Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002475-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02204-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **HAROLD MORENO LUNA**
Entidad : **EJÉRCITO DEL PERÚ**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 23 de noviembre de 2021

VISTO el Expediente de Apelación N° 02204-2021-JUS/TTAIP de fecha 19 de octubre de 2021, interpuesto por **HAROLD MORENO LUNA** contra el Oficio N° 5083 I-5.a.01/DAIP/OIE notificado por correo electrónico de fecha 19 de octubre de 2021, mediante el cual **EL EJÉRCITO DEL PERÚ** denegó su solicitud de acceso a la información pública de fecha 4 de octubre de 2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 4 de octubre de 2021 el recurrente solicitó a la entidad el legajo de Miguel Alberto Herrera Céspedes.

Mediante Oficio N° 5083 I-5.a.01/DAIP/OIE notificado por correo electrónico el 19 de octubre de 2021, la entidad denegó el pedido indicando que *"(…) es improcedente el acceso al Legajo del Personal del señor General de Brigada Miguel Alberto HERRERA CESPEDES, por constituir información confidencial exceptuada del derecho a la información pública (…)".*

El 19 de octubre de 2021, el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que la respuesta de la entidad es un error porque se trata de un servidor público, no siendo la primera vez que por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, diferentes entidades han entregado el legajo de trabajadores y funcionarios.

Mediante Resolución 002232-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[1] de fecha 9 de noviembre de 2021, se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la presentación del expediente administrativo generado para la atención de la referida solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos, siendo que mediante Oficio N° 003572- I-5.a.02/DAIP/M-11 presentado a esta instancia el 15 de noviembre de 2021, la entidad remitió el respectivo expediente administrativo sin formular descargo alguno.

[1] Resolución del 9 de noviembre del 2021, notificada a la entidad el 15 de noviembre de 2021.

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.

Por su parte, 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[2], 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.

Así también, el artículo 10 de la citada ley señala 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.

De otro lado, 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 Intereses[3], 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.

En dicha línea, el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia califica como información confidencial, aquella referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales[4], define como datos personales a toda información sobre una persona natural que la identifica, precisando el numeral 5 de dicho artículo que la información sobre ingresos económicos constituye un dato personal sensible.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia 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 información requerida se encuentra protegida por la excepción contenida en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

---

2 En adelante, Ley de Transparencia.
3 En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.
4 En adelante, Ley de Protección de Datos Personales.

2.2 Evaluación

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.

Con relación a dicho principio, 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, cuandocuente con cobertura constitucional, la excepción (STC N.° 02579-2003-HD/TC), 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, en el último párrafo del Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, dicho colegiado ha señalado que corresponde al Estado acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por un ciudadano, debido a que posee la carga de la prueba:

"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 ala información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado".(subrayado agregado).

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa 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)

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.

Sobre el particular, en el presente caso se aprecia que el recurrente solicitó a la entidad el legajo de Miguel Alberto Herrera Céspedes, solicitud que fue denegada alegando que dicha información es confidencial y exceptuada del derecho a la información pública.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia 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. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. (…)"* (subrayado agregado).

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, conjuntamente con el derecho al honor, a la buena reputación y a la voz e imagen propias. A su vez, la Constitución en el inciso 6 de su artículo 2 ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos personales, al enunciar que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Igualmente, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley Nº 29733[5], define a los datos personales como *"Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados"*. Agrega el numeral 4 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 003-2013-JUS, que los datos personales se refieren a *"aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados"*.

Teniendo en cuenta ello, se concluye que únicamente se podrá restringir aquella información sobre las personas naturales que las identifica o las hace identificables cuya divulgación afecta su intimidad personal o familiar, debiendo evaluarse dicha reserva en cada caso concreto.

Con relación a la dimensión positiva del derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional indicó en el Fundamento 22 de la sentencia recaída en el Expediente 03485-2012-AA/TC que:

"Por otro lado, los derechos a la intimidad y a la vida privada como también se ha puesto de manifiesto, no solo pueden ser vistos hoy desde una óptica material en el sentido de que queden protegidos bajo su ámbito normativo aquellos datos, actividades o conductas que materialmente puedan ser calificadas de intimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida, brindando tutela

[5] En adelante, Ley de Protección de Datos Personales.

no solo a la faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto a nosotros). Bajo esta perspectiva, el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, han permitido el reconocimiento, de modo autónomo también, del derecho a la autodeterminación informativa, que ha sido recogido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, o del derecho a la protección de los datos personales, tal como lo denomina la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales."

En el ejercicio del atributo positivo del derecho a la intimidad, se aprecia, entonces que toda persona tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad, y en dicho ejercicio delimita el contenido de su intimidad.

Siendo ello así, se concluye que el derecho a la intimidad protege los aspectos más cercanos, profundos o privados de cada persona y de su familia, y que desea mantener en reserva.

Asimismo, cabe agregar 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 nacionala una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, essiempre indispensable examinar si la información calificada de reservadareviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad." (subrayado agregado)

De lo expuesto, podemos concluir que solo se podrá negar el acceso a la información pública si se sustenta en base a las excepciones expresamente contenidas en la Ley de Transparencia y se ha acreditado una afectación en base a razones de hecho, de lo contrario, se mantendrá la presunción de máxima publicidad y se deberá entregar la información requerida.

En el caso de autos, se aprecia que la entidad se ha limitado a señalar que la información requerida no puede ser proporcionada por ser confidencial, pues si bien la excepción contemplada en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia esta referida a la protección del derecho a la intimidad personal o familiar de una persona, la entidad ha omitido sustentar en qué medida y que tipo de información que obra en el legajo personal de un **oficial** del Ejercito del Perú, constituye información de naturaleza intima.

Cabe anotar que el legajo personal de un funcionario público es un archivo documentario que contiene el historial laboral del servidor, siendo oportuno traer a colación, de modo referencial, el concepto de Legajo de Personal previsto en el documento denominado "Administración de Legajos del Personal – Procedimiento ORH-PR-05", aprobado por SERVIR, que lo define así:

"5.1 Legajo de Personal Documento oficial de carácter confidencial que contiene la información personal y laboral que se requieren desde su ingreso a la Autoridad Nacional del Servicio Civil y se incrementa con los documentos

internos o externos que se generan durante su permanencia laboral hasta su desvinculación."

A su vez, la Resolución Ministerial N° 1468-2017-DE/SG de fecha 18 de octubre de 2017, norma que aprobó el Reglamento Interno de los Servidores Civiles del Ministerio de Defensa, define el Legajo de Personal del modo siguiente:

Artículo 12.- Legajo del servidor

El MINDEF – Unidad Ejecutora N° 001: Administración General y Unidad Ejecutora 009: Dirección General Previsional de las Fuerzas Armadas, a través de la unidad orgánica o área competente, organiza, administra y mantiene actualizado un archivo personal por cada servidor civil, dentro del cual se incluyen los documentos personales presentados para el ingreso a la entidad, copias de los contratos laborales, títulos, grados académicos o diplomas que posea, memorándums, requerimientos y comunicaciones que reciba y remita el servidor motivados por su comportamiento y desarrollo de labores en el trabajo, liquidaciones, goce de vacaciones, permisos y licencias, descansos médicos, ausencias al trabajo e impuntualidad, exámenes médicos, constancias de asistencia a charlas, capacitaciones, evaluaciones, premios de estímulo y los que las normas legales dispongan o así considere el empleador.

La administración de los legajos se efectúa de acuerdo con el Reglamento de la Ley N° 30057 y las normas legales e internas sobre la materia.

Asimismo, en cuanto a las fuerzas armadas en el artículo 13 de la Ley N° 29108, Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas señala que:
"El legajo personal del oficial es único. Contiene toda la documentación referida a los antecedentes profesionales, disciplinarios y de conducta, de desempeño, capacitación y al historial personal del oficial.
Debe estar a disposición del oficial respectivo, para su revisión, en el Comando o Dirección de Personal de la institución armada, la que asume responsabilidad funcional y legal por su custodia y confidencialidad" (subrayado es nuestro).

Conforme se aprecia de la referida norma, la documentación que corre en el legajo personal está relacionada con los antecedentes profesionales del oficial, incluyendo los aspectos disciplinarios y de conducta , debiendo entenderse que la custodia y confidencialidad de dichos documentos están orientados a que tales documentos se encuentren a buen recaudo y a disposición de las autoridades que en el ejercicio de sus funciones o de los derechos reconocidos, como ocurre con el derecho de acceso a la información pública, lo soliciten, siendo la confidencialidad referida a que esta no debe ser compartida o publicitada sin que exista el respectivo sustento, además del tratamiento de los datos personales que contiene el legajo, conforme a la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2003-JUS.

En ese sentido, se tiene que el Legajo de Personal es un archivo documentario de los servidores del Estado, en el que se recopila los documentos personales desde el momento de ingreso hasta el respectivo cese, que comprenden, entre otros, currículo vitae, certificados de estudios, capacitaciones, contratos de trabajo, títulos y grados académicos, reconocimientos, méritos y deméritos (sanciones disciplinarias) en la trayectoria laboral, ascensos, información sobre goce vacacional, permisos, licencias, descansos médicos y demás documentos

internos o externos del servidor durante el desarrollo laboral en el Estado.

Siendo ello así, resulta evidente para este colegiado que en el legajo personal existe documentación que corresponde a la trayectoria profesional y laboral de los servidores estatales en el ejercicio de sus funciones, por lo que esta constituye información de naturaleza pública; no obstante ello, resulta claro que en dicho archivo también corre información personal del servidor referido a los datos de contacto, familiares, datos de salud, descuentos, vacaciones y en general, información que corresponde a la esfera íntima o familiar que se encuentra protegida por la excepción contemplada en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Por tanto, corresponderá a la entidad proteger aquella información de naturaleza íntima contenida en la documentación requerida, mediante el tachado correspondiente, tal como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6, 8 y 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, al analizar la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado entre otros los datos de individualización y contacto, siendo posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

"6. De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.
(…)
8. Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.
9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo peticionado, previo pago del costo de reproducción". (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, 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, salvaguardando la información confidencial en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Transparencia, conforme a los argumentos expuestos anteriormente.

En virtud de lo establecido por 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 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.

En consecuencia, 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 **HAROLD MORENO LUNA**; en consecuencia, **ORDENAR** al **EJÉRCITO DEL PERÚ** que entregue la información solicitada por el recurrente tachando los datos confidenciales conforme a los fundamentos 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 **EJÉRCITO DEL PERÚ** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite la entrega de la información solicitada por el recurrente, conforme a lo expuesto en el artículo precedente.

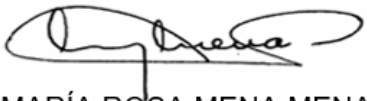
Artículo 3.- **DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución **HAROLD MORENO LUNA** y al **EJÉRCITO DEL PERÚ**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente

PEDRO CHILET PAZ
Vocal



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal

vp: pcp/cmn