



# *Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública*

## **RESOLUCIÓN N° 000559-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA**

Expediente : 00104-2023-JUS/TTAIP  
Recurrente : **OCTAVIO ROJAS CABALLERO**  
Entidad : **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**  
Sumilla : Declara fundado en parte recurso de apelación

Miraflores, 20 de febrero de 2023

**VISTO** el Expediente de Apelación N° 0104-2023-JUS/TTAIP de fecha 12 de enero de 2023, interpuesto por **OCTAVIO ROJAS CABALLERO** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** mediante Registro N° 0179-2022-NIT-0030556 de fecha 5 de diciembre de 2022.

### **CONSIDERANDO:**

#### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha 5 de diciembre de 2022, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se le remita a su correo electrónico la documentación que a continuación se detalla:

**"1. Todo** documento remitido a la Sub Gerencia de Gestión de Personal (SGGP) de la Gerencia Central de Gestión de las Personas (GCGP) conteniendo la lista de servidores de la Gerencia de Inversiones Financieras de la Gerencia Central de Gestión Financiera (GCGF) más los respectivos "Certificados de Evaluación" del Médico Ocupacional que identifica a quienes pertenecen al grupo de riesgo por edad y por factores clínicos, a fin que se evalúe el otorgamiento de la "Licencia con Goce de Haber Sujeta a Compensación Posterior" desde el día siguiente que se decretó el aislamiento obligatorio mediante D.S. N° 044-2020-PCM (publicado: 15/Mar/2020).

**2. Cuantos** "Cargos de Recepción" de la Normatividad Interna Emitida por la GCGP de EsSalud en materia de "Licencia con Goce de Haber Compensable" y respecto a la emisión del "Certificado de Evaluación" del médico ocupacional señalados en el párrafo que antecede y, a su vez, los "Cargos de Recepción" que acreditan se derivó dicha normativa a la Gerencia de Inversiones Financieras." (sic)

Con fecha 12 de enero de 2023 el administrado interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud de acceso a la información pública en aplicación del silencio administrativo negativo.

Mediante la Resolución N° 000404-2023-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA<sup>1</sup> se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud de acceso a la información pública, así como la formulación de sus descargos, siendo que hasta la fecha no se recibió 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.

A su vez, 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<sup>2</sup>, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia señala que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

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.

Añade, el primer párrafo del artículo 18 del mismo cuerpo normativo que los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto 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.

### 2.1 Materia en discusión

De autos se advierte que la controversia radica en determinar si la información solicitada es pública, y en consecuencia, corresponde su entrega al recurrente.

### 2.2 Evaluación de la materia en discusión

Sobre el particular, 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:

*“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*

---

<sup>1</sup> Resolución notificada a la entidad con fecha 9 de febrero de 2023, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia.

<sup>2</sup> En adelante, Ley de Transparencia.

*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, mientras que el secreto es la excepción.

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”.*

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 cuenten o no tengan 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.

Siendo ello así, la transparencia y la publicidad son principios que rigen la gestión de la administración pública, de modo que la información que las entidades posean, administren o hayan generado como consecuencia del ejercicio de sus facultades, atribuciones o el cumplimiento de sus obligaciones, sin importar su origen, utilización o el medio en el que se contenga o almacene, constituye información de naturaleza pública.

Ahora bien, en el presente caso el recurrente solicitó la relación del personal que pertenece al grupo de riesgo por edad o por factores clínicos al interior de la entidad y los cargos de recepción sobre la normativa interna vinculada a ello, según lo detallado en los antecedentes de la presente resolución. Al respecto, la entidad no dio respuesta a la solicitud de acceso a la información pública del administrado dentro del plazo legal, por lo que el recurrente interpuso el recurso de apelación en aplicación del silencio administrativo negativo.

Sobre el particular, este Colegiado considera necesario hacer un análisis diferenciado de los ítems peticionados por el recurrente en el caso de autos.

### ***Respecto a la información peticionada en el ítem 1 de la solicitud del recurrente***

Al respecto, se aprecia que el administrado peticionó la siguiente información: “**Todo** documento remitido a la Sub Gerencia de Gestión de Personal (SGGP)

de la Gerencia Central de Gestión de las Personas (GCGP) conteniendo la lista de servidores de la Gerencia de Inversiones Financieras de la Gerencia Central de Gestión Financiera (GCGF) más los respectivos "Certificados de Evaluación" del Médico Ocupacional que identifica a quienes pertenecen al grupo de riesgo por edad y por factores clínicos, a fin que se evalúe el otorgamiento de la "Licencia con Goce de Haber Sujeta a Compensación Posterior" desde el día siguiente que se decretó el aislamiento obligatorio mediante D.S. N° 044-2020-PCM (publicado: 15/Mar/2020)." (subrayado agregado)

Con relación a ello, este colegiado considera necesario analizar, si la divulgación de dicha documentación puede involucrar una afectación a la intimidad o vida privada de las personas involucradas.

Al respecto, se debe puntualizar que, entre una de las excepciones al acceso de la información pública, encontramos la referida a la invasión de la intimidad o vida privada, ello de conformidad con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 12 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 01839-2012-PHD/TC, ha precisado lo siguiente:

*"12. Sobre el derecho a la intimidad debemos precisar que esta presenta dos ámbitos de defensa bastante marcados. El primero de ellos se vincula con la defensa de la intimidad personal, la cual implica el aislamiento de la intromisión de terceros de todos aquellos aspectos de la persona que forman parte de su desarrollo interno, entendido como el desarrollo de su personalidad física y espiritual que se encuentra reservada para sí misma, entre los que hallamos el desarrollo de los procesos de pensamiento y opinión, de la salud física y emocional, de la sexualidad humana (en todas sus expresiones), entre otros aspectos que únicamente son de interés de la persona. En tal sentido, la concepción de intimidad humana se entiende que resulta personalísima, subjetiva, psicológica, pero también cultural y temporal, pues cada ser humano entiende de manera particular qué es aquello que para sí resulta íntimo en un espacio y tiempo histórico.*

*El segundo ámbito de defensa de este derecho lo constituye la intimidad familiar, que alcanza a mantener solo para el grupo familiar aquellos aspectos del desarrollo de la familiar que únicamente le incumben a ella, (...). Cabe precisar que la concepción de intimidad familiar también resulta subjetiva (y por lo tanto psicológica) en la medida que serán los integrantes de una familia quienes delimiten qué es aquello que resulta interno para ella, lo que evidentemente también se verá afectado por el espacio, tiempo y cultura del grupo familiar." (subrayado nuestro)*

En ese sentido, esta instancia comparte el criterio expuesto precedentemente en lo que respecta a que tanto la intimidad personal como la intimidad familiar son cuestiones subjetivas puesto que dichos aspectos son determinados por cada ser humano o por cada unidad familiar, respectivamente.

Asimismo, es preciso indicar que el numeral 5 de artículo 2 de la Ley N° 29733 Ley de Protección de Datos Personales y el numeral 6 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, establecen la definición de datos sensibles en los siguientes términos:

*“5. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual”.*

*“6. Es aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad”.*

En esa línea, esta instancia advierte que la solicitud del recurrente relativa a la lista de trabajadores de una unidad orgánica de la entidad que pertenecen al grupo de riesgo por edad o factores clínicos, resulta ser de carácter confidencial por vincularse con aspectos de la intimidad personal de los involucrados, no siendo factible el acceso a dicha información por parte de terceros.

En tal virtud, tomando en consideración la normativa y jurisprudencia constitucional previamente anotadas, resulta válido colegir que la información contenida en la documentación requerida en el ítem 1 del requerimiento del administrado, se constituye por datos que de ser públicos pueden lesionar de manera directa la esfera privada e íntima de las personas involucradas, más aun tomándose en consideración que se trata de información vinculada directamente a la salud de los trabajadores citados.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación materia de autos en este extremo, por encontrarse la información requerida dentro de la excepción regulada en el inciso 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

### ***Respecto a la información petitionada en el ítem 2 de la solicitud del recurrente***

Por otro lado, con relación a la documentación requerida en el ítem 2 de la petición informativa se tiene que la entidad, al no brindar respuesta alguna, no alegó la inexistencia de la información requerida, o argumentó que no tenía la obligación de poseerla, así como tampoco invocó ninguna causal de excepción, ni ha acreditado que dicha documentación se encuentre protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública prevista por la Ley de Transparencia, conforme lo exige el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, la cual precisa:

*“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 confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la*

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

Adicionalmente, esta instancia considera necesario puntualizar que el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04912-2008-HD/TC, ha precisado que los pedidos de información deben ser interpretados aplicando el principio *pro homine*, esto es de forma tal que favorezca el ejercicio del derecho: "(...) impone que en lugar de asumirse una interpretación restrictiva e impedirse u obstaculizarse el ejercicio del derecho al acceso a la información, se opte por aquella interpretación que posibilite o favorezca el ejercicio de tal derecho".

En dicha línea, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04885-2007-HD/TC manifestó que el extremo a) del pedido de una recurrente consistente en que una entidad le informase si había requerido unas órdenes de compra, debía ser interpretado en la forma que le posibilite la obtención de la información solicitada:

*"1. El objeto del presente proceso consiste en que se le proporcione a la recurrente la información que requirió mediante cartas de fechas 19 y 24 de enero de 2007, en donde solicita: a) que la demandada le informe si requirió las órdenes de compra 4500711358, 4500720014, 4500720037, 4500724375 y 45738927, expedidas por la empresa Arkanita Tours. E.I.R.L (...)*

*5. (...) tiene el Juez Constitucional el deber de enmendar el petitorio de la demanda cuando éste ha sido erróneamente formulado o expuesto en forma ambigua u oscura.*

*6. En este sentido, este Tribunal entiende que el extremo del petitorio signado con el literal "a)" del primer fundamento de la sentencia debe ser entendido como una solicitud de copias de toda la documentación relacionada a las órdenes de compra N° 4500711358, 4500720014, 4500720037, 4500724375 y 4500738927 (...)"*

Además, la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos mediante la Resolución AG/RES. 2958<sup>3</sup> establece en el numeral 1 del artículo 13 que *"La Autoridad Pública que reciba una solicitud deberá realizar una interpretación razonable acerca del alcance y la naturaleza de la misma"*.

En el mismo sentido resulta pertinente citar de manera ilustrativa el criterio establecido por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México, en sus Resoluciones RRA 0774/16, RRA 0143/17 y RRA 0540/17, de acuerdo a las cuales: *"Cuando los particulares presenten solicitudes de acceso a la información sin identificar de forma precisa la documentación que pudiera contener la información de su interés, o bien, la solicitud constituya una consulta, pero la respuesta pudiera obrar en algún documento en poder de los sujetos obligados, éstos deben dar a dichas solicitudes una interpretación que les otorgue una expresión documental"* (subrayado agregado).

Bajo dicho contexto, el pedido del recurrente puede interpretarse razonablemente como una solicitud relacionada a: **(i)** la cantidad de cargos de

---

<sup>3</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. "Ley modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública". AG/RES 2958. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 21 de octubre de 2020. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-doc\\_5718-20\\_ESP.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-doc_5718-20_ESP.pdf). Consulta realizada el 20 de febrero de 2023.

recepción con respecto al envío que habría efectuado la Gerencia Central de Gestión de las Personas hacia la Gerencia de Inversiones Financieras de la entidad sobre la normatividad en materia de “Licencia con Goce de Haber Compensable” y “Certificado de Evaluación de medico ocupacional”; y (ii) la copia de dichos cargos de recepción.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proporcione la documentación pública requerida en el ítem 2 de la solicitud del administrado; o, en caso de inexistencia de la misma, le informe de manera clara y precisa respecto de dicha circunstancia, conforme lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria emitido por esta instancia mediante Resolución N° 010300772020<sup>4</sup>.

Finalmente, de conformidad con los artículos 30 y 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, 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° 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, y el artículo 111 de la Ley N° 27444, con el voto singular del vocal Felipe Johan León Florián, que se adjunta;

## **SE RESUELVE:**

**Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00104-2023-JUS/TTAIP, interpuesto por **OCTAVIO ROJAS CABALLERO**; en consecuencia, **ORDENAR** al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** que entregue la información pública requerida en el ítem 2 de la solicitud del

---

<sup>4</sup> Dentro de ese marco, en el supuesto de inexistencia de la información requerida, es importante resaltar que mediante la Resolución N° 010300772020 emitida por esta instancia y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de febrero de 2020, se declaró precedente administrativo de observancia obligatoria lo siguiente: *“Las entidades no podrán denegar el acceso a la información pública, argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por ésta, atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que no siendo creada por ésta, se encuentra en su posesión. En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo, luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante”*. (subrayado y resaltado agregado)

administrado, 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** al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite lo dispuesto en el artículo 1 de la presente resolución.

**Artículo 3.- DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **OCTAVIO ROJAS CABALLERO** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** con fecha 5 de diciembre de 2022, ello con relación a la información requerida en el ítem 1 de la solicitud del recurrente.

**Artículo 4.- 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 Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

**Artículo 5.- ENCARGAR** a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **OCTAVIO ROJAS CABALLERO** y al **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**, de conformidad con lo previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la norma antes citada.

**Artículo 6.- DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional ([www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)).



VANESSA LUYO CRUZADO  
Vocal



VANESA VERA MUELLE  
Vocal

vp: vlc

## **VOTO SINGULAR JOHAN LEÓN FLORIÁN**

Con el debido respeto por mis colegas, si bien concuerdo con el fallo en el extremo que declara fundado el ítem 2 de la solicitud, discrepo en el extremo que declara infundado el ítem 1 y conforme a los argumentos que expondré considero que dicho ítem debe ser declarado fundado.

En primer lugar, es preciso destacar que mediante el ítem 1 de la solicitud, el recurrente solicitó: *“Todo documento remitido a la Sub Gerencia de Gestión de Personal (SGGP) de la Gerencia Central de Gestión de las Personas (GCGP) conteniendo la lista de servidores de la Gerencia de Inversiones Financieras de la Gerencia Central de Gestión Financiera (GCGF) más los respectivos “Certificados de Evaluación” del Médico Ocupacional que identifica a quienes pertenecen al grupo de riesgo por edad y por factores clínicos, a fin que se evalúe el otorgamiento de la “Licencia con Goce de Haber Sujeta a Compensación Posterior” desde el día siguiente que se decretó el aislamiento obligatorio mediante D.S. N° 044-2020-PCM (publicado: 15/Mar/2020)”*. Es decir, lo que se solicita en este punto es todo documento que identifique a los servidores de un área de la entidad que iban a ser evaluados para el otorgamiento de una licencia con goce de haber sujeta a compensación por motivo de factores clínicos o edad, incluyendo los certificados de evaluación médica.

Al respecto, para efectuar un adecuado análisis de la publicidad o confidencialidad de dichos documentos, es preciso aclarar en qué consiste la “Licencia con Goce de Haber Sujeta a Compensación” establecida en el contexto de la Emergencia Sanitaria producida por el Covid-19. Sobre ello, es preciso citar lo establecido por el artículo 20 del Decreto de Urgencia N° 026-2020, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (covid-19) en el territorio nacional:

### ***“Artículo 20.- Trabajo remoto para grupo de riesgo***

*20.1 El empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecido en el documento técnico denominado “Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 - Escenario de transmisión focalizada”, aprobado por Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA y sus modificatorias, a efectos de aplicar de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos.*

*20.2 Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria por el COVID-19, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior” (subrayado agregado).*

Conforme a esta norma la referida licencia se otorgaba bajo dos condiciones copulativas: 1) que el trabajador sea parte del grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecido en el documento técnico denominado “Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 - Escenario de transmisión focalizada”, aprobado por Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA, y 2) que el trabajador no pueda efectuar trabajo remoto por la naturaleza de sus labores.

En cuanto a la pertenencia de un trabajador al grupo de riesgo, ello se encontraba definido por la Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA (inicialmente y luego según sus diversas modificatorias). Dicha norma estableció a los siguientes factores como los que determinaban que un trabajador perteneciese a dicho grupo:

*“Personas mayores de 60 años*

*Comorbilidades: hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer, otros estados de inmunosupresión”.*

Es decir, un trabajador podía estar dentro del grupo de riesgo sea porque tuviese una edad mayor a los 60 años o sea porque tuviese alguna condición médica o enfermedad que lo expusiese a mayor riesgo frente al Covid 19.

De lo dicho precedentemente se desprende como primera conclusión que el hecho que a un trabajador le hubiesen otorgado una “Licencia con Goce de Haber Sujeto a Compensación” no significaba necesariamente que tuviese una condición médica o enfermedad, pues también se la podían otorgar cuando tenía más de 60 años y las condiciones de sus labores no permitiesen el trabajo remoto.

Ello significa que perfectamente podía entregarse los documentos que identificaban a los servidores que podían otorgarle la licencia aludida en razón a la edad, pues aquí no existe afectación a los datos sobre su salud, y la afectación de la intimidad es leve en función a la posibilidad de fiscalizar el adecuado otorgamiento de licencias con goce de remuneraciones.

Sin embargo, en cuanto al certificado de evaluación médica, en dicho caso, el otorgamiento de la licencia estaría directamente vinculado a una condición médica o enfermedad, por lo que en dicho caso cabe evaluar la confidencialidad de dicho documento.

Conforme a la resolución en mayoría en el caso en que una licencia sea médica no es posible su entrega, pues el solo conocimiento de que a un trabajador se le otorgó dicho tipo de licencia supone revelar un dato sobre su salud, esto es, que en determinada fecha o días (cubiertos por la licencia) una persona estuvo enferma.

Desde mi punto de vista, los certificados de evaluación tachando todo dato relativo al tipo de condición médica o enfermedad en específico que justificó la licencia, si bien supone la revelación de un dato sobre la salud (saber si una persona estuvo enferma en determinada fecha), la intervención sobre el derecho a la protección de los datos sobre la salud resulta ser leve en relación con la afectación grave que se produce sobre el derecho de acceso a la información pública denegando completamente el acceso a dichos documentos. Me explico.

Desde una perspectiva puramente legal (esto es, sin atender a fundamentos de tipo constitucional), el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece que es confidencial la información sobre los datos personales que afectan la intimidad personal y familiar, y precisa que los datos sobre la salud afectan dicha intimidad. Esta norma, sin embargo, no puede leerse aisladamente de la Ley de Protección de Datos Personales, pues esta norma es la que brinda una protección específica a los datos personales.

Conforme al artículo 5 de la Ley de Protección de Datos Personales, para el tratamiento de los datos personales se requiere el consentimiento de su titular. Lo primero que habría que destacar aquí es que la protección de datos personales conforme a esta norma no solo abarca –como lo señala la Ley de Transparencia- a los datos personales que afectan la intimidad personal o familiar- sino a todo dato personal.

En dicha línea, es preciso destacar que el artículo 13 de la Ley de Protección de Datos Personales solo ha diferenciado la protección entre datos personales y datos sensibles en lo relativo a la forma del consentimiento, esto es, que si bien para ambos se requiere el consentimiento, en el segundo caso se exige que dicho consentimiento se brinde por

escrito. Pero la protección respecto a la limitación de su tratamiento sin que medie el consentimiento del titular es para todo dato personal, con lo cual la protección brindada por esta ley a los datos personales es mayor a aquella que brinda la Ley de Transparencia.

En dicho contexto, para la Ley de Protección de Datos Personales la protección que merecen los datos personales no está centrada en el tipo de dato personal, sino en otros principios como la legalidad, la finalidad, la calidad y la proporcionalidad del tratamiento que se efectúe sobre los datos personales. En dicha línea, la propia Ley de Protección de Datos Personales ha establecido determinadas excepciones a la exigencia del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

En efecto, conforme al numeral 1 del artículo 14 de la aludida norma es posible el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del titular *“Cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público”*.

En esa línea, el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales ha previsto en el numeral 8 de su artículo 17 que constituye una fuente de acceso público:

*“Las entidades de la Administración Pública, en relación a la información que deba ser entregada en aplicación de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

*Lo dispuesto en el numeral precedente no quiere decir que todo dato personal contenido en información administrada por las entidades sujetas a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública sea considerado información pública accesible. La evaluación del acceso a datos personales en posesión de entidades de administración pública se hará atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto”* (subrayado agregado).

Desde mi punto de vista, las normas citadas reconducen la protección de datos personales en posesión de entidades de la Administración Pública a un examen de proporcionalidad en cada caso concreto. Esto es, ni está permitida la difusión de los datos personales (aun cuando no sean sensibles) en cualquier caso, ni está prohibida la entrega de los datos personales que afectan la intimidad personal y familiar en todos los casos. De esto existen muchos casos, algunos de los cuales han sido admitidos por este Tribunal, como cuando se ha ordenado la entrega de datos personales de beneficiarios de programas o bonos provenientes de recursos públicos, o cuando se ha dispuesto la entrega de la relación de investigaciones penales de aspirantes a cargos públicos, entre otros.

En dicho contexto, el criterio de proporcionalidad nos impone evaluar si la intervención en el derecho a la protección de datos personales obedece a la protección de un bien jurídico fundamental (test de finalidad). En este punto, dicho bien jurídico fundamental es precisamente el derecho de acceder a información pública, pero puede no solo ser ese, sino otros más cuya tutela se encuentre mediada por el acceso a información. En segundo lugar, es preciso establecer si la entrega de los datos personales es idónea y necesaria para proteger los otros bienes jurídicos fundamentales en juego, esto es, no solo si dicha entrega va a permitir la satisfacción de dichos bienes jurídicos (test de idoneidad), sino si no existe otro medio que permita acceder a información sin la intervención en los datos personales (test de necesidad). Finalmente, es necesario determinar si el grado de satisfacción del derecho de acceso a la información pública u otros derechos complementarios es mayor o más alto que el grado de afectación sobre el derecho a la protección de datos personales (test de ponderación en estricto).

En este último paso, es preciso destacar que los grados de satisfacción de un derecho y afectación del otro pueden compararse en una escala triádica de fuerte, medio y leve, conforme a la propuesta teórica de Robert Alexy<sup>5</sup>, y que ha sido recogida ampliamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y estos niveles de satisfacción o afectación son posibles establecerlos porque si bien tanto el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales tienen importancia siempre, en determinadas circunstancias dicha importancia puede ser más fuerte o más leve, como cuando a través del derecho de acceso a la información pública se pretende acceder a documentación relativa a violaciones de derechos humanos, la que revele la idoneidad de los altos funcionarios públicos, o que permita la fiscalización del uso adecuado de los recursos públicos; o como cuando el derecho a la protección de datos personales permite proteger datos sensibles de la persona, como aspectos relacionados a la salud, a las convicciones religiosas, políticas, o que tienen que ver con la seguridad personal.

En el caso concreto, la medida consistente en negar completamente la entrega del documento relativo a una licencia médica o el certificado médico que lo sustenta ha sido justificada en la protección de los datos personales relativos a la salud. Dicha medida constituye, sin embargo, una intervención en el derecho de acceso a la información pública. Lo que corresponde entonces es evaluar si dicha intervención resulta o no desproporcionada.

En primer lugar, cabría señalar que dicha medida sí resulta idónea para la protección del derecho a la protección de datos sobre la salud, pues impide el conocimiento de cualquier asunto relativo a ellos (test de idoneidad). Dicha medida sí resulta también necesaria, pues si bien podría decirse que el tachado de los datos sobre el tipo de enfermedad o condición médica que dio lugar a la licencia es una medida menos lesiva del derecho de acceso a la información pública, como señala la resolución en mayoría, dicha alternativa supone el conocimiento de un dato relativo a la salud: saber si una persona estuvo o no enferma en determinada fecha o días. Es decir, la medida alternativa del tachado no brinda una igual protección a la brindada por la medida que es objeto del presente análisis de proporcionalidad (test de necesidad).

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, es preciso definir si la intervención sobre el derecho de acceso a la información pública resulta leve, media o grave. Sobre esto habría que señalar que denegar el acceso a cualquier documento sobre una licencia médica, significa que las personas que así lo requieran no podrían tener información alguna sobre los motivos de la ausencia de un servidor público de su puesto de trabajo, pese a que dichos días de ausencia fueron remunerados (porque las licencias médicas son remuneradas). En el caso concreto, al haberse solicitado específicamente licencias con goce de haber sujeto a compensación y estar relacionadas las mismas a un motivo de salud (por existir un certificado de evaluación médica) con la decisión adoptada en mayoría no se podrá tener ninguna información respecto a servidores públicos que percibieron su remuneración sin laborar y que deben compensar dichas jornadas de trabajo con posterioridad.

Adicionalmente a la imposibilidad de acceder a información aunque sea genérica (licencia por motivo de salud) sobre la razón de la ausencia remunerada de un servidor público, es preciso destacar que la función de dicha información es la fiscalización no solo del adecuado uso de los recursos públicos, pues se estarían comprometiendo recursos públicos (a través del pago de remuneraciones) sin justificación válida, sino del propio ejercicio ético de la función pública, pues la ausencia de un servidor o

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert: "La fórmula del peso", en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007.

funcionario público sin el debido sustento significaría una falta grave a dicho ejercicio ético, pasible de una sanción disciplinaria.

Impedir a la ciudadanía el acceso a información sobre los motivos (aunque sea genéricos) de las licencias eliminaría cualquier posibilidad de fiscalización, investigación o escrutinio sobre el modo correcto en que se brindan dichas licencias, lo cual genera un incentivo para el uso discrecional de dichas licencias al interior de una entidad, afectando de ese modo el uso adecuado de recursos público y el correcto ejercicio de la función pública. Dejar la fiscalización de este asunto solo en manos de los órganos internos de fiscalización supone en definitiva darle más poder a la propia entidad y restarle dicho poder de fiscalización a la ciudadanía. Por tanto, la intervención sobre el derecho de acceso a la información pública resulta, en este caso, desde mi perspectiva, de una intensidad grave.

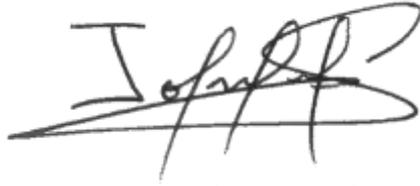
En cuanto al grado de realización sobre el derecho a la protección de los datos relativos a la salud, habría que señalar que no resulta lo mismo la difusión de información de una historia clínica, que la difusión de la enfermedad en específico que padece una persona, que la difusión del dato genérico de que una persona tiene una condición médica o una enfermedad. La intensidad en el grado de realización del derecho a la protección de los datos sobre la salud resulta clara diferente en dichos tipos de información. Aunque en todos los casos se difunde un dato relativo a la salud, el grado de intensidad de la realización del derecho o la necesidad de dicha protección resulta más alta en el primer caso, menor en el segundo y mucho menos intensa en el último.

Adicionalmente a ello, habría que señalar que –conforme ha señalado el Tribunal Constitucional o este Tribunal en reiteradas ocasiones- en el caso de un servidor o funcionario público la protección que tienen sobre su intimidad o sobre sus datos personales es menor a la de cualquier persona, pues sobre ellos recae la fiscalización de los actos relativos al ejercicio de la función pública e incluso sobre aspectos de su vida privada que revelen la idoneidad para el ejercicio de dicha función.

En dicho contexto, la protección del dato relativo a que un servidor o funcionario público ha gozado o goza de una licencia médica o de una licencia con un motivo de salud (como la licencia del caso concreto), sin que se conozca la condición médica o enfermedad en específico (pues cualquier dato relativo a ella se puede tachar del documento respectivo) constituye, desde mi punto de vista, un grado de realización en el derecho a la protección de los datos sobre la salud leve.

Siendo ello así, desde mi perspectiva la medida de impedir de modo absoluto la entrega de todo documento relativo a una licencia médica constituye una afectación desproporcionada sobre el derecho de acceso a la información pública, pues impide de modo grave cualquier fiscalización ciudadana sobre el uso de recursos públicos y el ejercicio adecuado de la función pública, frente a una protección leve del derecho a la protección de los datos sobre la salud, pues al entregar dichos documentos tachando todo dato relativo a la condición médica o enfermedad en específico contenida en el certificado de evaluación médica o en los documentos relativos a la licencia médica, solo se entregaría un dato genérico relativo a que un funcionario o servidor público tuvo una licencia de salud en determinadas fechas (o su caso pasó a una evaluación para el otorgamiento de dicha licencia).

Por tanto, mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de apelación, entregando los documentos requeridos en el ítem 1, tachando en cualquiera de estos documentos cualquier dato relativo a la condición médica o enfermedad en específico que dieron origen a la evaluación sobre dichas licencias.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Johan León Florián', with a long horizontal stroke extending to the left.

JOHAN LEÓN FLORIÁN  
Vocal Presidente