Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución 001901-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01889-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**
Entidad : **FONDO MIVIVIENDA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación.

Miraflores, 14 de julio de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 01889-2023-JUS/TTAIP de fecha 8 de junio de 2023, interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** contra el correo electrónico del 7 de junio de 2023, mediante el cual el **FONDO MIVIVIENDA,** dio respuesta a su solicitud de acceso a la información pública de fecha 2 de junio de 2023.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 2 de junio de 2023. el recurrente solicitó *"(…) la habilitación urbana con construcción simultanea N°00189-2020- GM/MDC entregada por la Municipalidad Distrital de Cacatachi a Markagroup para el proyecto Praderas de Cacatachi, de igual forma solicito el Certificado de Factibilidad de Servicios de Agua y Desagüe entregado por la Municipalidad de Cacatachi para el mismo proyecto (N°004-2020- ATM/MDC)".*

Mediante el correo electrónico del 7 de junio de 2023, la entidad indica lo siguiente:
Al respecto, su solicitud fue trasladada a la Gerencia de Proyectos Inmobiliarios y Sociales, área poseedora de la información para su evaluación y atención.
En atención a ello, el área propietaria ha comunicado siguiente:
• Se precisa que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, por tanto, tienen carácter de reservado. Ello, de conformidad con el Artículo 324 del nuevo Código Procesal Penal que establece que la investigación tiene carácter de reservado y que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en la carpeta fiscal."

Con fecha 8 de junio de 2023, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, señalando que: *"En reiteradas oportunidades, el Tribunal de Transparencia ha señalado que una información recabada por la fiscalía o que forma parte de una investigación fiscal no se convierte, per se, en información reservada",* por lo que solicita se declare fundada su petición y se entregue la información requerida.

Mediante la Resolución 001721-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[1] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

Con fecha 10 de julio del año en curso la entidad mediante la Carta N° 000008-2023-FMV/TRANS, remite sus descargos señalando que:

"(…) Corrido el traslado del requerimiento de información, al área poseedora de la información solicitada, señaló en su informe de denegatoria de acceso, trasladado al ciudadano mediante correo electrónico de fecha 07 de junio de 2023, lo siguiente:
"(…)
• Se precisa que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, por tanto, tienen carácter de reservado. Ello, de conformidad con el Artículo 324 del nuevo Código Procesal Penal que establece que la investigación tiene carácter de reservado y que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en la carpeta fiscal.
(…)
(…) De lo señalado en la apelación interpuesta, a criterio del señor RENZO GIANCARLO BAMBAREN CHACÓN, "una información recabada por la fiscalía o que forma parte de una investigación fiscal no se convierte, per se, en información reservada".
(…)
Como es de conocimiento Público, a partir de las declaraciones públicas efectuadas por la Sra. Sada Angélica Goray Chong, en el programa Cuarto Poder transmitido por América Televisión, en el mes de noviembre de 2022, el Ministerio Público a través del Equipo Especial de Fiscales Contra la Corrupción del Poder – Coordinación Nacional – EFICCOP- Equipo 3, inicio de oficio las investigaciones preliminares contra Sada Angélica Goray Chong y otros por la presunta comisión del Delito contra la Administración Pública en su modalidad de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado Peruano.
(…) FUNDAMENTACION JURIDICA DE NUESTRO DESCARGO:
TUO de La Ley De Transparencia y Acceso a la información, aprobado por el DS No 019-2021-JUS
Articulo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
3. Aquellas materias cuyo acceso este expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República Decreto Legislativo No 957 Nuevo Código Procesal Penal
Artículo 324.-Reserva y secreto de la investigación
1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.
Dado que el Nuevo Código Procesal Penal, norma con rango y fuerza de ley y como tal contiene normas de obligatorio cumplimiento, establece que la investigación tiene carácter reservado y sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos, el FMV se encuentra en la imposibilidad de entregar la información requerida, pues tal documentación se encuentra inmersa dentro de la investigación a cargo del Ministerio Publico, a través del "Equipo Especial de Fiscales Contra la Corrupción del Poder – Coordinación Nacional – EFICCOP- Equipo 3", respecto de la presunta comisión del Delito contra la Administración Pública en su modalidad de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado Peruano (…)".

[1] Resolución de fecha 28 de junio de 2023, notificada a la entidad el 5 de julio de 2023.

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[2], establece que 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 del principio de publicidad.

Asimismo, el artículo 10 de la citada norma establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Cabe anotar que 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 Intereses[3], 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.

Cabe anotar que el numeral 6 del artículo 17 de la mencionada ley establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República, en tanto, el segundo párrafo del artículo 13 de la referida norma establece expresamente que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de dicha Ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 que los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 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 aprecia que la controversia radica en determinar si la información solicitada por el recurrente es de naturaleza confidencial exceptuada del derecho de acceso a la información pública, según lo previsto en los numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, y artículo 324 del Código Procesal Penal.

2.2 Evaluación

Sobre el particular, de acuerdo 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

[2] En adelante, Ley de Transparencia.
[3] En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

excepciones injustificadas 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° 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 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).

En el presente caso el recurrente solicitó a la entidad: *"(…) la habilitación urbana con construcción simultanea N°00189-2020- GM/MDC entregada por la Municipalidad Distrital de Cacatachi a Markagroup para el proyecto Praderas de Cacatachi, de igual forma solicito el Certificado de Factibilidad de Servicios de Agua y Desagüe entregado por la Municipalidad de Cacatachi para el mismo proyecto (N°004-2020- ATM/MDC)".*

Que, la entidad tanto en su respuesta como en su descargo deniega la entrega de la información solicitada invocando el numeral 1 del artículo 324 del Código Procesal Penal concordado con el numeral 3 (que dada la redacción indicada en su descargo está referido al numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia), señalando que los Fideicomisos Markagroup actualmente están en investigación, por tanto, tienen carácter de reservado porque se encuentran inmersos dentro de la investigación a cargo del Ministerio Publico, a través del "Equipo Especial de Fiscales Contra la Corrupción del Poder – Coordinación Nacional – EFICCOP-Equipo 3", respecto de la presunta comisión del Delito contra la Administración Pública en su modalidad de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado Peruano".

Ahora bien, en el caso de autos la entidad denegó la solicitud de acceso a la información pública alegando que se trata de información confidencial según lo previsto en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, indicando que la documentación solicitada es reservada conforme al artículo 324 del Código Procesal Penal, por ello corresponde analizar este argumento como el supuesto de excepción a la publicidad de la información pública prevista en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, al tratarse de una reserva establecida por

una ley especial, como ocurre con el artículo 324 del Código Procesal Penal, el cual regula la reserva y secreto de la investigación del siguiente modo:

> **"*Artículo 324.- Reserva y secreto de la investigación***
> 1. *La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.*
> 2. *El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes.*
> 3. *Las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El Abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de Ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio."* (subrayado agregado)

En el presente caso, se advierte que la entidad denegó el pedido del recurrente mencionando el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Transparencia concordado con el artículo 324 del Nuevo Código Procesal Penal que dispone que la investigación tiene carácter reservada, sin haber acreditado que la información solicitada se encuentre en Investigación; es decir, la entidad no brindó elementos fácticos (documentales) y jurídicos que sustenten la denegatoria, o si existe alguna disposición fiscal o judicial por la que se mantenga en reserva la información solicitada, pese a que tiene la carga de acreditar dichas circunstancias, por lo que se desestima este argumento de la entidad.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado el principio de publicidad sobre la información requerida, se concluye que la información solicitada por el recurrente es de acceso público, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de apelación a efecto de que se proceda a entregar al administrado la información solicitada en forma completa, con el tachado o exclusión de información que se encuentre contenida en alguna excepción de la Ley de Transparencia conforme a su artículo 19 y lo indicado en la presente resolución, o de ser el caso, se debe comunicar de forma clara, precisa y veraz, debidamente acreditada su inexistencia.

Finalmente, en virtud de lo señalado 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 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.

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 interpuesto por **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN**, contra la denegatoria de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **FONDO MIVIVIENDA**; en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información pública solicitada por el recurrente, conforme a lo establecido 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 al **FONDO MIVIVIENDA** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior.

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 a **RENZO GIANCARLO BAMBARÉN CHACÓN** y al **FONDO MIVIVIENDA**, 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