



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 000488-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00263-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **MARÍA TERESA MILDRED G. OTOYA ARRESE**
Entidad : **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 10 de marzo de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 00263-2022-JUS/TTAIP de fecha 2 de febrero de 2022, interpuesto por **MARÍA TERESA MILDRED G. OTOYA ARRESE**¹, contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES**² el 4 de enero de 2022, generándose el Número de Registro MPV: 20220103530.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 4 de enero de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, la recurrente solicitó a la entidad se “(...) *sirvan alcanzar el proyecto de Decreto Supremo que modificó entre otros, el Reglamento de la Ley de Nacionalidad 26574, que fue modificado en su artículo 8 por la Ley 31295.*”

La existencia y elaboración de dicho proyecto de reglamento me fue puesta de conocimiento por vuestra parte mediante carta N° 003526-2021-SGTM/MIGRACIONES de 22.12.2021 (...)”

El 31 de enero de 2022, al considerar denegada la referida solicitud y en aplicación del silencio administrativo negativo, la recurrente interpuso ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis.

Con Oficio N° 000002-2022-TP/MIGRACIONES, presentado a esta instancia el 2 de febrero de 2022, la entidad eleva el recurso de apelación; asimismo, remite “(...) *los actuados de la solicitud con registro N° 2022013134380 la cual fue atendida mediante Carta N° 000044-2022-TP/MIGRACIONES, en veinte (20) folios, para el trámite correspondiente, de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 11 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*”

¹ En adelante, la recurrente.

² En adelante, la entidad.

En atención dicho documento, se advierte de autos que con correo electrónico de fecha 1 de febrero de 2022, la entidad remite a la dirección electrónica señalada en la solicitud de la recurrente la Carta N° 000044-2022-TP/MIGRACIONES, a través de la cual se le informa lo siguiente:

“(...)

Al respecto, la Oficina de Jurídica mediante Memorando N° 000092-2022-OAJ/MIGRACIONES de fecha 01 de febrero de 2022, cumple con informar que dicho proyecto se encuentra en proceso deliberativo y consultivo, previa a la toma decisión que conlleve a definir el proyecto como la propuesta final y que sería sujeto de aprobación por parte del despacho presidencial, por lo que considera jurídicamente inviable la remisión del citado proyecto normativo, en tanto se mantenga en estado deliberativo y consultivo, supuesto establecido 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 mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS”.

En ese contexto, del Memorando N° 000092-2022-OAJ/MIGRACIONES se desprende lo que a continuación detallamos:

“(...)

Al respecto, es menester precisar que, dicho proyecto se encuentra en proceso deliberativo y consultivo, previa a la toma decisión que conlleve a definir el proyecto como la propuesta final y que sería sujeto de aprobación por parte del despacho presidencial. En ese sentido, con Oficio N° 000054-2022/IN/OGAJ, de fecha 21 de enero de 2021, la Dirección General de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior ha remitido el referido proyecto normativo a este despacho para la revisión de las observaciones y comentarios en los proyectos de decreto supremo y de exposición de motivos.

En ese orden de ideas, se precisa que luego de levantadas las observaciones se volverán a remitir el proyecto al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de obtener la aprobación respectiva; luego de ello, se trasladara el mencionado proyecto y los informes pertinentes al Sector Interior a fin de obtener la aprobación que posibilite el inicio del análisis de calidad regulatoria ante la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria. Una vez logrado que los procedimientos sean declarados aptos, se procede la remisión de todos los actuados ante el Sector Interior a fin de que se inicie el trámite de aprobación, lo que implica que el proyecto normativo pase por el escrutinio del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) Para luego ser puesto en consideración de la Comisión de Coordinación Viceministerial – CCV a fin de que el documento sea puesto a la vista de todos los sectores conformantes del Poder Ejecutivo. El trámite de aprobación concluye con la rúbrica del señor Presidente de la República en el mencionado proyecto normativo.

Es pertinente resaltar que, durante todo el tramite descrito en el párrafo precedente, el documento puede variar en forma y fondo, dependiendo de las opiniones técnicas que sean vertidas y del análisis de la entidad frente a las mismas, es decir se encontraría en proceso deliberativo y consultivo.

Por otro lado, se resalta que, los procedimientos que propondría MIGRACIONES se encuentran vinculados a la seguridad ciudadana, seguridad nacional y orden interno, sin perjuicio del resguardo de los derechos fundamentales de las

personas nacionales y extranjeras, tal como lo establecen los artículos 45 y 48 del Decreto Legislativo N° 1350.

En tal sentido, esta oficina de Asesoría Jurídica considera jurídicamente inviable la remisión del citado proyecto normativo en tanto se mantenga en el supuesto enunciado del numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, es decir en estado deliberativo y consultivo”.

A través de Escrito presentado a este colegiado el 10 de febrero de 2022, la recurrente presenta alegaciones, manifestando lo siguiente:

“(…)

2.1. Con fecha 03 de enero de 2022, solicite a la Dirección de Gestión Técnica de la Superintendencia Nacional de Migraciones presente una nueva solicitud ante el portal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a fin de que se sirvan alcanzar el proyecto de decreto supremo, por el que se reglamenta la Ley 31295 que modifica el artículo 8 de la Ley 26574 de Nacionalidad.

2.2. Dicho requerimiento no fue atendido, por lo que una vez cumplido el plazo correspondiente, esta parte presente el 31 de enero del mismo año, el correspondiente recurso de apelación ante la negativa de dar respuesta a mi pedido, el que fue recepcionado y registrado con número 2022013134380.

Sin embargo, el día siguiente, la Superintendencia Nacional de Migraciones, me remite la Carta n.º 000044/2022/MIGRACIONES de fecha 01 de febrero de 2022, con la que pretende dar por cumplido mi solicitud información efectuada el pasado 03 de enero, y pretendiendo justificar su incumplimiento través del Informe n.º 000102-2022-UCT/Migraciones, de fecha 31 de enero de 2022.

2.3. En la Carta n.º 000044/2022/MIGRACIONES de fecha 01 de febrero de 2022, la Superintendencia Nacional de Migraciones señala lo siguiente:

«...cumple con informar que dicho proyecto se encuentra en proceso deliberativo y consultivo, previa a la toma decisión que conlleve a definir el proyecto como la propuesta final y que sería sujeto de aprobación por parte del despacho presidencial, por lo que considera jurídicamente inviable la remisión del citado proyecto normativo, en tanto se mantenga en estado deliberativo y consultivo, supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley No 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS...»

Asimismo adjunta a la carta antes indicada, el Informe n.º 000102-2022-UCT/Migraciones, de fecha 31 de enero de 2022, cuya finalidad es única y exclusivamente justificar su falta de cumplimiento de dar respuesta a la solicitud de información.

2.4. Respecto de la respuesta contenida en la Carta n.º 000044/2022/MIGRACIONES de fecha 01 de febrero de 2022, es

necesario indicar que las excepciones contenidas en Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, deben ser aplicadas de manera restrictiva.

Efectivamente, tal como así lo recoge la Resolución n.º 002906-2021-JUS/TTAIPSEGUNDA SALA en el Expediente n.º 02593-2021-JUS/TTAIP, en cuanto a que en aplicación al principio de publicidad, 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; señalando expresamente que en tal caso, dichas excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.

También hace mención lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2579-2003-HD/TC en cuanto precisó que le corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, en ese sentido señalo lo siguiente:

«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».

En este sentido, se deberá justificar 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.

- 2.5. Asimismo, quiero referirme al burdo intento de dar por contestada mi solicitud a través de la remisión de la Carta n.º 000044/2022/MIGRACIONES, así como con el Informe n.º 000102-2022-UCT/Migraciones, de fecha 31 de enero de 2022.

El apartado g) del artículo 11, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Decreto Supremo 021-2019-JUS, establece el mecanismo a recurrir cuando sea materialmente imposible cumplir con el plazo señalado debido a 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 debe comunicar al solicitante la fecha en que proporcionará la información solicitada de forma debidamente fundamentada, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de recibido el pedido de información.

En el caso que nos ocupa, esto no ocurrió así, pues la Superintendencia Nacional de Migraciones no solo no contestó en el plazo de ley, sino que tampoco remitió comunicación alguna con la que ponga en conocimiento esta circunstancia. Y además, trató de justificar su incumplimiento con el Informe que adjunta a la comunicación.

Pero, por si eso no fuera suficiente, en la carta con la que pretende dar respuesta a la imposibilidad de alcanzar la información solicitada, recurre a la excepción contenida en el apartado 1 del artículo 17 del texto legal arriba referido, sin efectuar motivación alguna que justifique por qué el proyecto de un reglamento, constituye información confidencial, secreta, o que pueda generar algún riesgo a la seguridad nacional, conforme se ha explicado líneas arriba.

- 2.6. *Atendiendo a las consideraciones expuestas, solicito a este órgano colegiado, declarar fundado mi recurso de apelación, ordenando se me remita de forma inmediata la información solicitada por esta parte”.*

Mediante la Resolución N° 000379-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA³ 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.

Con Oficio N° 000006-2022-TP/MIGRACIONES, presentado a esta instancia el 2 de marzo de 2022, la entidad remite los actuados que se generaron para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos señalando que “(...) el día 03 de enero de 2022, fue declarado día no laborable por el Gobierno, teniendo como fecha de vencimiento dicha solicitud el día 18 de enero de 2022, asimismo cumpla con informar que nuestra área de atención se vio reducida, puesto que nuestro personal dio positivo para Covid 19, incluyendo a la suscrita; sin embargo, mediante Carta N° 000044-2022-TP/MIGRACIONES de fecha 01 de febrero de 2022, se le brindó respuesta de atención a la ciudadana, dándose por ATENDIDO su requerimiento”. (subrayado agregado)

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-JUS⁴, 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.

³ Resolución de fecha 24 de febrero de 2022, la cual fue notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: <https://agenciavirtual.migraciones.gob.pe/agencia-virtual/identidad>, el 1 de marzo de 2022 a horas 14:34, generándose el Registro N° 2022030166013, 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.

⁴ En adelante, Ley de Transparencia.

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.

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.

A su vez el numeral 1 del artículo 17 de la misma norma señala que el derecho de acceso a la información pública tiene como excepción 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.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 18 de la referida 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.

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM⁸, señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

2.1 Materia de discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra contemplada en la excepción regulada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

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:

“(…)

5. *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:

“(…)

8. (...) 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”.

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.

Se aprecia de autos, que la recurrente solicitó a la entidad se *“(…) sirvan alcanzar el proyecto de Decreto Supremo que modificó entre otros, el Reglamento de la Ley de Nacionalidad 26574, que fue modificado en su artículo 8 por la Ley 31295”*.

Al no obtener respuesta alguna, la recurrente consideró denegada la referida solicitud, por lo que, en aplicación del silencio administrativo negativo interpuso ante el recurso de apelación materia de análisis.

Posterior a ello, la recurrente presenta ante esta instancia un escrito señalando que a través de la Carta N° 000044-2022-TP/MIGRACIONES, la entidad pretende dar por atendida su solicitud al denegar su pedido señalando como excepción la contendía en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; sin embargo, no se ha acreditado fehacientemente dicha excepción.

Ante ello, la entidad con Oficio N° 000002-2022-TP/MIGRACIONES elevó el recurso de apelación; señalando que mediante correo electrónico de fecha 1 de febrero de 2022, remitió a la dirección electrónica señalada en la solicitud de la recurrente la Carta N° 000044-2022-TP/MIGRACIONES, a través de la cual adjuntó el Memorando N° 000092-2022-OAJ/MIGRACIONES, del cual se

desprende que comunicó que dicho proyecto se encuentra en proceso deliberativo y consultivo, previa a la toma de decisión que conlleve a definir el proyecto como la propuesta final y que sería sujeto de aprobación por parte del despacho presidencial, por lo que considera jurídicamente inviable la remisión del citado proyecto normativo, en tanto se mantenga en estado deliberativo y consultivo, supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Asimismo, señala que luego de levantadas las observaciones se volverán a remitir el proyecto al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de obtener la aprobación respectiva; luego de ello, se trasladará el mencionado proyecto y los informes pertinentes al Sector Interior a fin de obtener la aprobación que posibilite el inicio del análisis de calidad regulatoria ante la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria. Una vez logrado que los procedimientos sean declarados aptos, se procede a la remisión de todos los actuados ante el Sector Interior a fin de que se inicie el trámite de aprobación, lo que implica que el proyecto normativo pase por el escrutinio del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) Para luego ser puesto en consideración de la Comisión de Coordinación Viceministerial – CCV a fin de que el documento sea puesto a la vista de todos los sectores conformantes del Poder Ejecutivo. El trámite de aprobación concluye con la rúbrica del señor Presidente de la República en el mencionado proyecto normativo.

Es pertinente resaltar que la entidad refiere que durante todo el trámite descrito en el párrafo precedente, el documento puede variar en forma y fondo, dependiendo de las opiniones técnicas que sean vertidas y del análisis de la entidad frente a las mismas, es decir se encontraría en proceso deliberativo y consultivo.

En esa línea, la entidad con Oficio N° 000006-2022-TP/MIGRACIONES, remite los actuados que se generaron para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos a través de los cuales reitera los argumentos antes descritos.

Sobre el particular 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:

“(…)

5. *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:

“(…)

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 agregado)

En ese sentido, corresponde a las entidades de la administración pública la carga de la prueba respecto de la confidencialidad de la información solicitada; por tanto, le concierne a la entidad en mención justifique el apremiante interés público para denegar el acceso a la información solicitada por la recurrente, esto es, las razones por las que dicha información debe ser considerada confidencial, conforme lo exige la jurisprudencia antes citada.

Ahora bien, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud de la recurrente, se debe precisar el contenido del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe lo siguiente:

“(…)

*Artículo 17.- 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. (...)*”.

Como se puede apreciar, 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: “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” (subrayado agregado).

Sobre el particular cabe señalar que el solo hecho de mencionar “(…) que dicho proyecto se encuentra en proceso deliberativo y consultivo, previa a la toma de decisión que conlleve a definir el proyecto como la propuesta final y que sería sujeto de aprobación por parte del despacho presidencial, por lo que considera jurídicamente inviable la remisión del citado proyecto normativo, en tanto se mantenga en estado deliberativo y consultivo, supuesto establecido 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 mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS (...)”, 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.

Así, para que se configure la aludida causal no es suficiente pues aducir que la información solicitada se encuentra dentro de 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, el Tribunal Constitucional señaló 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 agregado).

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; sin embargo, la entidad no ha sustentado por qué la decisión a adoptarse dentro del procedimiento constituye una decisión de gobierno y no una decisión que corresponde al mero ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.

Sobre el particular, cabe destacar lo señalado en los Fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00849-2010-PHD/TC, en el que el Tribunal Constitucional se refirió a las decisiones de gobierno y al ejercicio de las competencias regladas desarrolladas por las entidades, conforme el siguiente texto:

“(…)

8. *En efecto, la información requerida por los demandantes (el texto del Reglamento interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N.º 29059), no se encuentra comprendida en ninguno de tales supuestos, por cuanto se trata de una información que no es utilizada en el marco de una decisión de gobierno de la administración pública, ni es información que comprometa el secreto profesional que deben guardar los asesores jurídicos de las entidades públicas.*

9. *Por el contrario, se trata de información empleada por la administración para el ejercicio de una competencia reglada, por cuanto la Comisión Ejecutiva debe cumplir con evaluar los expedientes sometidos a su conocimiento teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto en la Ley N.º 27803 como en la Ley N.º 29059, en cuya Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final se señala justamente que los miembros de la Comisión Ejecutiva son responsables solidariamente por la no información, ocultamiento de información y/o transgresión del debido proceso en la calificación y evaluación de los expedientes. En consecuencia, en la medida que en el presente caso se ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública, la demanda debe ser estimada”. (Subrayado agregado)*

Adicionalmente a ello, cabe señalar que el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, señala que puede existir información vinculada a decisiones de gobierno que pueden ser objeto de protección, pero se circunscribe únicamente respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

En ese sentido, es preciso señalar que la petición formulada por la recurrente es clara y precisa puesto que ella requiere “(…) el proyecto de Decreto Supremo que modificó entre otros, el Reglamento de la Ley de Nacionalidad 26574, que fue modificado en su artículo 8 por la Ley 31295 (…)” (subrayado agregado); es decir, no abarca el expediente completo destinado a la generación del proyecto, siendo razonable que dicho proyecto pudiera no ser el definitivo, pero es con el que cuenta la entidad al momento de efectuarse el pedido.

En ese sentido, cabe destacar que, atendiendo a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, así como a la carga de la prueba que posee la entidad respecto al carácter confidencial de la información, se tiene que ésta

no ha cumplido con fundamentar la aplicación de la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por la recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida⁵, conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 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 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 presentado por **MARÍA TERESA MILDRED G. OTOYA ARRESE**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES** que entregue la información pública requerida a la 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.

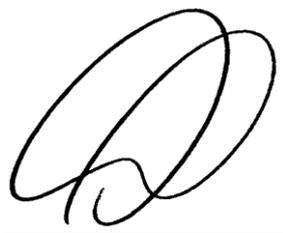
Artículo 2.- SOLICITAR a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia la entrega de dicha información a **MARÍA TERESA MILDRED G. OTOYA ARRESE**.

⁵ 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.

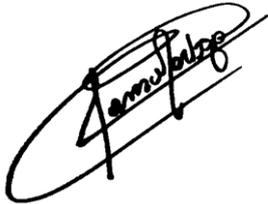
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MARÍA TERESA MILDRED G. OTOYA ARRESE** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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

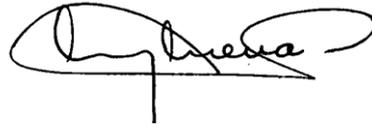


PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal