Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

RESOLUCIÓN N° 001675-2024-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 01099-2024-JUS/TTAIP
Recurrente : **FERNANDO IGNACIO RIVERA BACA**
Entidad : **FUERZA ÁEREA DEL PERÚ**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 24 de abril de 2024

VISTO el Expediente de Apelación Nº 01099-2024-JUS/TTAIP de fecha 11 de marzo de 2024, interpuesto por **FERNANDO IGNACIO RIVERA BACA** contra el documento NC-190-DITA-N°132 de fecha 11 de marzo de 2024, a través de la cual la **FUERZA ÁEREA DEL PERÚ** atendió su solicitud presentada el 6 de febrero de 2024.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de febrero de 2024, el recurrente solicitó a la entidad se remita a su correo electrónico la siguiente información:

> *"Copia del Acta elaborada por el Consejo de Investigación para Oficiales Superiores 2023 convertida en Junta Calificadora para el proceso de renovación, con respecto a los Oficiales de Servicios, es copia de toda el acta de todos los Oficiales de servicios propuesto para pasar al retiro con fecha 1 de enero de 2024, Junta presidida por el entonces Mayor General FAP Víctor Octavio Diaz Pacheco, información que deberá ser proporcionada sin tarjar y completa, no se encuentra dentro de las limitaciones."*

Mediante el documento NC-190-DITA-N°132 de fecha 11 de marzo de 2024, la entidad atendió el requerimiento, señalando:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación al documento de la referencia a), mediante el cual solicitó se le expida copia de la información que detalla a continuación:

- Copia de acta elaborada por el consejo de investigación para Oficiale Superiores 2023 convertida en junta calificadora para el proceso de renovación, con respecto a los Oficiales de servicios.
- Copia de toda el acta de todos los Oficiales de servicios propuesto para pasar al retiro con fecha 01 de enero 2024.
- Copia de junta presidida por el entonces Mayor General FAP Víctor Octavio Diaz Pacheco.

Al respecto, de acuerdo a lo informado por la Dirección General de Personal (DIGPE), la Oficina de Asesoría Jurídica de dicha unidad opina que **no es factible** atender su pedido de información, por estar comprendido en el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM publicado el 07-08-2003, en **su artículo 17° *Excepciones al ejercicio del derecho: Información Confidencial*** 1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

Con fecha 11 de marzo de 2024, el recurrente interpuso el presente recurso de apelación, manifestando:

> *"**1.-** Con el propio tenor de la denegatoria, se desvirtúa la misma, por cuanto solo como ejemplo en las resoluciones ministeriales que se adjuntan se ha hecho referencia al Acta completa solicitada, a sus miembros y ya se tomó la decisión, además de haber sido publicada en la página web del Ministerio de Defensa. Estas actas fueron realizadas por la Junta Calificadora (…)*
> ***2.-** Queda totalmente desvirtuado el argumento esgrimido para negar el acceso a la información.*
> ***3.-** A lo que se agrega, que los miembros de la referida Junta Calificadora son nombrados por Resolución Comandancia General de la FAP a la que no se tiene acceso, pero es publicada en canales internos, a los que no puedo acceder sino es por el medio de acceso a la información pública.*
> ***4.-** Uno de los pilares de acceso a la información pública es el interés público por conocer la regularidad de la actuación de la administración pública y la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder del estado.*
> ***5.-** A lo que se agrega, que se trata de información para la adopción de una decisión administrativa que incide sobre varios administrados, todo lo cual se encuentra en las actas, no constituye una decisión de gobierno, en consecuencia no se encuentra comprendido en el supuesto de excepción desarrollado por el inciso 1 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806."*

Mediante Resolución N° 001447-2024-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA[1] se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio, requiriéndose a la entidad la remisión del expediente administrativo generado para la atención de la solicitud del recurrente, así como la formulación de sus descargos, los cuales, a la fecha de emisión de la presente resolución, no han sido alcanzados.

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, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17

[1] Notificada a la entidad el 16 de abril de 2024, con código de solicitud yqehkgvyg.
[2] En adelante, Ley de Transparencia.

del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En dicha línea, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[3], 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 en discusión

De autos se advierte que la controversia consiste en determinar si la solicitud ha sido atendida conforme a ley.

2.2. Evaluación

Conforme con lo dispuesto por las normas citadas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

Con relación a dicho principio, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que: *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (STC N.° 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas"*.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que les 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:

"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).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha

[3] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

De autos se tiene que el recurrente solicitó a la entidad: "Copia del Acta elaborada por el Consejo de Investigación para Oficiales Superiores 2023 convertida en Junta Calificadora para el proceso de renovación, con respecto a los Oficiales de Servicios, es copia de toda el acta de todos los Oficiales de servicios propuesto para pasar al retiro con fecha 1 de enero de 2024, Junta presidida por el entonces Mayor General FAP Víctor Octavio Diaz Pacheco, información que deberá ser proporcionada sin tarjar y completa, no se encuentra dentro de las limitaciones", **siendo que la entidad atendió el requerimiento señalando que la información solicitada se encuentra dentro de las excepciones contempladas en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.**

Ante ello, el recurrente interpuso el presente recurso de apelación al considerar que la respuesta brindada por la entidad es contraria a ley; y la entidad por su parte, pese a estar debidamente notificada, no presentó sus descargos.

En ese sentido, corresponde analizar si dicha respuesta se realizó conforme a la Ley de Transparencia.

De autos se observa que la entidad alega que la información solicitada tiene carácter confidencial conforme al numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Al respecto, dicha norma establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de:

"La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública.
Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones" (subrayado agregado).

Así, la Ley de Transparencia establece el siguiente supuesto de excepción al ejercicio de derecho de acceso de acceso a la información pública y el caso en que dicho supuesto de excepción cesa, conforme a lo siguiente:

1. El primer párrafo, regula la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando el requerimiento esté referido a información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, ya sea de aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones, salvo que dicha información sea pública.

2. El segundo párrafo, establece que, culminado el proceso deliberativo y consultivo, con la emisión de la decisión de gobierno, la excepción de confidencialidad cesa, siempre y cuando, la entidad de la Administración Pública haga referencia en forma expresa a los consejos, recomendaciones u opiniones.

Así, en la aludida causal no es suficiente aducir que existe un proceso deliberativo, sino que es necesario establecer si la información solicitada

contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una "decisión de gobierno".

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00712-2007-PHD/TC, lo siguiente:

"4. La demandada ha afirmado que la denegatoria de la información solicitada se sustenta en que se trata de información exceptuada de acceso, conforme lo establece el artículo 17, inciso 1), de la citada Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Según esta disposición se exceptúa de acceso la información:
"(...) que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones" (cursiva añadido).
El concepto central de esta disposición es la de "decisión de gobierno". Están exceptuados entonces los documentos del proceso de deliberación y de consulta anterior a la adopción de una decisión de gobierno" (subrayado agregado).

Respecto a la referida excepción, cabe señalar que, según Úrsula Indacochea, esta tiene como propósito *"(…) proteger la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público (…)*"[4] (subrayado agregado).

Asimismo, respecto al concepto de decisiones gubernamentales Cassagne señaló:

"(…) la denominada función política o de gobierno, [está] referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichos órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional. (…) Con un sentido similar la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad o paz (…)"[5] (subrayado agregado).

En dicho contexto, es preciso destacar que el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 9 y 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04145-2009-PHD/TC estableció que la información sobre decisiones administrativas adoptadas en el marco de una competencia reglada no se encuentra protegida por la referida excepción, en la medida que la naturaleza de dicha decisión no es la de una decisión de gobierno:

[4] INDACOCHEA, Úrsula. *"La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)"*. En Suma Ciudadana. Disponible en: https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/.
[5] CASSAGNE, Juan Carlos. *"Derecho administrativo"*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, página 119.

"9. Este Tribunal considera que la información requerida por el demandante (copia del texto del Reglamento Interno de funcionamiento para la calificación de los expedientes precalificados por parte de la Comisión Ejecutiva reactivada por la Ley N° 29059) no se encuentra incursa en ninguno de tales supuestos, por cuanto se trata de una información que no es utilizada en el marco de una decisión de gobierno de la Administración Pública, ni es información que comprometa el secreto profesional que deben guardar los asesores jurídicos de las entidades públicas.
10. Por el contrario, se trata de una información que es empleada por la Administración para el ejercicio de una competencia reglada por cuanto la Comisión Ejecutiva debe cumplir con evaluar los expedientes sometidos a su conocimiento teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto en la Ley N° 27803 como en la Ley N° 29059, en cuya Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final se señala, precisamente, que los miembros de la Comisión Ejecutiva son responsables solidariamente por la no información, ocultamiento de información y/o transgresión del debido proceso en la calificación y evaluación de los expedientes" (subrayado agregado).

No es suficiente aducir que existe un proceso deliberativo, sino que es necesario establecer si la información solicitada contiene consejos, recomendaciones u opiniones relativos a la adopción de la decisión, y que dicha decisión tenga la característica de una "decisión de gobierno".

En ese sentido, el primer párrafo del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia establece la excepción del acceso a la documentación que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de la decisión de gobierno, **pero únicamente** respecto de la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a la emisión de una decisión de gobierno.

Al respecto, **esta instancia advierte**, en primer lugar que la entidad solo ha invocado el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia, sin embargo, no ha precisado si el acta requerida de modo específico, contiene consejos, recomendaciones u opiniones respecto de alguna decisión de gobierno, y cuál sería la decisión a adoptarse, y por qué dicha decisión tiene el carácter de una decisión de gobierno, por lo que, pese a tener la carga de acreditar dichas circunstancias la entidad no ha desvirtuado el carácter público de la información.

En **segundo lugar**, esta instancia aprecia que las actas requeridas (respecto al proceso de renovación sobre los oficiales de servicios y los propuestos para pasar a retiro) corresponden en estricto a una competencia reglada consistente en la determinación del personal que pasará a retiro, decisión que adoptaría la entidad en virtud a un procedimiento o cumplimiento de exigencias pre establecidas, y en ese sentido, la presunción de publicidad que pesa sobre toda información en poder del Estado se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada por la entidad.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y disponer la entrega de la información solicitada, tachando, la información protegida por la Ley de Transparencia, como por ejemplo los datos personales de individualización y contacto de personas naturales, de conformidad con el artículo 19[6] de dicha norma.

[6] *"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".*

Finalmente, en virtud a lo dispuesto por los artículos 30 y 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.

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 **FERNANDO IGNACIO RIVERA BACA**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **FUERZA ÁEREA DEL PERÚ** que entregue la información entrega de la información solicitada, tachando, conforme los considerandos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- SOLICITAR a la **FUERZA ÁEREA DEL PERÚ** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite ante esta instancia el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Artículo 3.- **DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **FERNANDO IGNACIO RIVERA BACA** y a la **FUERZA ÁEREA DEL PERÚ,** de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la norma antes citada.

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

LUIS GUILLERMO AGURTO VILLEGAS
Vocal Presidente

ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

TATIANA AZUCENA VALVERDE ALVARADO
Vocal

vp: lav