



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

OPINIÓN CONSULTIVA N° 043-2022-JUS/DGTAIPD

- ASUNTO : Sobre lo que debe entenderse por información creada por la entidad y los alcances de la excepción referida al privilegio deliberativo
- REFERENCIA : a) Oficio N° 4648-2021-SMV/06 (HT.000326614-2021)
b) Oficio N° 211-2022-SMV/06 (HT.000022721-2022)
- FECHA : 15 de diciembre de 2022

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el documento a) de la referencia, la señora Liliana Gil Vásquez, Superintendente Adjunto Oficina de Asesoría Jurídica de la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV), formuló a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (en adelante, Dirección General) la siguiente consulta:

“La (...) SMV, lleva sus expedientes de manera electrónica y, en algunos casos se digitalizan fundamentalmente proyectos de documentos o versiones preliminares trabajadas por los analistas, no suscritas por la autoridad quien debe firmar las versiones definitivas, es decir, documentos no definitivos.

En este supuesto, no se consideran los proyectos de resoluciones a que se refiere el numeral 182.1 del artículo 182 y el artículo 189 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)

En ese sentido, se consulta si los documentos no definitivos (...) deben ser considerados para su entrega, cuando medie un pedido de copias de un expediente administrativo en el marco de la Ley de Transparencia.

Si tomamos en consideración lo señalado en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de la Ley de Transparencia también podría exceptuarse el acceso a dicha información, pues los documentos sobre los que versa la consulta no son documentos definitivos (...) (subrayado agregado).

2. Ante ello, mediante correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2021, la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹ indicó a la entidad que, respecto a la consulta planteada, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha desarrollado los alcances de la excepción referida al privilegio deliberativo en la Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD, asimismo, remitió el enlace a esta, precisando que puede servir como pauta interpretativa.

¹ Unidad orgánica que apoya a Dirección General en el cumplimiento de sus funciones.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

3. Posteriormente, mediante el documento b) de la referencia, la SMV indicó que no les quedaba claro la aplicación de dicha Opinión a su consulta realizada, por lo que reiteraron su consulta e indicaron, entre otros aspectos, que “(...) por un error involuntario en la consulta se hace mención del numeral 182.1 del artículo 182, y al artículo 189 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, (...); debiendo hacerse referencia en su lugar al numeral 184.1 del artículo 184 y al artículo 191 del TUO de la LPAG, respectivamente”. (subrayado agregado).

II. MARCO NORMATIVO DE ACTUACIÓN

4. De conformidad con el inciso 4 del artículo 4 del Decreto Legislativo 1353² que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esta entidad tiene la función de absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a la información pública.
5. En esa medida, esta Dirección General, en tanto órgano de línea del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre el que recae la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, emite la presente Opinión Consultiva, en mérito a la normativa citada, en el ámbito de la interpretación en abstracto de las normas; es decir, como pauta de interpretación general y no como mandato específico de conducta para un caso en concreto.
6. En tal sentido, considerando la consulta formulada por la SMV, esta Dirección General se pronunciará sobre lo que debe entenderse por información creada por la entidad y los alcances de la excepción referida al privilegio deliberativo.

III. ANÁLISIS

A. Objeto del derecho de acceso a la información pública: a propósito de lo que debe entenderse por información creada por la entidad

7. El objeto del derecho de acceso a la información pública no puede ser otro que la información que obra en las diversas entidades de la Administración Pública. Al respecto, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, TUO de la LTAIP),

² 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 gestión de intereses, publicado el 7 de enero de 2017.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

conceptúa a la información pública o que se presume pública³, la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que *haya sido creada* u obtenida *por la entidad* o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

8. Por ende, toda persona, ejerciendo su derecho de acceso a la información pública puede solicitar información que obra en una entidad, sin perjuicio del soporte, *siempre que haya sido creada* u obtenida *por esta*. Así las cosas, además de la información obtenida, en su posesión o control, solo puede requerirse información ya *creada* por la entidad.
9. Si bien la normativa de transparencia y acceso a la información pública no brinda alcances sobre cuándo nos encontramos frente a una “*información creada*”, a juicio de esta Autoridad, se entiende por esta aquella información *preexistente al pedido*⁴, es decir, información ya producida en *términos formales* por un órgano, unidad orgánica o responsable funcional de la entidad, bien como documento final (suscrito, de ser el caso) o proyecto de este, como consecuencia del trámite regular de documentación institucional, para su posterior notificación o elevación a quien corresponda.
10. En ese marco, la información creada no comprende únicamente a los documentos definitivos, sino también a los proyectos de documentos elaborados por funcionarios o servidores que, de acuerdo con una norma de alcance nacional, sectorial o institucional, tienen atribuida esta labor. Este es el caso, por ejemplo, del proyecto de informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública⁵, los proyectos de normas y reglamentos elaborados por la Oficina de Asesoría Jurídica de la SMV⁶, los proyectos de resolución formulados en aplicación de los artículos 184⁷ y 191⁸ del Texto

³ Si también consideramos lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1 del TUO de la LTAIP, el cual prescribe que “*toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas (...)*” (subrayado agregado).

⁴ Toda vez que el derecho de acceso a la información pública únicamente recae sobre la información *existente* en el momento de la solicitud. De no concurrir esta condición, la solicitud formulada al amparo de este derecho carecería de objeto. Cfr. GUICHOT, Emilio y BARRERO, Concepción. *El derecho de acceso a la información Pública*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p.164.

⁵ De conformidad con el artículo 73 inciso g) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo 013-2017-JUS corresponde a la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública elaborar este proyecto para su posterior elevación a la Dirección General.

⁶ De conformidad con el artículo 20, inciso 5 del Reglamento de Organización y Funciones de la SMV, aprobado por Decreto Supremo 216-2011-EF.

⁷ **Artículo 184.- Presentación de informes**

Toda autoridad, cuando formule informes o proyectos de resoluciones fundamenta su opinión en forma sucinta y establece conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas en la solicitud, y recomienda concretamente los cursos de acción a seguir, cuando éstos correspondan, suscribiéndolos con su firma habitual, consignando su nombre, apellido y cargo. (subrayado agregado).

⁸ **Artículo 191.- Proyecto de resolución**

Cuando fueren distintos la autoridad instructora de la competente para resolver, la instructora prepara un informe final en el cual recogerá los aspectos más relevantes del acto que lo promovió, así como un resumen. Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), entre otros.

11. Por otro lado, este supuesto no comprende aquella información que se encuentre en proceso de creación, redacción o confección, cuyo contenido es susceptible de variación en dicho proceso y que el funcionario o servidor encargado de producirlo o generarlo formalmente aún no lo hizo suyo. Como ejemplo de estos, pueden citarse la propuesta de directiva, oficio, memorando, contrato, carta, entre otros, alcanzado por un funcionario o servidor a quien tiene la función o competencia de generarlo, bien como *proyecto formal* o versión final, de acuerdo con lo señalado *ut supra*.
12. La creación y preexistencia de la información son condiciones indispensables para atender una solicitud de información pública. Si no se cumplen estas condiciones, la entidad puede denegar el pedido amparándose en el tercer párrafo del artículo 13 del TUO de la LTAIP, cuyo texto dispone que “la solicitud de información no implica la obligación de las entidades (...) de crear o producir información con la que no cuente (...) al momento de efectuarse el pedido (...)” (subrayado agregado)
13. Asimismo, únicamente el cumplimiento de estas condiciones hace posible que la información se presuma pública⁹ y que las entidades evalúen la aplicación o no de las excepciones al acceso reguladas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP sobre información secreta, reservada y confidencial, respectivamente.

B. Alcances de la excepción referida al privilegio deliberativo

14. En virtud del artículo 17, numeral 1 del TUO de la LTAIP, “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. (...)” (subrayado agregado).
15. Sin embargo, para la aplicación de esta excepción no basta considerar que un asunto o materia se encuentre en fase de deliberación, de consulta, en evaluación o bien en tramitación y sin que se haya adoptado una decisión final. Si considerásemos ello como el único fundamento para invocarla, además de incurrir en una interpretación extensiva¹⁰, se anularía la vigilancia ciudadana respecto de la totalidad de los asuntos o materias en evaluación, estudio y/o pendientes de decisión.

del contenido de la instrucción, análisis de la prueba instruida, y formulará en su concordancia un **proyecto de resolución**. (subrayado y negritas agregadas).

⁹ En aplicación del artículo 3 del TUO de la LTAIP.

¹⁰ Implícitamente prohibida por el artículo 18 del TUO de la LTAIP.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

16. Por tal razón, a juicio de esta Autoridad Nacional¹¹ ¹², para que una información calce en la excepción desarrollada en el artículo 17, numeral 1 del TUO de la LTAIP, deben concurrir los siguientes supuestos:
- Que la información objeto de solicitud *contenga consejos, recomendaciones u opiniones* expedidos en el marco de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, pública, gubernamental o de poder público, es decir, una decisión adoptada por una autoridad en ejercicio de sus competencias¹³.
 - Que la publicidad, conocimiento o divulgación prematura y previa de aquellos consejos, recomendaciones u opiniones, *al momento de su valoración*, interrumpa, menoscabe, inhiba o afecte en algún modo –o tenga el potencial de hacerlo– la posterior adopción de la decisión final y el debido cumplimiento de las funciones del tomador de la decisión, órgano o entidad requerida.
17. En consecuencia, los proyectos de documentos “*creados*” por una entidad, en los términos señalados en los considerandos 9 y 10 de la presente opinión, que contengan información previa, insumos, consejos, recomendaciones u opiniones (antecedentes) para la elaboración de un documento final (adoptándose con ello una decisión pública o gubernamental), estarán protegidos por la excepción objeto de análisis, si la entidad, a través del funcionario poseedor¹⁴, acredita, en un caso concreto, la concurrencia de los supuestos señalados en el párrafo 16, en especial, la nocividad de su difusión prematura y previa. De no lograr ello, la información debe entregarse al solicitante, salvo que concurra otra excepción.

¹¹ Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD. “*Sobre la aplicación de la excepción prevista en el artículo 17, numeral 1 del TUO de la LTAIP a los informes técnicos emitidos por las entidades que contienen opiniones sobre Proyectos de Ley*”. Disponible en: <https://bit.ly/3qyqPG9>

¹² Distinta es la posición del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, para quien, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, Fundamento Jurídico 4), el concepto central de la excepción materia de análisis es la *decisión de gobierno*, por lo que solo estarían exceptuados la información previa a la adopción de una decisión de este tipo. Para tal efecto, plantea una definición de *decisión de gobierno*. Resolución N° 020304702020. Disponible en: <https://bit.ly/3Fxiqd6>

¹³ Aquí cabe precisar que se trata de información previa a la decisión, es decir, sus antecedentes, los cuales podrán ser considerados o no por el tomador de la decisión final o autoridad. La excepción no resulta aplicable a la información contenida en la decisión pública ya adoptada (o resultado del proceso), salvo que resulte aplicable otra restricción.

¹⁴ La obligación de motivar una denegatoria de información por el poseedor de la información se encuentra recogida en el artículo 6, inciso b) del Reglamento de la LTAIP. “*El poseedor de la información es quien tiene la capacidad de evaluar la accesibilidad de determinada información por sus conocimientos especializados sobre la misma. De ahí que la norma le encargue a este funcionario dicha responsabilidad*”. (subrayado agregado). Opinión Consultiva N° 50-2020-JUS/DGTAIPD. “*Sobre si debe considerarse como poseedor de la información a las Oficinas de Tecnologías de Información de las entidades públicas en el marco del procedimiento de acceso a la información pública*”. Disponible en: <https://bit.ly/3F8OEII>

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
 “Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”
 “Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú”

IV. CONCLUSIONES

1. El objeto del derecho de acceso a la información pública es la información pública o que se presume pública. Esta es entendida como información contenida en cualquier soporte siempre que, entre otros supuestos, haya sido *creada* por la entidad.
2. Es información *creada* aquella preexistente a la solicitud y producida formalmente por un órgano, unidad orgánica o responsable funcional de la entidad en virtud del trámite regular de documentación institucional. Comprende los documentos definitivos y a los proyectos o propuestas elaborados por funcionarios o servidores que normativamente tienen atribuida esta labor.
3. No es información *creada*, para efectos de la Ley, aquella que está en proceso de generación, redacción o confección, cuyo contenido puede variarse y el funcionario o servidor encargado de producirlo o generarlo formalmente aún no lo hizo suyo para su posterior notificación o elevación a quien corresponda.
4. La presunción de publicidad y la eventual aplicación de las excepciones al acceso regulada por los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP recae sobre la información creada y preexistente a la solicitud.
5. Sobre la aplicación de la excepción prevista en el artículo 17, numeral 1 del TUO de la LTAIP, a los proyectos de documentos “*creados*” por una entidad, en los términos de la presente opinión, estese a lo dispuesto en la Opinión Consultiva N° 44-2021-JUS/DGTAIPD.

Aprobado por:	Aprobado por:
<hr/> Eduardo Luna Cervantes Director General de la Dirección de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales	<hr/> Marcia Aguila Salazar Directora (e) de la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”