

LA DIRECCION GENERAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (DGTAIDP) EMITE OPINIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN AL ACCESO DE INFORMACIÓN QUE FORMA PARTE DE UN PROCESO DELIBERATIVO Y CONSULTIVO PREVIO A LA TOMA DE UNA DECISIÓN DE GOBIERNO

A través de la Opinión Consultiva N° 044-2021-JUS/DGTAIPD¹, de fecha 11 de noviembre de 2021, la DGTAIPD del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUS) emitió opinión sobre la aplicación de la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la LTAIP a los informes técnicos emitidos por las entidades que contienen opiniones sobre Proyectos de Ley, con ocasión de una consulta realizada por la Autoridad Nacional de Servicio Civil – SERVIR.

Al respecto, a continuación se explican los principales alcances del acceso a la información pública y los criterios señalados por el MINJUS para aplicar la excepción contenida en el 1 del artículo 17 del TUO de la LTAIP:

1. El derecho de acceso a la información pública: alcance

¹Véase en:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2399027/Sobre%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20excepci%C3%B3n%20prevista%20en%20el%20art%C3%ADculo%2017%2C%20numeral%201%20del%20TUO%20de%20la%20LTAIP%20a%20los%20informes%20t%C3%A9cnicos%20emitidos%20por%20las%20entidades%20que%20contienen%20opiniones%20sobre%20Proyectos%20de%20Ley.pdf>

² *Constitución Política del Perú de 1993*

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

El derecho de acceso a la información pública es de carácter instrumental y asume el rol complementario a la garantía jurisdiccional de control pleno de la actuación administrativa.

El derecho fundamental garantiza que toda persona puede solicitar a cualquier entidad pública, sin expresión de causa, que se le otorgue la información que requiera, teniendo en consideración las excepciones previstas en la norma constitucional, conforme ha sido dispuesto en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993², y en el ordenamiento jurídico peruano, en general.

2. Publicidad de la información que poseen las entidades de la Administración Pública

Las actividades y disposiciones de las entidades de la Administración Pública se encuentran sujetas al principio de publicidad, el cual comprende la transparencia y el acceso a la información pública, en consecuencia, toda información que posee el Estado se presume pública.

Sin embargo, el TUO de la LTAIP ha previsto excepciones contenidas en los artículos 15 (información secreta), 16

5. 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 secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

(información reservada) y 17 (información confidencial), por lo cual las entidades públicas deben adoptar las medidas que garanticen y promuevan la transparencia en su actuación, estando obligados a entregar la información que sea solicitada por las personas en ejercicio de su derecho de acceso a dicha información, siempre que esta no se encuentre en las referidas excepciones.

La información clasificada como secreta, reservada o confidencial es restringida al conocimiento público debido a los diversos fines, valores y derechos que resultan constitucionalmente válidos proteger con dicha restricción, por lo cual el derecho de acceso a la información pública puede verse limitado cuando entre en conflicto con otro derecho o con el interés público.

3. Información confidencial en poder de la Administración Pública: criterios para aplicar la excepción

La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de decisiones de gobierno tiene carácter confidencial, salvo que dicha información sea pública, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1 del artículo 17 del TUO de la LTAIP.

La información calificada como confidencial será pública cuando

después de la toma de la decisión, la entidad opte por referirse en forma expresa a dichos consejos, recomendaciones u opiniones, conforme ha sido precisado en la “Guía práctica sobre la transparencia y el acceso a la información pública” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (p. 29)³.

Asimismo, el MINJUS, mediante su opinión contenida en el Informe Jurídico 04-2018, ha determinado que la excepción referida a este tipo de información tiene por objeto: (i) asegurar una adecuada toma de decisiones al interior del Estado; (ii) evitar confundir al ciudadano con opiniones que no constituyan fundamento de la decisión final; (iii) que la publicidad sea aplicada en el caso que se haga una referencia expresa al momento de adoptar la decisión; caso contrario, si la información contenida en estos es contraria a la decisión de gobierno adoptada, esta se mantiene como confidencial; y, (iv) la excepción no es indeterminada en el tiempo, sino que culmina cuando las circunstancias políticas o la posición de gobierno adoptada haya sido modificada por otra decisión o situación fáctica que le reste valor a esta confidencialidad (p.2)⁴.

Esta reserva no puede extenderse en el tiempo de manera indeterminada, como ha sido señalado por el MINJUS, mediante el Oficio N° 591-2018-JUS/DGTAIPD, siendo que, a falta de

³ Véase en:
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1534121/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-TRANSPARENCIA.pdf>.

⁴ Véase en:
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/I-J-04.pdf>.

plazo expreso, la confidencialidad de la información deberá mantenerse hasta que las circunstancias políticas o la posición gubernamental adoptada sobre el asunto en cuestión haya sido modificada por otra decisión de poder público o por una situación fáctica que le reste valor público o actualidad a la confidencialidad.

Si bien, de manera previa, el MINJUS ha emitido pronunciamientos sobre la aplicación de la excepción del numeral 1 del artículo 17 del TUO de la LTAIP, mediante la Opinión Consultiva N° 044-2021-JUS/DGTAIPD ha uniformizado los mismos y ha establecido los siguientes criterios para la aplicación de la excepción:

- La información objeto de solicitud debe contener consejos, recomendaciones u opiniones expedidos en el marco de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, pública, gubernamental o de poder público, es decir, una decisión adoptada por una autoridad en ejercicio de sus competencias.
- Se precisa que se trata de información previa a la decisión, es decir, sus antecedentes, los cuales podrán ser considerados o no por el tomador de la decisión final o autoridad. La excepción no resulta aplicable a la información contenida en la decisión pública adoptada (o

resultado del proceso), salvo que resulte aplicable otra restricción.

- La publicidad, conocimiento o divulgación prematura y previa de aquellos consejos, recomendaciones u opiniones, al momento de su valoración, interrumpa, menoscabe, inhiba o afecte en algún modo –o tenga el potencial de hacerlo– la posterior adopción de la decisión final y el debido cumplimiento de las funciones del tomador de la decisión, órgano o entidad requerida.

En el caso específico analizado por el MINJUS, se señala que los informes técnicos emitidos por las entidades respecto de un Proyecto de Ley, contienen la posición institucional adoptada por el tomador final de la decisión pública sobre la viabilidad o inviabilidad de las iniciativas legislativas, por tal razón, y en tanto constituye una decisión pública ya adoptada, no están protegidos por la excepción referida al privilegio deliberativo. Su incorporación posterior a otros procesos o procedimientos no los hace confidenciales, salvo norma en contrario.

4. Comentario

El derecho de acceso a la información pública no es un derecho ilimitado, por lo que la propia normativa ha incorporado los supuestos excepcionales que limitan el mismo, en torno a la consideración de la

información secreta, reservada o confidencial.

En este sentido, para que una entidad de la Administración Pública pueda denegar a los administrados el acceso a la información pública, esta tiene que justificar su decisión en virtud de alguna de las causales previstas en los mencionados artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP, con un análisis de ponderación de intereses públicos en conflicto, con el objetivo de obtener un equilibrio adecuado entre los mismos.

El pronunciamiento emitido por el MINJUS respecto a la aplicación de la excepción contenida en el 1 del artículo 17 del TUO de la LTAIP tiene como fin proveer a las entidades públicas de criterios concretos a adoptar frente a las solicitudes que requieran información sobre la toma de decisiones al interior del Estado. Dichos criterios disponen la evaluación previa de la información solicitada, de modo que efectúe un análisis cualquier información, antecedente a la adopción de una decisión pública, o resolución de un asunto o materia que solo contenga consejos, recomendaciones u opiniones previos a una decisión de poder público, sin evaluar la nocividad de su difusión prematura.