse fundamentado la excepción invocada para denegar la información conforme a las normas y jurisprudencia antes descritas, no se acredita que la información solicitada se encuentre dentro de la causal de excepción del numeral 1) del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que tiene carácter público y debe ser entregada.

En consecuencia, corresponde amparar el recurso de apelación, al no haberse acreditado que la información solicitada se encuentre dentro de la causal de excepción del numeral 1) del artículo 17 de la Ley de Transparencia, conservando la presunción de publicidad que recae sobre la misma al no haber sido desvirtuada, debiendo la entidad entregar la información en la forma y vía en que fue requerida.

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.

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 presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta 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.

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:

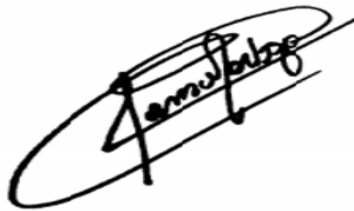
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**; **REVOCAR** la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2021; y, en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE SALUD** que entregue la información pública solicitada por el recurrente, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa 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.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo ordenado en la presente resolución.

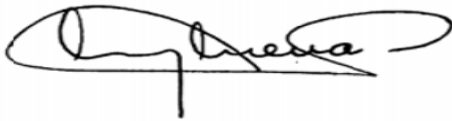
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** y al **MINISTERIO DE SALUD**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del 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



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



PEDRO CHILET PAZ
Vocal

vp:mmm/micr