



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 002648-2021-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00463-2021-JUS/TTAIP
Recurrente : **ELEAZAR JUAN COTERA AVELLANEDA**
Entidad : **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES ONPE**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 15 de diciembre de 2021



VISTO el Expediente de Apelación N° 00463-2018-JUS/TTAIP de fecha 5 de diciembre de 2018, interpuesto por **ELEAZAR JUAN COTERA AVELLANEDA** contra la Carta N° 000958-2018-TRA/ONPE notificada con fecha 28 de noviembre de 2018, mediante el cual la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES ONPE** atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 12 de noviembre de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES



Con fecha 12 de noviembre de 2021, el recurrente solicitó que se le envíe por correo electrónico copia simple de la siguiente información:

"solicito el número de asistentes a las ERM 2018 (Elecciones Regionales y Municipales 2018) de acuerdo al padrón de asistentes que han firmado luego del sufragio en las mesas N° 023211, 023213, 023214, 023115, 023219 y 023222. Andamarca, Concepción, Dpto. Junín".



Mediante Carta N° 000958-2018-TRA/ONPE de fecha 26 de noviembre de 2018, la entidad atendió la solicitud señalando que mediante el Memorando N° 000931-2018-TRA/ONPE requirió a la Gerencia de Organización Electoral y Coordinación Regional la información solicitada, lo cual se reiteró con el Memorando N° 000963-2018-TRA/ONPE, obteniendo como respuesta el Memorando N° 003895-2018-GOECOR/ONPE en el cual a su vez se indica que, en el Informe N° 001605-2018-SGORED-GOECOR/ONPE, elaborado por la Subgerencia de Organización Electoral Desconcentrada se comunica que la información será requerida a la ODPE¹ HUANCAYO; la citada carta finaliza indicando que al 26 de noviembre de 2018, no se había recibido la información requerida.

Con fecha 3 de diciembre de 2018 el recurrente presentó ante la entidad el recurso de apelación materia de análisis contra la Carta N° 000958-2018-TRA/ONPE, remitido a esta instancia con fecha 5 de diciembre de 2018 mediante Oficio N° 001839-2018-SG/ONPE;

¹ Oficina Descentralizada de Procesos Electorales



en el referido recurso se indica que la información solicitada fue generada por la entidad en las elecciones municipales y regionales del 7 de octubre de 2018, y que de acuerdo a lo establecido en la Resolución Jefatural N° 056-2018-JN/ONPE que aprueba el “Plan Operativo Electoral de las Elecciones Regionales y Municipales 2018”, a la fecha de presentación de la solicitud, la información se habría trasladado a la dependencia de Lima, por lo que no es posible que la entidad responda que las áreas a las que requirió la información no la entregan, ya que con ello se está denegando indebidamente la información.

Mediante la Resolución N° 002531-2021-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 30 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 descargos², 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° 043-2003-PCM³, 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.

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.

² Notificada mediante la Cédula de Notificación N° 011088-2021-JUS/TTAIP a través de la mesa de partes de la entidad, <https://www.web.onpe.gob.pe/mpve/#/>, el 9 de diciembre de 2021, con acuse de recibo automático de la misma fecha, habiéndose generado el número de expediente 0061353-2021; 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.

³ En adelante, Ley de Transparencia.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la respuesta otorgada por la entidad se encuentra acorde a lo dispuesto por la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

En concordancia con el mencionado numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el principio de publicidad contemplado en el artículo 3 de la Ley de Transparencia, señala que 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.

Además, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, señaló que:

“[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite, sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental.” (subrayado agregado)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Política del Perú y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo que su ley de desarrollo constitucional, la Ley de Transparencia, indique lo contrario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC que *“la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”*, precisando 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:

“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, 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, de las normas y los pronunciamientos expuestos por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades que conforman 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, constituye un deber de las entidades acreditar dicha condición debido a que poseen la carga de la prueba

En la misma línea, 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 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 presente caso, el recurrente solicitó se le envíe por correo electrónico copia simple del “*número de asistentes a las ERM 2018 (Elecciones Regionales y Municipales 2018) de acuerdo al padrón de asistentes que han firmado luego del sufragio en las mesas N° 023211, 023213, 023214, 023115, 023219 y 023222. Andamarca, Concepción, Dpto. Junín*”; y la entidad atendió la solicitud con la Carta N° 000958-2018-TRA/ONPE, señalando que con los Memorando N° 000931-2018-TRA/ONPE y N° 000963-2018-TRA/ONPE, requirió la información a la Gerencia de Organización Electoral y Coordinación Regional, quien respondió con el Memorando N° 003895-2018-GOECOR/ONPE indicando que la Subgerencia de Organización Electoral Desconcentrada, a través del Informe N° 001605-2018-SGORED-GOECOR/ONPE, comunicó que debía requerirse la información a la ODPE HUANCAYO, y que al 26 de noviembre de 2018, no se había recibido la información requerida.

De lo anterior se aprecia que la entidad no cuestiona la publicidad de la información, no ha negado la posesión de la misma, así como tampoco alega causal de excepción establecida en la Ley de Transparencia que limite su acceso, por lo que la presunción de Publicidad que recae sobre la misma se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada.



Asimismo, se observa que la entidad sustenta haber realizado gestiones para recabar la información de la Gerencia de Organización Electoral y Coordinación Regional y la Subgerencia de Organización Electoral Desconcentrada, quien a su vez a través del Informe N° 001605-2018-SGORED-GOECOR/ONPE recomendó que la solicitud de información sea trasladada a la ODPE HUANCAYO para su atención, no obrando en autos documento que acredite dicho requerimiento.

Es pertinente señalar además que, de acuerdo a la Resolución Jefatural N° 056-2018-JN/ONPE que aprueba el “Plan Operativo Electoral de las Elecciones Regionales y Municipales 2018”, proceso electoral respecto del cual se solicita la información, la Gerencia de Gestión Electoral tenía entre sus funciones:

V. FORMULACIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS, TAREAS Y METAS FÍSICAS	
5.13 GERENCIA DE GESTIÓN ELECTORAL	
	Procesos / Actividad Operativa / Tarea
II.	PROCESOS OPERATIVOS
2.10	PROCESO: REPLIEGUE DEL MATERIAL ELECTORAL



2.10.3	ACTIVIDAD: Repliegue del material electoral y equipos informáticos electorales desde las sedes de las ODPE Provincias hacia el local de la GGE
2.10.3.2	Replegar el material electoral y equipos informáticos electorales desde las sedes de las ODPE de Provincias hacia local de la GGE
2.10.3.3	Replegar el material electoral y equipos informáticos electorales desde las sedes de las ODPE de Provincias hacia local de la GGE

De lo anterior se advierte que la Gerencia de Gestión Electoral es el área encargada de recopilar el material de sufragio proveniente de las ODPE de Provincias, habiendo señalado el funcionario responsable de otorgar información pública, que atendió la solicitud con la Carta N° 000958-2018-TRA/ONPE indicando que la información solicitada no le había sido remitida.



Al respecto, cabe recordar que conforme al sexto párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, *“Cuando una entidad de la Administración Pública no localiza información que está obligada a poseer o custodiar, deberá acreditar que ha agotado las acciones necesarias para obtenerla a fin brindar una respuesta al solicitante.”* Lo que no ocurrió en el presente caso al no haberse recabado la información de las áreas que por sus funciones debían poseerla.

En consecuencia, corresponde amparar el recurso de apelación materia de análisis y disponer que la entidad agote los esfuerzos para la ubicación de la información, recabándola de todas las unidades orgánicas pertinentes a fin de entregarla al recurrente, o comunicarle de forma clara y fundamentada su inexistencia.

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 **ELEAZAR JUAN COTERA AVELLANEDA**; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES ONPE** que entregue la información pública solicitada, 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 **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES ONPE** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo ordenado en la presente resolución.

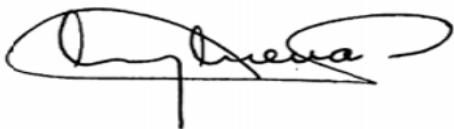
Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **ELEAZAR JUAN COTERA AVELLANEDA** y a la **OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES ONPE**, 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