



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 002812-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 02568-2022-JUS/TTAIP
Recurrente : **ORLANDO BARBOZA MARRUFO**
Entidad : **EJERCITO DEL PERU**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 30 de noviembre de 2022

VISTO el Expediente de Apelación N° 02568-2022-JUS/TTAIP de fecha 14 de octubre de 2022, interpuesto por **ORLANDO BARBOZA MARRUFO** contra el Oficio N° 5425 I-5.a.01/DAIP/M-11 del 12 de Octubre del 2022, mediante el cual el **EJERCITO DEL PERÚ**, dio respuesta a su solicitud de acceso a la información pública de fecha 26 de setiembre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 26 de setiembre de 2022 el recurrente solicitó a la entidad remita a su correo electrónico lo siguiente: *“Copia del documento o reporte que registre la relación de sanciones impuestas infracciones del oficial EP CELSO AUGUSTO BARBOZA MARRUFO desde 1990 hasta 2022”.*

Mediante Oficio N° 5425 I-5.a.01/DAIP/M-11 del 12 de Octubre del 2022, la entidad denegó el pedido indicando que *“(…) no es posible remitir dicha información por ser de carácter confidencial, asimismo, por estar comprendida dentro de las excepciones del derecho a la información establecidas por el numeral 5 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806 - Ley de transparencia y acceso a la información pública (…)”.*

El 14 de octubre de 2022, el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, alegando que: *“El Comandante General de COPERE manifiesta que no es posible brindar la información, pero no indica cuál dato es reservado y cuál es público deviniendo en arbitraria su respuesta. Por otro lado, el Oficio N° 5425 I-5.a.01/DAIP/M-11 del 12 de octubre del 2022 que rechaza la entrega de la información requerida no tiene sustento, el JEFE DE LA OFICINA DE INFORMACIONES DEL EJÉRCITO no justifica razonablemente cuál es el fundamento de su confidencialidad; de no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa como ocurrió en mi caso. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada. Dicha alegación ha de estar motivada y su justificación debe ser razonable y coherente. En el caso del Oficio N° 5425 I-5.a.01/DAIP/M-11 del 12 de Octubre del 2022 no sé advierte que EL JEFE DE LA OFICINA DE INFORMACIONES DEL EJÉRCITO haya justificado la confidencialidad*

de la información solicitada. *MI PARTE* hace notar la divulgación de la información requerida no se encuentra protegida en las excepciones que dispone el artículo 2 numeral 5 de la constitución política del Perú ni en las establecidas en el TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública caso en el cual podría justificarse una respuesta negativa”.

Mediante Resolución 002648-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹, 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, sin que a la fecha haya remitido documentación alguna.

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-JUS², 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 Intereses³, 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 Personales⁴, 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.

¹ Resolución del 16 de noviembre de 2022, notificada a la entidad el 22 de noviembre de 2022.

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

⁴ En adelante, Ley de Protección de Datos Personales.

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.

2.2 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, cuando cuenta con cobertura constitucional, la excepción (STC N.º 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 a la 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 "Copia del documento o reporte que registre la relación de sanciones impuestas infracciones del oficial EP CELSO AUGUSTO BARBOSA MARRUFO desde 1990 hasta 2022"., 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 N° 29733⁵, 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 N° 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

⁵ En adelante, Ley de Protección de Datos Personales.

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 íntimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida, brindando tutela 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 nacional a 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 reservada reviste 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 un documento o reporte que registre la relación de sanciones impuestas infracciones de un **oficial** del Ejército del Perú, constituye información de naturaleza íntima.

No obstante, de ser el caso dichos documentos podrían contener información confidencial, como podría ser el caso que revele información relacionada a la salud física o psicológica de una persona, los datos de menores de edad o de terceros ajenos a la institución, por lo que de ser el caso se presenten estos supuestos y cualquiera que contenga información evidentemente confidencial deberá entregar la información procediendo, de ser el caso, con el tachado de los datos confidenciales relacionados conforme al artículo 19 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación presentado por el recurrente, puesto que la presunción de publicidad sigue vigente toda vez que correspondía a la entidad la carga de la prueba sobre la existencia de los supuestos de excepción al derecho de acceso a la información pública, lo cual en el presente caso no ha sido demostrado, debiendo la entidad brindar la información conforme a lo indicado precedentemente.

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 **ORLANDO BARBOZA MARRUFO**; 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 **ORLANDO BARBOZA MARRUFO** y al **EJÉRCITO DEL PERÚ**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

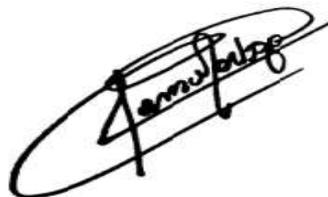
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente



MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: pcp/cmn