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

## RESOLUCIÓN N° 003144-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 03452-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **MIGUEL GARCÉS GUTIÉRREZ**
Entidad : **MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO**
Sumilla : Declara fundado el recurso de apelación

Miraflores, 27 de octubre de 2023

**VISTO** el Expediente de Apelación N° 03452-2023-JUS/TTAIP de fecha 10 de octubre de 2023, interpuesto por **MIGUEL GARCÉS GUTIÉRREZ**[1], contra la CARTA N° 585-2023-MINCETUR/SG/OGA/LEY27806, que contiene el MEMORÁNDUM N°022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI, notificada por correo electrónico de fecha 25 de setiembre de 2023, mediante la cual el **MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO**[2], atendió su solicitud de acceso a la información presentada con fecha 14 de setiembre de 2023.

**CONSIDERANDO:**

### I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de setiembre de 2023, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

> *"(…)*
> *Informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019".*

A través de la CARTA N° 585-2023-MINCETUR/SG/OGA/LEY27806 notificada por correo electrónico de fecha 25 de setiembre de 2023, la entidad remitió al recurrente el MEMORÁNDUM N° 022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI del cual se desprende lo siguiente:

> *"(...)*
> *Es grato dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual remite la solicitud presentada por el administrado, señor Miguel Garces Gutierrez, al amparo del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806 "Ley de*

[1] En adelante, el recurrente.
[2] En adelante, la entidad.

*Transparencia y Acceso a la Información Pública" aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, pidiendo los siguientes documentos:*

*"Informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019."*

*Al respecto, de conformidad con lo establecido por el numeral 4 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, se considera como información confidencial aquella preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.*

*Sobre el particular, debemos señalar que en la documentación solicitada consta la posición de defensa del Gobierno peruano en un procedimiento de Acción de Incumplimiento en curso en el marco del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, el cual se encuentra en fase judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCAN (Proceso 02-AI-2021), de conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCAN y el artículo 107 de su Estatuto. Ello, luego de haberse seguido la etapa prejudicial de dicho procedimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual se emitió el Dictamen N° 002-2019 del 7 de mayo de 2019. Cabe precisar que dicho Dictamen constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el TJCAN, de acuerdo al inciso a) del artículo 49 del Estatuto del TJCAN.*

*En tal sentido, al tratarse de información preparada y obtenida por abogados o asesores jurídicos de la Administración Pública que, de divulgarse, revelaría la estrategia de defensa del Gobierno peruano, no resulta posible hacer entrega de la información requerida por el administrado, en atención a que se trata de información confidencial."*

El recurrente con fecha 10 de octubre de 2023 presentó ante esta instancia el recurso de apelación materia de análisis alegando lo siguiente:

*"(...)*
*Que, con fecha 14 de septiembre de 2023, solicité a través del Portal de Transparencia Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú ("MINCETUR"), copia de los informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019. Como constancia de entrega de esta solicitud recibí un correo electrónico del MINCETUR (Anexo 1-B).*

*Que, con fecha 25 de septiembre de 2023, mediante correo electrónico (Anexo 1-C), fui notificado de la denegatoria de mi solicitud de acceso a la información. Por dicha respuesta, dentro del plazo otorgado por el literal "e" del artículo 11 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, interpongo recurso de apelación en contra de la denegatoria y solicito al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública ("TTAIP"):*

***REVOQUE*** *la decisión de la oficina responsable de denegar la solicitud presentada y, en consecuencia,* ***ORDENE*** *al MINCETUR entregar la información solicitada. Los fundamentos de mis pedidos se sustentan en lo siguiente:*

1. *El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho fundamental de acceso a la información. Éste se encuentra regulado a nivel legislativo en el TUO de la Ley de Transparencia que establece en su artículo 3 que "toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas".*

2. *En esta línea, el artículo 15 del TUO establece como excepción la información expresamente calificada como secreta por razones de seguridad nacional. Asimismo, los artículos 16 y 17 señalan que estará exceptuada del ejercicio del derecho de acceso a la información la información reservada y la información confidencial, respectivamente. Queda claro, hasta este punto, que la entidad está obligada a brindar la información que tiene (por la presunción de publicidad) y, en caso quiera ampararse en las excepciones de los artículos 15, 16 o 17, su decisión tendrá que estar debidamente fundamentada.*

3. *En este caso, MINCETUR decidió denegar la solicitud presentada amparándose en la excepción contenida en el inciso 4 del artículo 17 del TUO, sobre información preparada u obtenida por asesores jurídicos. Esto lo explican a través de su Memorándum 022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI (Anexo 1-D):*

   > *Al respecto, de conformidad con lo establecido por el numeral 4 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, se considera como información confidencial aquella preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.*
   >
   > *Sobre el particular, debemos señalar que en la documentación solicitada consta la posición de defensa del Gobierno peruano en un procedimiento de Acción de Incumplimiento en curso en el marco del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, el cual se encuentra en fase judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCAN (Proceso 02-AI-2021), de conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCAN y el artículo 107 de su Estatuto. Ello, luego de haberse seguido la etapa prejudicial de dicho procedimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual se emitió el Dictamen N° 002-2019 del 7 de mayo de 2019. Cabe precisar que dicho Dictamen constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el TJCAN, de acuerdo al inciso a) del artículo 49 del Estatuto del TJCAN.*

4. *Al respecto, el inciso 4 del artículo 17 del TUO es claro al indicar que la excepción ahí contenida termina cuando el proceso ya haya concluido. Así que a través de este escrito quiero aclarar que: (i) la información que solicito es respecto a los procesos que ya han concluido; y (ii) la posición del Estado*

*Peruano respecto a dichos procesos ya fue expuesta a través del Dictamen 002-2019.*

5. *Sobre el punto (i), en efecto, solicito los informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina.*

6. *Estos procesos, como es aceptado por el propio MINCETUR, concluyeron el 7 de mayo de 2019 con la expedición del Dictamen 002-2019. Es decir, la "etapa prejudicial" del proceso que menciona el MINCETUR ha concluido hace más de cuatro años.*

7. *En este sentido, mi solicitud no se extiende a la entrega de la información que pueda ser concerniente al "Proceso 02-AI-2021". Esta trata de otra parte del proceso, con información distinta y, en consecuencia, una estrategia distinta por parte del Estado Peruano. Lo que solicito es información concerniente a los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 que concluyeron en una etapa anterior.*

8. *Sobre el punto (ii), la posición, estrategia y argumentos del Estado ya se encuentran explícitamente incluidos en el Dictamen 002-2019. Así, el acápite 4.2 "Argumentos de la Reclamada" del Dictamen 002-2019, la Secretaría General de la Comunidad Andina hace una revisión de los argumentos y documentación presentada por el Estado Peruano durante la tramitación de los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019, en particular desde el fundamento 90 al fundamento 120 del referido Dictamen.*

9. *Finalmente, el Tribunal de Transparencia ha confirmado en anteriores oportunidades que es factible solicitar información sobre una instancia procesal cuando el proceso sea público y se haya podido conocer previamente de la posición de la entidad administrativa. A mayor detalle, en la controversia materia de la Resolución 001479-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA, un organismo público se negó a otorgar la información porque afirmaron que el proceso judicial "se encuentra en etapa de apelación de sentencia y que, si bien la sentencia es pública, la estrategia legal no se agota con la contestación de la demanda".*

10. *Respecto de dicha decisión, la Sala del Tribunal de Transparencia determinó que:*

    > *Siendo así, el alegato de la entidad de que la estrategia legal no se agota con la contestación de la demanda […] carece de sustento, tanto más si como la propia entidad ha señalado en sus descargos, el expediente judicial se encuentra en etapa de apelación de sentencia, la cual es pública, siendo que en ella se puede advertir la línea de estrategia de defensa de la entidad, por lo que tal argumento no es sustento para denegar la información al amparo de la causal de excepción invocada.*

11. *El criterio de la Sala del Tribunal de Transparencia es aplicable a este caso. La información que he solicitado versa sobre un proceso ya concluido y que es de dominio público. Por tanto, no se estaría revelando la estrategia procesal del Estado Peruano.*

12. *En conclusión, la información que solicito es respecto a procesos ya concluidos (FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019). El argumento del MINCETUR para negar mi solicitud de acceso se fundamenta en una etapa distinta del proceso, respecto de la cual yo no he solicitado información. Además de ello, la estrategia del Estado Peruano fue explicada por el Dictamen 002-2019, que es un documento público emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina."*

Mediante la Resolución N° 002963-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[3] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriendo la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud impugnada, así como la formulación de sus descargos.

Con OFICIO N° 109-2023-MINCETUR/SG/OGA/LEY27806, presentado a esta instancia el 24 de octubre de 2023, la entidad remitió el expediente administrativo que se generó para la atención de la solicitud; asimismo, formuló sus descargos a través del Memorándum N° 130-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, elaborado por la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional del Viceministerio de Comercio Exterior:

> *"(...)*
> *Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual remite la Resolución N° 002963-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 13 de octubre de 2023 de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública que admite a trámite el recurso de apelación presentado por el señor Miguel Garcés Gutiérrez contra la Carta N° 585-2023-MINCETUR/SG/OGA/LEY27806 del MINCETUR que atendió su solicitud de acceso a la información pública del 14 de setiembre de 2023, a efectos de presentar los descargos respectivos.*
>
> *Al respecto, y dentro del plazo concedido por correo electrónico de fecha 19 de octubre de 2023, cumplimos con señalar que la información objeto de la solicitud del administrado consistente en "informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019" es de carácter confidencial, de conformidad con lo establecido por el numeral 4 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806.*
>
> *Ello, debido a que, tal como se indicó en el Memorándum N° 022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI, entre otros, que la documentación solicitada incluye un procedimiento de Acción de Incumplimiento aún no culminado en el marco del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, pues el mismo se encuentra en fase judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCAN (Proceso 02-AI-2021), de conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCAN y el artículo 107 de su Estatuto.*
>
> *En este sentido, si bien el pedido del administrado está circunscrito a documentos correspondientes a la etapa prejudicial de la acción de incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina -SGCAN*

[3] Resolución que fue notificada a la Mesa de Partes Virtual de la entidad: https://ventanillavirtual.mincetur.gob.pe/, generándose el Expediente N° 1606599, conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444.

*(Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 acumulados por la existencia de conexidad entre ellos, en cuanto al sujeto reclamado, las pretensiones y las medidas reclamadas), cabe precisar que el Dictamen N° 002-2019 de la SGCAN constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el TJCAN, de acuerdo al inciso a) del artículo 49 del Estatuto del TJCAN. Como consecuencia de ello, la emisión del referido Dictamen no da por concluido el procedimiento de acción de incumplimiento en el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, pues se requiere de una decisión definitiva del TJCAN en el proceso judicial en curso (Proceso 02-AI-2021).*

*Sin perjuicio de lo indicado, cabe tener presente que el Proceso 02-AI-2021 estaría próximo a resolverse en el TJCAN y que, apenas ello suceda, se le podrá brindar al administrado de manera inmediata la información solicitada.*

*Por otra parte, la Resolución N° 001479-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA citada por el administrado en su recurso de apelación, no resulta aplicable al presente caso, puesto que la fase judicial de la acción de incumplimiento ante el TJCAN no constituye una instancia de apelación, tal como ha sido establecido en la Sentencia del TJCAN de fecha 17 de julio de 2023, dictada en el Proceso 02-AI-2020 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5250 del 18 de julio de 2023. Además, se trata de un procedimiento internacional seguido ante un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y no de un proceso judicial tramitado en la vía interna.*

*No obstante lo señalado, nos reservamos el derecho de presentar información complementaria dentro del plazo previsto en el literal e) del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

*Finalmente, conforme a lo coordinado previamente, mucho agradeceremos se sirvan tener presente que vuestra oficina cuenta con el expediente correspondiente a la atención del pedido formulado por el administrado."* (subrayado agregado)

## 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, con excepción de aquellas 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[4], 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.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Transparencia 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

[4] En adelante, Ley de Transparencia.

obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control; asimismo, para los efectos de la referida ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Cabe anotar finalmente que, el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley. Asimismo, el primer párrafo del artículo 18 de la referida ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Adicionalmente a ello, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[8], señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia.

### 2.1 Materia de discusión

De autos se aprecia que la controversia consiste en determinar si la información requerida se encuentra contemplada en la excepción regulada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

### 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:

*"(...)*

5. *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 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:

*"(…)*

8. *(…) 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".*

Sobre el particular cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que:

*"(…)*

5. *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*." (subrayado agregado)

Dentro de ese contexto, el tercer párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en tal sentido, efectuando una interpretación contrario sensu, es perfectamente válido inferir que la administración pública tiene el deber de entregar la información con la que cuenta o aquella que se encuentra obligada a contar.

Siendo ello así, corresponde a este colegiado analizar si la entidad atendió la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente conforme a lo dispuesto por la Ley de Transparencia.

- **Con relación a las excepciones contenidas en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia:**

  Sobre el particular, es preciso mencionar que cuando la Ley de Transparencia establece excepciones para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, éstas causales deben ser debidamente motivadas y acreditadas, puesto que estamos frente a una limitación de un derecho fundamental.

  En esa línea, cabe hacer mención lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 0959-2004-HD, respecto al derecho de acceso a la información pública y la naturaleza de sus excepciones, lo siguiente:

  *"(…)*

  4. *La Constitución Política del Perú, en su artículo 2°, inciso 5, reconoce el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte a la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Lo establecido en el referido artículo representa una realidad de doble*

*perspectiva, pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente. En esa medida, el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional".* (subrayado agregado)

En ese sentido, es importante indicar que con relación a la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, 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, concordante con el primer párrafo del artículo 18 de la misma norma, el cual señala que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

*"(…)*

*13. 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 agregado)

Al respecto, corresponde que las entidades de la Administración Pública motiven en los hechos y en el derecho las razones por las que dicha información debe ser considerada secreta, reservada o confidencial, conforme lo exige la jurisprudencia antes citada, no bastando únicamente con la mera invocación del articulado correspondiente a las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

- **Con relación a la aplicación de la excepción contenida en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia:**

Sobre el particular, es preciso señalar que el recurrente solicitó a la entidad se le proporcione los *"(...) Informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019",* a lo que la entidad con CARTA N° 585-2023-

MINCETUR/SG/OGA/LEY27806, que contiene el MEMORÁNDUM N°022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI, denegó la información solicitada argumentando lo previsto en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, precisando que lo peticionado consta de *"(...) la posición de defensa del Gobierno peruano en un procedimiento de Acción de Incumplimiento en curso en el marco del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, el cual se encuentra en fase judicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCAN (Proceso 02-AI-2021) (...). Ello, luego de haberse seguido la etapa prejudicial de dicho procedimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual se emitió el Dictamen N° 002-2019 del 7 de mayo de 2019. Cabe precisar que dicho Dictamen constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el TJCAN, de acuerdo al inciso a) del artículo 49 del Estatuto del TJCAN."*

En esa línea, la entidad mediante el Memorándum N° 130-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, la entidad formuló sus descargos reiterando los argumentos antes expuestos; asimismo, añadió que *"(...) el pedido del administrado está circunscrito a documentos correspondientes a la etapa prejudicial de la acción de incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina -SGCAN (Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 acumulados por la existencia de conexidad entre ellos, en cuanto al sujeto reclamado, las pretensiones y las medidas reclamadas), cabe precisar que el Dictamen N° 002-2019 de la SGCAN constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el TJCAN, de acuerdo al inciso a) del artículo 49 del Estatuto del TJCAN. Como consecuencia de ello, la emisión del referido Dictamen no da por concluido el procedimiento de acción de incumplimiento en el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, pues se requiere de una decisión definitiva del TJCAN en el proceso judicial en curso (Proceso 02-AI-2021).*

Además, la entidad indicó que *"(...) la Resolución N° 001479-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA citada por el administrado en su recurso de apelación, no resulta aplicable al presente caso, puesto que la fase judicial de la acción de incumplimiento ante el TJCAN no constituye una instancia de apelación, tal como ha sido establecido en la Sentencia del TJCAN de fecha 17 de julio de 2023, dictada en el Proceso 02-AI-2020 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 5250 del 18 de julio de 2023. Además, se trata de un procedimiento internacional seguido ante un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y no de un proceso judicial tramitado en la vía interna."*

Al respecto, es necesario indicar que, para efectos de realizar un análisis respecto al dispositivo legal invocado por la entidad para denegar la solicitud del recurrente, se debe precisar el contenido del numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el cual prescribe lo siguiente:

*"Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial*
*El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:*

*(…)*

4. *La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un*

*proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso. (...)".*

Ahora bien, con relación a la excepción al derecho de acceso a la información pública invocada por la entidad, respecto al numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05549-2015-PHD/TC, lo siguiente:

*"(…)*

7. *A criterio de este Tribunal, dicho límite será entendido correctamente desde una interpretación tuitiva del derecho invocado, como corresponde ante solicitudes de información de documentación emitida o actuada al interior de procesos judiciales o arbitrajes en trámite, que en cada caso se señale y evalúe si lo solicitado, al ser entregado, revelaría la estrategia legal desarrollada por los letrados a cargo de la defensa de los intereses de las entidades públicas, pues la distinción casuística asegura que el ciudadano pueda fiscalizar el actuar del Estado."* (subrayado agregado)

En ese sentido, el supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

1. La existencia de cierta información que haya sido creada o se encuentre en posesión de la entidad, la cual podría contener informes, análisis o recomendaciones, entre otros;
2. Que la información haya sido elaborada u obtenida por los asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública;
3. Que la información corresponda a una estrategia de defensa de la entidad; y,
4. La existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite en la cual se despliegue o se aplique la referida estrategia.

En cuanto al primer requisito el mismo se satisface por la existencia de un documento que haya sido creado o se encuentre en posesión de la entidad, en el cual se encuentren análisis, recomendaciones o sugerencias que puedan configurar o ayuden a configurar la estrategia que vaya a adoptar la entidad en el seno de un procedimiento administrativo o judicial.

En esa línea, no basta lo antes mencionado para considerar que dicha información deba ser calificada como confidencial, puesto que la excepción no se configura sobre cualquier tipo de información, sino que ésta debe necesariamente corresponder a una estrategia de defensa de la entidad; es decir, el documento requerido debe ser susceptible de revelar la aludida estrategia de defensa.

Asimismo, dicha información no debe haber sido elaborada u obtenida por cualquier funcionario de la Administración Pública, sino que la norma exige que esta haya sido creada u obtenida específicamente por un asesor jurídico o un abogado de la entidad; es decir, requiere de una cualidad especial de quien haya elaborado u obtenido la información que es materia del requerimiento.

Del mismo modo, no basta que exista la referida información, obtenida por asesores jurídicos o abogados de la entidad y que corresponda a una estrategia de defensa, sino que la ley exige la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en trámite, en el cual se pueda desplegar, aplicar y desarrollar dicha estrategia. Ello es así toda vez que la parte final de la referida norma señala expresamente que la confidencialidad de dicha información termina cuando el procedimiento concluye.

Finalmente, es importante precisar que cuando la norma hace alusión a *"información cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial"*, el objeto de la confidencialidad está centrado en los documentos en virtud a los cuales se elabora una estrategia de defensa, esto es, los informes, ayudas memoria, análisis, recomendaciones, proyectos de escritos, entre otros, que pueden servir como insumo para la elaboración de la versión final del documento que finalmente se presenta en el marco de un proceso judicial.

Dicha confidencialidad, sin embargo, no alcanza al documento en virtud del cual la entidad presenta su pretensión y sus fundamentos ante un órgano administrativo o judicial, es decir, las demandas, denuncias, alegatos, recursos, entre otros, en la medida que en dicho caso la estrategia de defensa ya ha sido evidenciada con su presentación.

En ese sentido, se advierte que el recurrente a través de la solicitud materia de análisis requirió *"(...) Informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina,* ***concluidos el 7 de mayo de 2019****".*

En ese contexto, se aprecia de la petición formulada que el administrado requiere diversos documentos en posesión de la entidad y que se encuentran contenidas en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) vistos ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, y que a su vez dichos expedientes están concluidos desde el 7 de mayo de 2019; pese a ello, toda la documentación le fue denegada, donde la entidad indicó que esta conforma la posición de defensa del Gobierno peruano en un procedimiento de Acción de Incumplimiento en curso del marco del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina y que corresponden a la etapa prejudicial de dicha acción de incumplimiento ya que el *Dictamen N° 002-2019 de la SGCAN constituye un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento; así, la emisión del referido Dictamen no da por concluido el procedimiento de acción de incumplimiento en el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, pues se requiere de una decisión definitiva del TJCAN en el proceso judicial en curso (Proceso 02-AI-2021).*

Pese a ello, tal como se ha precisado en párrafos precedentes la entidad no ha señalado de manera clara y precisa cuales son los documentos que pudieran *"revelar la estrategia a adoptarse"* dentro de los expedientes solicitados y que su vez tienen la condición de concluidos el 7 de mayo de 2019 a través del Dictamen N° 002-2019 emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con independencia que dicho Dictamen constituya un requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda de Acción de Incumplimiento ante el referido Tribunal de la Comunidad Andina.

En ese sentido, de lo argumentado por la referida entidad no se puede concluir por sí mismo que lo peticionado esté vinculado a una estrategia de defensa cuya confidencialidad se encuentra protegida por el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Siendo esto así, cabe indicar que la entidad a través de la respuesta contenida en el MEMORÁNDUM N° 022-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI; así como en sus descargos, no señaló o acreditó de forma alguna la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia; más aún, cuando este cuenta con la obligación de señalar de qué forma la entrega de lo peticionado puede revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa del proceso judicial correspondiente.

Por tanto, la entidad deberá proporcionar al recurrente los *"(...) Informes, estudios, consultas, memorándums, oficios, cartas y otros documentos emitidos con relación a los casos recaídos en los Expedientes FP/01/2019, FP/02/2019 y FP/03/2019 (acumulados) ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, concluidos el 7 de mayo de 2019"*.

En consecuencia, se advierte de autos que la entidad no ha cumplido con acreditar adecuadamente la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

- **Con relación a la información requerida por el recurrente conforme el artículo 10 de la Ley de Transparencia:**

Sumado a lo antes expuesto, y habiéndose determinado la publicidad de lo requerido por el recurrente, debemos precisar que la entidad a través de su respuesta al recurrente, así como en el Escrito de descargos, no ha negado encontrase en posesión de lo requerido; en ese sentido, es oportuno señalar que conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, *"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"*. (subrayado agregado)

En ese sentido, atendiendo a lo dispuesto en la normativa antes mencionada, la información que pueden entregar las instituciones de la administración pública incluyen aquella que es generada por la entidad, la que se encuentra en su posesión e incluso la que se encuentra bajo su control.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe señalar que en caso dentro información solicitada por el recurrente pueda existir información protegida por otras excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, como de manera ilustrativa, datos personales relacionados con el numeral 5 del artículo 17 del mismo cuerpo legal. En ese contexto, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 6 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC, analizó la entrega de la ficha personal de una servidora pública, documento que contiene información de carácter público como son los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas, así como datos de carácter privado entre otros los datos de individualización y contacto,

siendo posible tachar éstos últimos y así garantizar el acceso de la información a los ciudadanos, conforme el siguiente texto:

*"(…)*

6. *De autos se advierte que la ficha personal requerida contiene tanto información de carácter privado como información de carácter público. En efecto, mientras que la información de carácter privado se refiere a datos de individualización y contacto del sujeto a quien pertenece la ficha personal; la información de carácter público contenida en el referido documento abarca datos que fueron relevantes para contratarla, tales como el área o sección en la que la persona ha desempeñado funciones en la Administración Pública; la modalidad contractual a través de la cual se le ha contratado; así como los estudios, especializaciones y capacitaciones realizadas.*
7. *No solamente no existe razón para limitar la entrega de información referida a las cualificaciones relevantes que fueron decisivas para la contratación de un empleado en la Administración Pública, sino que, hacerlo, desincentivar la participación ciudadana en la fiscalización de la idoneidad del personal que ingresa a ella.*
8. *Al respecto, no puede soslayarse que la ciudadanía tiene interés en contar con personal cualificado en la Administración Pública, por lo que impedirle el acceso a información relativa a las cualidades profesionales que justificaron la contratación del personal que ha ingresado a laborar en dicha Administración Pública, no tiene sentido. En todo caso, la sola existencia de información de carácter privado dentro de un documento donde también existe información de carácter público no justifica de ninguna manera negar, a rajatabla, su difusión.*
9. *Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo peticionado, previo pago del costo de reproducción".* (subrayado agregado)

En atención a lo expuesto, cabe destacar que en caso de existir en un documento información pública y privada, esta última debe separarse o tacharse a fin de facilitar la entrega de la información pública que forma parte del documento, ello acorde con el artículo 19[5] de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación presentado por el recurrente y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la información pública requerida[6], conforme a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes.

Finalmente, en virtud de lo previsto 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

---

[5] *"Artículo 19.- Información parcial*
*En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento".*

[6] Salvaguardando, de ser el caso, la información protegida por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, bajo los parámetros de interpretación restrictiva contemplados en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

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 presentado por **MIGUEL GARCÉS GUTIÉRREZ**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO** que entregue al recurrente la información pública solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 2.- SOLICITAR** al **MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO** que, un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 1 de la presente resolución**.**

**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 **MIGUEL GARCÉS GUTIÉRREZ** y al **MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

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

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal Presidente

LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
Vocal

TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp: uzb