



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001070-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00764-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **RODRIGO RAPHAEL CARRILLO RAMOS**
Entidad : **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 3 de mayo de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00764-2023-JUS/TTAIP de fecha 14 de marzo de 2023 interpuesto por **RODRIGO RAPHAEL CARRILLO RAMOS** contra la respuesta por correo electrónico de fecha 6 de marzo de 2023, que remite el Memorando N° D000322-2023-PCM-OGTI y el Informe N° D000011-2023-PCM-OGTI-LGT, mediante los cuales la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS** denegó su solicitud de acceso a la información pública presentada con fecha 20 de febrero de 2023 mediante Expediente N° 2023-0011465.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de febrero de 2023 el recurrente solicitó a la entidad la entrega por correo electrónico, de la siguiente información:

“1. Copia digital de todos los correos electrónicos (recibidos, enviados y en borrador), así como sus archivos adjuntos de la/las direcciones de correos electrónicos institucionales asignados a Betssy Betzabet Chávez Chino, para su función como presidenta del Consejo de Ministros, desde el 25 de noviembre al 7 de diciembre de 2022.

2. Copia digital del historial de navegación en internet de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2022.

3. Copia digital de la totalidad de archivos digitales de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, que se encuentren almacenados desde el mes de noviembre de 2022 a la fecha”.

Mediante correo electrónico de fecha 6 de marzo de 2023, la entidad remitió al recurrente el Memorando N° D000322-2023-PCM-OGTI, el cual cita el Informe N° D000011-2023-PCM-OGTI-LGT emitido por la Oficina General de Tecnologías de la Información, el cual señala lo siguiente:

“(…) 2.1 De la solicitud de acceso a la información del antecedente 1.1, se informa lo siguiente:

2.1.1 Respecto al punto 1, esta Oficina General a través, del Coordinador de Infraestructura Tecnológica, indica: “que no existe directiva alguna en la PCM, sobre el cual, la OGTI deba realizar el resguardo del buzón de correo electrónico, que hayan sido dados de baja, por lo cual no contamos con dicha información”.

2.1.2 Respecto a los puntos 2 y 3, esta Oficina General informa que a la fecha no ha tenido respuesta de la solicitud a la Fiscalía de la Nación mediante el oficio del antecedente 1.3, para acceder al historial de navegación de Internet y a la información digital almacenada en los equipos de cómputo asignados al Presidente del Consejo de Ministros.

2.2 De acuerdo a lo señalado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el Artículo 15-A, Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada, ítem 1b, que señala “Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo lo sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley”, y considerando que con fecha 07 de diciembre de 2022, la Fiscalía de la Nación, representada por el Fiscal Adjunto Supremo, Dr. Elmer Ríos, a cargo del Equipo Especial, procedieron a recoger documentación de los despachos de la Alta Dirección, la PCM dispuso la custodia de los equipos informáticos asignados en tanto el proceso de investigación estuviera en curso.

2.3 Considerando el antecedente 1.3, la PCM está a la espera de la respuesta de la Fiscalía de la Nación para conocer si puede acceder y disponer de los cuatro (4) equipos de cómputo que fueron asignados en su oportunidad a los exfuncionarios: Betssy Chávez Chino y Aníbal Torres Vásquez, entre otros.

2.4 Por lo expuesto, no es posible hacer la entrega del requerimiento de los correos electrónicos, por no contar con la información de la exfuncionaria, ni acceder por el momento a la información del historial de navegación y a la información digital almacenada de los equipos de cómputo asignados en su oportunidad al Presidente del Consejo de Ministros, en tanto no se tenga la respuesta de la Fiscalía de la Nación (...).”

Con fecha 14 de marzo de 2023 el recurrente presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis, manifestando lo siguiente:

“(..)

1. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la información contenida en correos electrónicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública.
2. El Tribunal Constitucional también ha afirmado, en la sentencia recaída en el Exp. N° 04792-2017-PHD/TC, que la información contenida en los correos electrónicos de funcionarios públicos se presume pública: “11. Al respecto, los correos electrónicos institucionales son proporcionados a los funcionarios públicos por las entidades para una finalidad de carácter público y no para el uso de comunicaciones privadas. Así, la Directiva 005-2003-INEI/DTN, «Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública» establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas (artículo 5.1) y que las cuentas de correo para empleados de las instituciones públicas deben usarse para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la institución (artículo 5.2). 12. (...) En el caso de la información contenida en los correos electrónicos institucionales resulta claro que se trata de una información que se encuentra bajo la posesión y el control de la Administración pública. Ello es así porque ha sido generado a través de una cuenta institucional habilitada y proporcionada al funcionario o servidor público para el cumplimiento de su función pública. 13. Entonces, la información generada, recibida o transmitida por un funcionario o servidor público desde su cuenta de correo electrónico institucional debe presumirse pública, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, según el cual todas las actividades y disposiciones de las entidades están sometidas al principio de publicidad y, en consecuencia, toda información

que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de dicha Ley.” 1 (El resaltado es propio).

3. Asimismo, la Autoridad de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, mediante Opinión Consultiva N° 59-2019-JUS/DGTAIPD, también ha señalado que la información contenida en correos electrónicos de exfuncionarios o exservidores públicos es de acceso público, salvo excepciones de ley: “19. En estos casos debe tenerse presente que la accesibilidad o inaccesibilidad de la información viene dada por su naturaleza, y su reconocimiento en la Constitución, la Ley N° 27806 y de ser el caso, otras normas con rango de ley. Siendo así, no perderá esa naturaleza cuando se disuelva el vínculo laboral del funcionario o servidor poseedor de la misma. (...) 21. (...) las entidades deben guiar sus acciones por los principios de publicidad y máxima divulgación, y el deber de optimización del derecho de acceso a la información pública.” 2 (El resaltado es propio)
4. Lo anterior también se sustenta en la Opinión Consultiva N° 10-2019-JUS/DGTAIPD emitida por la Autoridad de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, que precisa en el numeral 3.4 que: “Las entidades públicas están obligadas a brindar la información contenida en correos electrónicos de sus funcionarios y servidores públicos, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública; de contener información clasificada corresponderá al funcionario poseedor-titular de la cuenta de correo electrónico fundamentar los motivos de la denegatoria” 3 . (El resaltado es propio)
5. Asimismo, de acuerdo con la Resolución N°000184-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA, la información contenida en los correos electrónicos institucionales no está incluida en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, derecho que prohíbe toda injerencia ilegítima sobre las comunicaciones o documentos de carácter privado en las que exista evidentemente la expectativa de que se debe mantener en reserva y confidencialidad dicha información, pero que no aplica para la información transmitida a través de una cuenta de correo institucional cuya publicidad se presume 4 .(El resaltado es propio)
6. En segundo lugar, el Tribunal de Transparencia, a través de Resolución 001973-2022-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA, se ha pronunciado respecto a la negativa de entregar la información alegando que no cuenta con la misma. Así, señaló que, existe la obligación de la entidad es acreditar haber agotado las acciones necesarias para ubicar la información correspondiente.
7. Ello, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en expediente 07675-2013- PHD/TC en la desestimó el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, sosteniendo que en el supuesto que 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. De no ser el caso, se entiende que la entidad si cuenta con la información o puede conseguirla. (El resaltado es propio)
8. Asimismo, el Tribunal de Transparencia reiteró el argumento sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de expediente 01410- 2011-PHD/TC, donde determina que no basta sólo con agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental. (El resaltado es propio)
9. En consecuencia, el argumento de no contar con la información, haberla extraviado o no lograr su hallazgo por parte de cualquier entidad pública o privada con información pública, no es razón suficiente para desestimar un pedido de acceso a la información, puesto que está obligada a agotar todas las

vías para recuperarlo y demostrar que agotó dichas vías, así como a reconstruir la información de ser el caso.

10. En tercer lugar, el numeral a) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, a pesar de que la solicitud se dirige al funcionario que tiene en su poder la información requerida o al superior inmediato, las dependencias de la entidad tienen la obligación de encauzar las solicitudes al funcionario encargado. Esto es, enviar el requerimiento de información, en caso de ser presentado en un área diferente a la cual cuenta o ha generado la información, con el funcionario del área correcta. Ello, en concordancia con el numeral 15-A.1 del artículo 15 del Reglamento de la Ley de Transparencia, el cual señala que las dependencias de la entidad encausan las solicitudes de información que reciban hacia el funcionario encargado dentro del mismo día de su presentación, más el término de la distancia, para las dependencias desconcentradas territorialmente.
11. Por otro lado, es importante tener en cuenta que para denegar una solicitud de acceso a la información pública es necesario que la entidad fundamente el motivo de su denegatoria en alguna de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ello implica, tal como señala el Tribunal Constitucional, que: “[el] Estado y sus órganos [tienen] 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 pueda 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 [de publicidad] que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y confirmarse su inconstitucionalidad [...] 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.” 5
12. Entonces, habiendo dejado claro que la información contenida en correos electrónicos se presume pública; no basta con alegar que no se cuenta con la información puesto que tiene que agotarse todas las vías para recuperarla o reconstruirla, así como la necesidad de las entidades de reencauzar la información. Por lo tanto, se debe exigir a la entidad entregar la información solicitada.
13. De acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Transparencia, todas las entidades del Estado (incluyendo la PCM) están obligadas a cumplir lo estipulado en la Ley de Transparencia.
14. De esta manera, se ha lesionado mi derecho de acceso a la información pública, el cual se encuentra establecido en el artículo 2.5 de la Constitución Política del Perú, que señala 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. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"
(El resaltado es propio)
15. Asimismo, lo establece el artículo 7 del T.U.O. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone que: "Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho".
(El resaltado es propio)
16. Finalmente, los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere la Ley de Transparencia serán sancionados por la comisión de una falta grave, tal como lo señalan los artículos 4 y 14 de la Ley de Transparencia, pudiendo ser inclusive denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad, contemplado en el artículo 377 del Código Penal.

17. *En ese sentido, señor Presidente del Tribunal de Transparencia, teniendo en consideración los argumentos expuestos, solicito ante vuestro despacho se sirva admitir a trámite el presente recurso de apelación y declararlo fundado, en su momento, por ser de Ley.”*

Mediante Resolución 000872-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA¹ de fecha 14 de abril de 2023 se admitió a trámite el referido recurso de apelación, solicitando a la entidad la remisión del expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos, los cuales a la fecha 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, 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 artículo 13 de la Ley de Transparencia, refiere 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, por lo que en este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.

Además, el primer párrafo del artículo 18 de la referida ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del citado 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 aprecia que la controversia radica en determinar si la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente fue atendida por la entidad conforme a ley.

¹ Resolución debidamente notificada a la entidad con fecha 25 de abril de 2023.

² En adelante, Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las citadas normas 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.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-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 cuente con cobertura constitucional, la excepción, 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, con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública regulada en el artículo 18 de la Ley de Transparencia, en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“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, 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 nuestro).

Ahora bien, en el presente caso el recurrente solicitó a la entidad

1. *Copia digital de todos los correos electrónicos (recibidos, enviados y en borrador), así como sus archivos adjuntos de la/las direcciones de correos electrónicos institucionales asignados a Betssy Betzabet Chávez Chino, para su función como presidenta del Consejo de Ministros, desde el 25 de noviembre al 7 de diciembre de 2022.*

2. *Copia digital del historial de navegación en internet de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2022.*

3. *Copia digital de la totalidad de archivos digitales de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, que se encuentren almacenados desde el mes de noviembre de 2022 a la fecha”.*

Al respecto la entidad en su respuesta menciona en cuanto al Punto 1) en su respuesta refiere que no existe directiva alguna en la entidad respecto de la cual se deba de realizar el resguardo del buzón electrónico que han sido dados de baja, por lo cual no cuenta con dicha información; y respecto los puntos 2) y 3) refiere que la entidad no ha tenido respuesta de la Fiscalía de la Nación para acceder al historial de navegación de internet almacenada en los equipos de cómputo del Presidente del Consejo de Ministros, para luego invocar la excepción establecida en el numeral 15-A numeral 1 literal b (hoy artículo 16 numeral 1 literal b) del TUO de la Ley de

Transparencia, para indicar que el 7 de diciembre de 2022 la Fiscalía de la Nación dispuso recoger la documentación de los despachos de Alta Dirección, y la entidad dispuso la custodia de los equipos informáticos en tanto el proceso de investigación estuviere en curso.

Respecto al Punto 1) referido a la “Copia digital de todos los correos electrónicos (recibidos, enviados y en borrador), así como sus archivos adjuntos de la/las direcciones de correos electrónicos institucionales asignados a Betssy Betzabet Chávez Chino, para su función como presidenta del Consejo de Ministros, desde el 25 de noviembre al 7 de diciembre de 2022”.

Al respecto se debe tener en consideración que, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que *“La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM”* (hoy Decreto Supremo N° 021-2019-JUS). Así, de la lectura de la referida norma se advierte que la misma establece tres (3) aspectos relevantes del procedimiento previo a la entrega de la información contenida en correos institucionales:

1. La naturaleza pública de la información que se encuentra contenida en los correos electrónicos institucionales asignados a los funcionarios y servidores públicos;
2. El procedimiento para la atención de las solicitudes de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos institucionales, requiere necesariamente dos acciones: i) que la solicitud de acceso a la información debe ponerse en conocimiento del funcionario titular de la cuenta de correo electrónico institucional, y; ii) que dicho funcionario debe poner a disposición de la entidad la información pública solicitada, para efectos de proceder a su entrega.
3. Se exceptúa del acceso a la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

Siendo ello así, resulta evidente que, conforme al referido Reglamento, en concordancia con el Principio de Publicidad previsto en la ley de Transparencia, la información contenida en correos electrónicos institucionales es de naturaleza pública, por lo que previamente de su entrega a la ciudadanía, el funcionario titular de la cuenta tiene la oportunidad de identificar aquellos correos que puedan vulnerar su derecho a la intimidad, de modo que no sean entregados a los solicitantes.

En el presente caso, la entidad en su repuesta al recurrente menciona que no existe directiva alguna interna respecto de la cual se deba realizar el resguardo del buzón electrónico que haya sido dado de baja, siendo que dicha repuesta resulta ambigua, en tanto que dicha afirmación no establece fehacientemente si la entidad

cuenta con la información, tiene la obligación de contar con dichos correos o con una copia de seguridad del mismo cuando el funcionario haya cesado.

Por tanto, correspondía además que la entidad responda fehacientemente si cuenta o no con los correos electrónicos de Betssy Betzabet Chávez Chino, conforme a lo solicitado por el recurrente o con un Backup o copia de respaldo de los mismos.

Asimismo, se debe tener presente que el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles, y/o penales que correspondan por el extravío o la destrucción, extracción, alteración o modificación, indebidas, de la información en poder de las entidades, el responsable del Órgano de Administración de Archivos, quien haga sus veces o el funcionario poseedor de la información, según corresponda, deberán agotar, bajo responsabilidad, todas las acciones que resulten necesarias para recuperar la información afectada por cualquiera de las conductas señaladas; o en su defecto se deberá cumplir con informar al solicitante respecto a los avances o resultados de las acciones respectivas destinadas a recuperar la información o la imposibilidad de brindársela por no haberla podido recuperar.

Igualmente, el artículo 3° del citado Reglamento establece que la máxima autoridad de la Entidad tiene la obligación de *“h. Disponer la inmediata recuperación o reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas”*. (subrayado nuestro).

En dicho contexto, para atender el requerimiento del recurrente, corresponde a la entidad acreditar haber agotado las acciones necesarias para ubicar la información correspondiente, conforme a lo exigido por el artículo 13° de la Ley de Transparencia, no obstante, en el caso de autos, no se puede precisar las acciones que la entidad ha adoptado con relación a la obligación de mantener la información o un “Backup” o respaldo de los mismos, y de ser el caso disponer la reconstrucción de la información requerida para poder dar atención a la solicitud del administrado en este extremo.

En esa línea, el Tribunal Constitucional desestimó el argumento de la inexistencia de la información para denegar la solicitud de acceso a la información pública, teniendo en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia señala que en el caso que 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, conforme se establece en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07675-2013-PHD/TC:

“En consideración de este Tribunal, esta fundamentación resulta insuficiente a efectos de denegar el requerimiento de información. El artículo 13 del TUO de la Ley 27806, señala que ante la inexistencia de datos, la entidad debe comunicar por escrito tal hecho; sin embargo, esto no implica apelar a la “no existencia” de dicha información para eludir responsabilidad (véase, STC. Exp. N° 01410-2011-PHD/TC F.J.8). Por ende, es necesario que la Contraloría General de la República agote las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida, más aún si este Tribunal ha verificado de autos que la información solicitada en dichos documentos es de su competencia funcional y se ha elaborado en la propia institución.” (subrayado nuestro)

En el mismo sentido, dicho colegiado señaló que no basta sólo con agotar la búsqueda de la información, sino que la entidad debe reconstruirla ante su destrucción o extravío a fin de garantizar este derecho fundamental, conforme se indica en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01410-2011-PHD/TC:

*“Este Colegiado aprecia que la emplazada intenta eludir dicha responsabilidad apelando a la “no existencia” de dicha información. Así, adjuntó a la contestación de la demanda el Informe Técnico N° 123-2009-UATyC-GDU-MDP (fojas 81), expedido por la Unidad de Acondicionamiento Territorial y Control Urbano de la Municipalidad Distrital de Punchana, que indica: “se ha procedido a realizar la respectiva búsqueda en nuestros archivos de los antecedentes que generaron dicho título de propiedad, sin embargo únicamente se encontró una hoja de papel simple que señala que dicho expediente fue retirado con fecha 20/02/2006, para ser anexado al Expediente del Mercadillo Bellavista Nanay; sin embargo realizada la verificación y realizada la revisión en el referido expediente se observa la **NO EXISTENCIA**, de dichos documentos”. Este Tribunal no comparte el criterio de la demandada. Si bien se infiere, del citado documento que la información requerida por los demandantes fue trasladada de un expediente a otro, la conservación de tal información es de responsabilidad de la Municipalidad, por lo que ésta no puede apelar a la “no existencia” de dicha información para eludir su obligación de entregarla a los actores. Es necesario agotar las diligencias necesarias a efectos de localizar la documentación requerida. En su defecto y de quedar comprobado el extravío de la misma, disponer la reconstrucción del expediente administrativo correspondiente, para luego de ello cumplir con su entrega en copias a los interesados”.* (subrayado nuestro)

Siendo ello así, se colige que la entidad vulneró el derecho de acceso a la información del recurrente, **por tanto corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo** debiendo la entidad entregar la información solicitada y en caso se ubiquen los correos en un “Backup”, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 16- A del Reglamento de la Ley de Transparencia; o de ser el caso informar al recurrente que no cuenta con un “Backup” o respaldo de los mismos, o de ser el caso informar al recurrente el inicio, los avances y resultados procedimiento de reconstrucción, conforme al procedimiento establecido en la ley, hasta la entrega de la información correspondiente, o se informe fehaciente y documentalmente su inexistencia conforme a lo establecido en el artículo 27° del Reglamento de la Ley de Transparencia.

Respecto a los Puntos 2) y 3) referidos a la “Copia digital del historial de navegación en internet de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2022” y la “Copia digital de la totalidad de archivos digitales de la/las computadoras asignadas al presidente del Consejo de Ministros, que se encuentren almacenados desde el mes de noviembre de 2022 a la fecha”.

En cuanto a estos puntos la entidad invoca la causal de excepción establecida en el literal b) numeral 1 del artículo 16 de la Ley de Transparencia, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos: (...) (subrayado agregado).

En esa línea, agrega el referido artículo 16 lo siguiente, detallando los supuestos de información reservada:

“1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

(...)

b) Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo los sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley.” (subrayado agregado).

Con relación a ello, se debe precisar en primer lugar que, si bien dicha norma hace alusión a investigaciones en su etapa policial, se debe enfatizar que, actualmente, el artículo 322 del Código Procesal Penal establece que el Fiscal dirige la Investigación Preparatoria; por lo cual este Colegiado considera que el literal b) del numeral 1 del referido artículo 16 resulta aplicable a las informaciones que impidan el curso de las investigaciones fiscales, dentro de los límites de la ley.

Al respecto la entidad sólo se ha limitado a citar el literal b) del numeral 1 del referido artículo 16; sin embargo, no ha adjuntado la documentación que clasifique a la información como reservada, ni que sustente que su entrega involucraría impedir el curso de una investigación fiscal; por lo que, su sola mención no es un argumento válido para denegar la información requerida, de conformidad con el primer párrafo del artículo 18 de la Ley de Transparencia.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 29 y 33 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, ha precisado expresamente lo siguiente:

“29. De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas, deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar previstas en la ley de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir objetivos legítimos que estén indeliblemente unidos a la protección de un fin constitucional; iii) deben ser estrictamente necesarias lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser proporcionales con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública.

(...)

33. De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la

obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, de publicidad y transparencia respecto de tal información.

Y es que la Administración Pública no sólo debe entregar información recién cuando un juez le ordene hacerlo. Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones "secreto" o "reservado"), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter" (subrayado agregado).

Asimismo, corresponde resaltar que el artículo 16 de la Ley de Transparencia, establece expresamente la obligación de clasificar la información con carácter reservado, en los siguientes términos: "El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada"; mientras que por otra parte, señala a quien corresponde efectuar dicha clasificación, conforme el siguiente texto: "En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste" (subrayado agregado).

Es ese mismo sentido, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Transparencia señala que las entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada, registro que comprende el número de resolución del titular del sector o del pliego y la fecha de resolución por la cual se le otorgó dicho carácter, entre otra información relacionada con dicha clasificación.

Siendo esto así, conforme se aprecia de autos, la entidad no ha acreditado fehacientemente que la información solicitada hubiera sido clasificada como reservada conforme al marco legal aplicable, tal como lo exige el Tribunal Constitucional en el antes citado Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, el cual señala que la carga de la prueba de mantener en reserva el acceso a la información se encuentra a cargo de las entidades que la poseen.

En atención a lo expuesto, la denegatoria de la entidad respecto del acceso a la información solicitada por el recurrente bajo la causal de excepción invocada en el literal b del numeral 1 del artículo 16 de la Ley de Transparencia, al no haberse descartado la Presunción de Publicidad.

Por lo antes indicado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo, y ordenar a la entidad que entregue al recurrente la información solicitada, o en su defecto se acredite de forma documentada que la misma se encuentra en la actualidad debidamente clasificada como reservada, conforme los argumentos expuestos previamente.

De otro lado también resulta ambigua la versión de la entidad respecto a que no puede acceder a la información solicitada no obstante haber solicitado el acceso de la información solicitada a la Fiscalía de la Nación, sin precisar si dicha información se puede extraer desde el servidor electrónico institucional, por lo menos respecto a lo solicitado en el Punto 2).

En atención a lo expuesto, la denegatoria de la entidad respecto del acceso a la información solicitada por el recurrente, no resulta amparable por la Ley de Transparencia, al no haberse descartado la Presunción de Publicidad.

Por lo antes indicado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en estos extremos y ordenar a la entidad que entregue al recurrente la información solicitada, o en su defecto se acredite de forma documentada que la misma se encuentra en la actualidad debidamente clasificada como reservada, conforme los argumentos expuestos previamente, o acredite de manera clara, precisa y veraz que no posee la información conforme a lo establecido por el artículo 13 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, en virtud a lo establecido por el artículo 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 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.

Por los considerandos expuestos y 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:

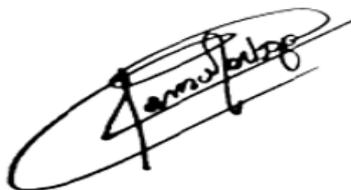
Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00764-2023-JUS/TTAIP interpuesto por **RODRIGO RAPHAEL CARRILLO RAMOS**, contra la denegatoria de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**; en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad entregue la información solicitada o en su defecto comunique al recurrente lo pertinente, teniendo presente lo indicado en 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 **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto 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 a **RODRIGO RAPHAEL CARRILLO RAMOS** y a la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

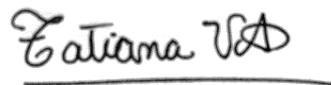
Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).



ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente



LUIS AGURTO VILLEGAS
Vocal



TATIANA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp: lav