



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 000940-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00714-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **JORGE FÉLIX AMPUERO BEGAZO**
Entidad : **MINISTERIO DE DEFENSA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 21 de abril de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 00714-2022-JUS/TTAIP de fecha 29 de marzo de 2022, interpuesto por **JORGE FÉLIX AMPUERO BEGAZO** contra la Carta N° 00125-2022-MINDEF/SG-OAIP de fecha 24 de marzo de 2022, mediante la cual el **MINISTERIO DE DEFENSA** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada con HT 007933-2022 de fecha 11 de marzo de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de marzo de 2022, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad la entrega por correo electrónico de la siguiente información:

“(...) la propuesta para la declaratoria de la vacante a mayor general EFA “jurídico” del proceso de ascenso FAP del 2019, presentada por el Comandante General de la FAP al MINDEF y que sirvió de sustento a la Resolución Ministerial N° 1338-2019-DE/FAP del 04-10-2019.”

Mediante Carta N° 00125-2022-MINDEF/SG-OAIP de fecha 24 de marzo de 2022, la entidad comunicó al recurrente que, en mérito al Oficio N° 366-2022-MINDEF/SG-OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica, la información requerida se encuentra clasificada como confidencial, encontrándose dentro de las excepciones de acceso a la información pública, conforme al *“artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806”*; denegando su entrega.

El 29 de marzo de 2022, el recurrente interpone ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, contra la citada carta, señalando esencialmente que la entidad no ha fundamentado la denegatoria de la información y que esta no se encuentra clasificada como confidencial.

Mediante Resolución 000776-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, esta instancia admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la remisión

¹ Resolución notificada a la entidad el 12 de abril de 2022, con Oficio N° 255-2022-JUS/TTAIP.

del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud presentada y la formulación de sus descargos, requerimientos que fueron atendidos con Oficio N° 00171-2022-MINDEF/SG-OAIP de fecha 19 de abril de 2022, mediante el cual remite el citado expediente administrativo, detalla el procedimiento interno para dar atención a la solicitud del recurrente, sin brindar sus descargos.

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-JUS² 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.

A su vez, 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.

Además, los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto establecen las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, consistentes en la información que sea calificada como secreta, reservada y confidencial, respectivamente, precisándose en el artículo 18 de la referida ley, que los artículos que establecen las excepciones deben ser interpretados de manera restrictiva, por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En dicha línea, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM³, 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 en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la solicitud de acceso a la información pública del recurrente ha sido atendida conforme a la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Sobre el particular, en principio, 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:

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

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

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

Sobre el particular, 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 agregado).

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 este marco, 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 de "(...) la propuesta para la declaratoria de la vacante a mayor general EFA "jurídico" del proceso de ascenso FAP del 2019, presentada por el Comandante General de la FAP al MINDEF y que sirvió de sustento a la Resolución Ministerial N° 1338-2019-DE/FAP del 04-10-2019.", y la entidad denegó su entrega mediante la Carta N° 00125-2022-MINDEF/SG-OAIP, conforme a los siguientes argumentos:



"Al respecto con el documento de referencia b) [Oficio N° 0366-2022-MINDEF/SG-OGAJ], el jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, hace conocimiento que la información requerida es un documento clasificado como "Confidencial", que se encuentra dentro de las excepciones de acceso a la Información Pública, conforme al artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 (...)".
(subrayado agregado)

Asimismo, obra copia del Oficio N° 0366-2022-MINDEF/SG-OGAJ de fecha 24 de marzo de 2022, en el cual se señala que:



"Al respecto, luego de la revisión efectuada en el acervo documentario de esta Oficina General, cumplimos con informar que, a través del Informe Legal N° 01976-2019-MINDEF/SG-OGAJ (C) del 27 de setiembre de 2019 (Hoja de Trámite N° 040287-2019), se emitió pronunciamiento sobre el proyecto de resolución ministerial que declara vacantes para el proceso de ascenso 2019 (promoción 2020), tomando como sustento las propuestas que presentaron las tres instituciones armadas.



Cabe precisar que, al tratarse de un documento clasificado como "Confidencial", se encuentra dentro de las excepciones de acceso a la información pública, conforme al artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 (...); además, esta Oficina General no cuenta con copia del mismo, habiendo sido remitido en su oportunidad a la Secretaría General, para su custodia por parte de la Unidad de Resoluciones (...).
(subrayado agregado).

De la revisión de los citados documentos, se aprecia que la entidad no ha negado encontrarse en posesión de la información requerida, dado que ha reconocido que se encuentra en la Unidad de Resoluciones de su Secretaría General; asimismo, ha denegado su entrega al señalar que es un documento clasificado como confidencial encontrándose exceptuada al conocimiento público, conforme al artículo 18 de la Ley de Transparencia.

Atendiendo a la materia de la información requerida, es conveniente citar el artículo 1 de la Ley N° 29108, Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas⁴ el cual precisa que "La presente Ley establece los principios, etapas, requisitos, aptitudes y procedimientos que rigen los ascensos de oficiales de las Fuerzas Armadas, así como las competencias de las Juntas correspondientes".

Por su parte, el literal c) del artículo 3 de dicha ley, refiere que los procesos de ascensos se sustentan en los siguientes principios rectores:

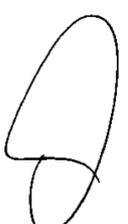
"(...)
c. Objetividad y transparencia

⁴ En adelante, Ley N° 29108.

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



También es pertinente añadir que el artículo 9 de la Ley N° 29108, establece que *"Las vacantes son las plazas disponibles para el ascenso en cada grado militar. Son expedidas mediante resolución ministerial, a propuesta del Comandante General respectivo. La declaratoria y número de vacantes son expedidos anualmente y permanecen inalterables a lo largo del proceso"* (subrayado agregado).



En esa línea, el artículo 26 del Reglamento de Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas⁵, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2008-DE, señala que *"La propuesta para la declaratoria de vacantes deberá ser presentada por el Comandante General de cada Institución Armada al Ministro de Defensa, en la segunda quincena del mes de setiembre del año del proceso de ascenso, para su aprobación y publicación a través de la Resolución Ministerial correspondiente, emitida durante la primera semana de octubre"* (subrayado agregado).



Al amparo de dicha normativa, consta en autos, la Resolución Ministerial N° 1338-2019 DE/FAP de fecha 4 de octubre de 2019, la cual declara en la Fuerza Área del Perú las vacantes para personal de oficiales de la FAP, correspondientes al proceso de ascensos 2019-Promoción 2020, consignándose en el rubro de visto, el Oficio C-35-COFA-DGPE N° 115 del Comandante General de la Fuerza Área del Perú de fecha 24 de septiembre de 2019, documento que sustentó la emisión de la citada resolución.

Adicionalmente, 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 esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa."* (subrayado agregado)

De lo expuesto, habida cuenta que el documento solicitado por el recurrente sirvió de sustento para la adopción de una decisión administrativa, en este caso, la declaratoria de vacantes; se concluye que la información solicitada por el recurrente tiene naturaleza pública, siendo ello, concordante con los principios de objetividad y transparencia contemplados en la Ley N° 29108.

De igual manera, resulta pertinente mencionar que la entidad al sustentar la denegatoria de la información ha señalado que esta se encuentra clasificada como confidencial; sin embargo, no ha acreditado documentalmente lo aseverado, en la medida que no ha indicado ni proporcionado el documento expedido por la entidad mediante la cual se otorgue dicha condición.

⁵ En adelante, Reglamento de la Ley N° 29108.



Asimismo, la entidad ha sustentado que la información es confidencial en aplicación del artículo 18⁶ de la Ley de Transparencia; no obstante, dicho artículo no contempla, de manera específica, ninguna excepción que restrinja el derecho de acceso a la información pública del solicitante, toda vez que dichas limitaciones se encuentran contempladas en los artículos 15, 16 y 17 de la citada norma; en consecuencia, la entidad, en el caso concreto, no ha señalado qué excepción resulta aplicable para la denegatoria de la información solicitada por el recurrente.



Además de ello, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el Fundamento 33 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, ha precisado que la clasificación de la información no solo debe ser nominal, sino que debe estar adecuadamente motivada en los supuestos de excepción establecidos en la Ley de Transparencia:



“Como ya se ha explicado antes y así se 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).

⁶ **“Artículo 18.- Regulación de las excepciones**

Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos 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. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.

La información contenida en las excepciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 son accesibles para el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Contralor General de la República; el Defensor del Pueblo y el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Para estos efectos, el Congreso de la República sólo tiene acceso mediante una Comisión Investigadora formada de acuerdo al artículo 97 de la Constitución Política del Perú y la Comisión establecida por el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1141, Decreto Legislativo de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI. Tratándose del Poder Judicial de acuerdo a las normas que regulan su funcionamiento, solamente el juez en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales en un determinado caso y cuya información sea imprescindible para llegar a la verdad, puede solicitar la información a que se refiere cualquiera de las excepciones contenidas en este artículo. El Contralor General de la República tiene acceso a la información contenida en este artículo solamente dentro de una acción de control de su especialidad. El Defensor del Pueblo tiene acceso a la información en el ámbito de sus atribuciones de defensa de los derechos humanos. El Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones tiene acceso a la información siempre que ésta sea necesaria para el cumplimiento de las funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú - UIF-Perú.

Los funcionarios públicos que tengan en su poder la información contenida en los artículos 15, 16 y 17 tienen la obligación de que ella no sea divulgada, siendo responsables si esto ocurre.

El ejercicio de estas entidades de la administración pública se enmarca dentro de las limitaciones que señala la Constitución Política del Perú.

Las excepciones señaladas en los puntos 15 y 16 incluyen los documentos que se generen sobre estas materias y no se considerará como información clasificada, la relacionada a la violación de derechos humanos o de las Convenciones de Ginebra de 1949 realizada en cualquier circunstancia, por cualquier persona. Ninguna de las excepciones señaladas en este artículo puede ser utilizadas en contra de lo establecido en la Constitución Política del Perú.”

Cabe agregar también que, conforme al Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 950-00-HD/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para denegar el acceso a la información no es suficiente invocar una excepción prevista en la ley de la materia:

[...] el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad. (subrayado agregado)



Asimismo, en el Fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05173-2011-PHD/TC, dicho colegiado determinó que “[...] no basta con alegarse que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que ello debe ser meridianamente acreditado.” (subrayado agregado)



Por lo antes mencionado, podemos concluir que no basta que se niegue el acceso a la información únicamente señalando que la información “*se encuentra clasificada como confidencial*”, sino que se debe sustentar las razones por las cuales la documentación solicitada cumple con los distintos elementos que componen la excepción invocada, lo que en el presente caso no ha ocurrido dado que la entidad únicamente ha invocado un artículo de la Ley de Transparencia que no contempla ninguna de las restricciones al derecho de acceso a la información pública.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida, en la forma y modo requerido.



Finalmente, en virtud a lo dispuesto en los artículos 30 y 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 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 **JORGE FÉLIX AMPUERO BEGAZO**, **REVOCANDO** la respuesta contenida en la Carta N° 00125-2022-MINDEF/SG-OAIP de fecha 24 de marzo de 2022, emitida por el **MINISTERIO DE DEFENSA**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue al recurrente la información solicitada, conforme a los considerandos 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 DEFENSA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

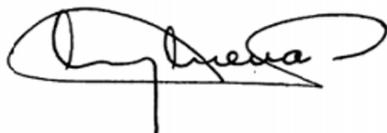
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JORGE FÉLIX AMPUERO BEGAZO** y al **MINISTERIO DE DEFENSA**, 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).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARIA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal