

Lumen

Jul -Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 171-186

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1822

***LAS DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON
LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO A
LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA***

***DEFICIENCIES RELATED TO THE DETERMINATION
OF ADMINISTRATIVE RESPONSABILITY FOR
BREAKING THE RULES OF TRANSPARENCY AND
ACCESS TO PUBLIC INFORMATION***

Heidi Soraya Cárdenas Arce

LUMEN

LAS DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

DEFICIENCIES RELATED TO THE DETERMINATION OF ADMINISTRATIVE RESPONSABILITY FOR BREAKING RULES OF TRANSPARENCY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

Heidi Soraya Cárdenas Arce

RESUMEN:

En el presente artículo se efectúa un análisis respecto a las deficiencias normativas para determinar la responsabilidad administrativa por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Al respecto, se propone fortalecer a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública otorgándole la facultad sancionadora de forma expresa a través de una norma con rango de ley y revisar las disposiciones en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública que regulan el procedimiento administrativo sancionador vigente que es solo aplicable a las personas jurídicas de derecho privado que brindan servicios públicos no incluyendo en su ámbito de aplicación a las entidades de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE:

Transparencia y acceso a la información pública; procedimiento disciplinario; procedimiento administrativo sancionador; Autoridad Nacional de Transparencia y acceso a la información Pública; Tribunal de Transparencia y acceso a la información pública.

ABSTRACT:

This article tries your analyse the regulatory deficiencies to determine the administrative responsibility for breaking rules of transparency and public information.

In this regard, it is proposed to strengthen the faculties of the National Transparency and Access to Public Information Authority to empower it and review the Transparency and Public Information law regarding the purposes charged to the private entities that provide public services, excluding of this scope the rest of Public Administration entities.

KEY WORDS:

Transparency and access to public information; disciplinary procedure; sanctioning administrative procedure; National Transparency and Access to Public Information Authority; Transparency and Access to Public Information Court.

I. INTRODUCCIÓN.

El 03 de agosto de 2002 se publicó la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Posteriormente, se aprobó su Reglamento mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM y el Texto Único Ordenado de la Ley mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

Una década después se publicó el Decreto Supremo N° 070-2013-PCM que modificó el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para regular las

obligaciones de la máxima autoridad de la entidad, del funcionario responsable de entregar la información, del funcionario o servidor poseedor de la información, del funcionario responsable del Portal de Transparencia y disposiciones relacionadas con la conservación de la información que garanticen su disponibilidad a los ciudadanos que la requieran.

Para el año 2017, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1353 se crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Tribunal de Transparencia pero al haber transcurrido hasta la fecha, 17 años desde la creación de la Ley de la materia, se conoce que existe un total de 116,004 solicitudes formuladas por los ciudadanos que no han sido atendidas lo que ha generado altos índices de quejas por estos incumplimientos ante la Defensoría del Pueblo.

Ello, plantea un gran reto para la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la información Pública en cuanto a promoción y difusión de la cultura de transparencia pero también respecto a imponer sanciones ejemplares por incumplimientos a la normativa. Empero, sobre este último punto, a pesar de que la Ley establezca responsabilidad administrativa, existen deficiencias relacionadas con la potestad sancionadora y disciplinaria por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública que en el presente artículo se procederán a detallar.

II. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO APLICABLE A FUNCIONARIOS, SERVIDORES Y EX SERVIDORES

La responsabilidad administrativa disciplinaria es aquella que exige el Estado a los servidores civiles por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente, de ser el caso¹.

El artículo 35 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública², establece que los servidores y ex servidores³ que incumplan con las normas de transparencia y acceso a la información pública están sujetos a sanción de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación. Para ello, son aplicables las normas del servicio civil, es decir, la Ley N° 30057, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE.

Por su parte, el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS establece que el procedimiento sancionador se encuentra a cargo de cada entidad, es decir, que son las propias entidades de la Administración Pública quienes sancionan en primera instancia en esta materia y como segunda y última instancia administrativa el Tribunal de Transparencia conforme a lo establecido en el artículo 7.2 y 8 del Decreto Legislativo N° 1353, salvo para los casos de destitución e inhabilitación⁴

¹ Artículo 91 del Reglamento de la Ley N° 30057.

² El artículo 35 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala: "(...) 35.1 Las sanciones que pueden imponerse por las infracciones previstas en el presente régimen sancionador son las siguientes:

- a) Amonestación escrita.
- b) Suspensión sin goce de haber entre diez y ciento ochenta días.
- c) Multa no mayor de cinco unidades impositivas tributarias.
- d) Destitución.
- e) Inhabilitación

35.2 Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa (...) están sujetas a la sanción de multa (...)"

³ Cabe señalar que, según el artículo 90° del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, el régimen disciplinario y procedimiento sancionador se aplica a los funcionarios públicos de designación o remoción regulada con expresas excepciones, a los funcionarios públicos de libre designación y remoción con excepción de los Ministros de Estado, a los directivos públicos, a los servidores civiles de carrera, a los servidores de actividades complementarias y a los servidores de confianza, más no a los funcionarios públicos de elección popular, directa y universal.

⁴ El Reglamento de la Ley N° 27806 en sus artículos 39, 40 y 41 señala expresamente cuáles son las infracciones muy graves, graves y leves respectivamente según las cuales se impondrán las sanciones de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación.

en los que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública solo emite un informe como prueba preconstituida que es remitido al Tribunal del SERVIR para que este resuelva la apelación.

De acuerdo a lo señalado, se sigue el siguiente esquema ilustrativo sobre el procedimiento administrativo disciplinario en caso algún funcionario, servidor y exservidor haya incumplido las normas de transparencia y acceso a la información pública:

Estructura PAD

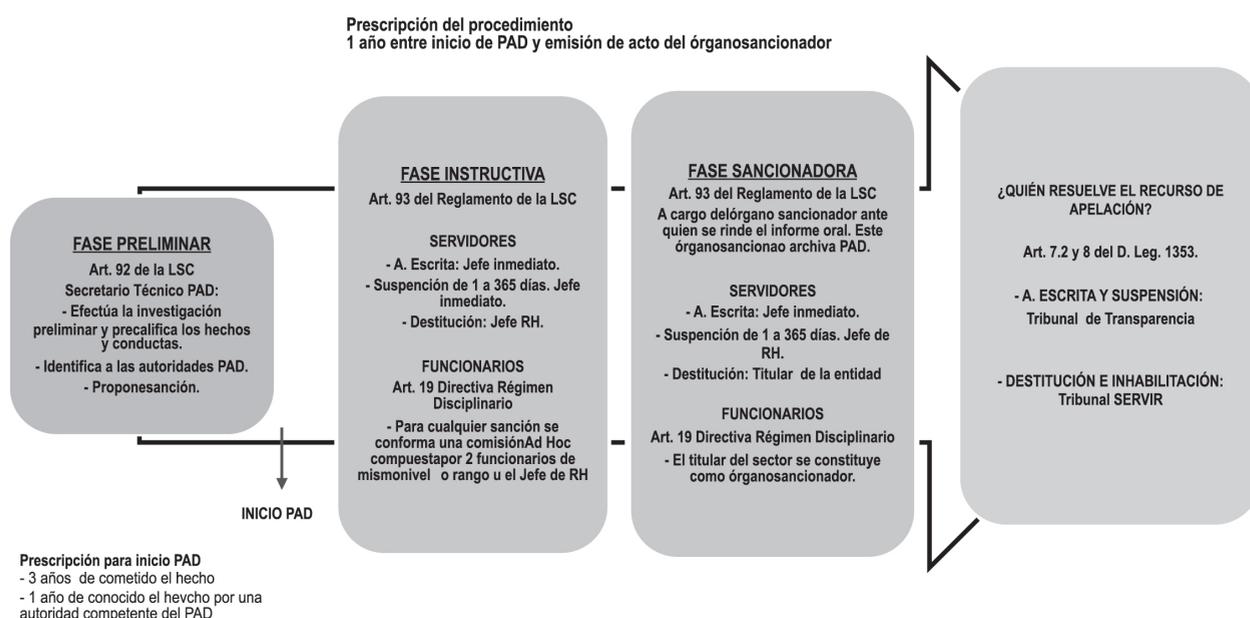


Figura 1: Estructura de un Procedimiento Administrativo Disciplinario

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos de Ley N° 30057 y la Ley N° 27806, Reglamento y modificatorias.

El referido esquema nos muestra que existe una fase preliminar que la realiza el Secretario Técnico del procedimiento administrativo disciplinario de la entidad en la que se cometió la infracción y que prescribe al año de conocido el hecho por una autoridad competente o a los tres años de cometido el hecho.

Posteriormente, el Secretario Técnico del procedimiento administrativo disciplinario de la entidad remite, previa evaluación de la investigación, un informe de precalificación para que el órgano instructor proceda con el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, luego del cual se emitirá el correspondiente informe destinado al órgano sancionador. Respecto de quien actúa como órgano instructor o sancionador, de tratarse de una amonestación escrita, es el jefe inmediato quien actúa como órgano instructor y sancionador a la vez, de tratarse de una suspensión sin goce, el órgano instructor es el jefe inmediato y el órgano sancionador es el Jefe de Recursos Humanos y de tratarse de una destitución el Jefe de Recursos Humanos se constituye en órgano instructor mientras que el titular de la entidad es órgano sancionador⁷.

⁷ Debemos precisar que el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, ha previsto la definición de titular de la entidad, señalando que para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende por tal, a la máxima autoridad administrativa de una entidad pública.

De tratarse de funcionarios⁸, para cualquier sanción se conforma una comisión ad hoc compuesta por dos funcionarios del mismo nivel o rango y el Jefe de Recursos Humanos quien actuará como órgano instructor mientras que el titular del sector se constituye como órgano sancionador.

Ahora bien, habría que preguntarse lo siguiente: ¿se han aplicado sanciones a funcionarios o servidores por incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública?. Al respecto, podemos mencionar el Informe Defensorial 165 denominado “balance a los 10 años de vigencia de la ley de Acceso a la información pública 2003-2013” que señaló lo siguiente:

“(...) en relación a la existencia de casos en los que las entidades habrían sancionado a los funcionarios, ningún ministerio ni municipalidad indicó que se haya sancionado a funcionarios por el incumplimiento de sus obligaciones legales en la materia (...) por lo que es importante que las entidades públicas lleven un registro de funcionarios que han sido sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones (...)”.

Cuando hablamos de registro de funcionarios que han sido sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones sería interesante poder conocer información sobre el tipo de infracción por el cual un funcionario o servidor ha sido sancionado. Al respecto, existe un Registro Nacional de Sanciones contra servidores civiles – RNSSC regulado por el Decreto Legislativo N° 1295, que es una plataforma electrónica en la que se registran las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales y las de índole penal de inhabilitación, pero en este registro no se publica la infracción cometida; por lo que, sería recomendable modificar la citada norma en este extremo.

Regresando al punto anterior, que versa sobre la aplicación de sanciones a funcionarios y/o servidores se debe manifestar que, de la revisión de los reportes anuales efectuados por la Presidencia del Consejo de Ministros⁹ y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se ha verificado que desde la creación de la norma no se conocía de ningún caso en el que se haya iniciado procedimiento administrativo disciplinario ni se habían impuesto sanciones a funcionarios o servidores por el incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública, lo que nos conduce a pensar la poca aplicabilidad del procedimiento disciplinario para las infracciones que se configuran en materia de transparencia y acceso a la información pública.

A partir del año 2018¹⁰, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a raíz de la elaboración del Informe anual sobre pedidos de acceso a la información pública correspondiente a este año requirió precisamente esta información a las entidades a fin de conocer las sanciones impuestas por incumplimiento a la Ley N° 27806 siendo el resultado que de las 515 entidades que reportaron, solo 06 de ellas indicaron haber impuesto sanciones por incumplimiento de la Ley N° 27806, **pero no precisaron la infracción cometida**, según se observa a continuación:

⁸ El artículo 3 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil señala la definición de funcionario público y hace una precisión con la de directivo público y servidor de confianza de la siguiente manera:

- “Funcionario público” es un representante político o cargo público representativo que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado, dirige o interviene en la conducción de la entidad así como aprueba políticas y normas; - “Directivo público” es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial; - “servidor de confianza” es el que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó, puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias.

⁹ Antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1353, la Presidencia del Consejo de Ministros era la encargada de presentar los informes anuales de consolidación de las Solicitudes de Acceso a la Información Pública atendidas y no atendidas que reportaban las entidades de la Administración Pública.

¹⁰ El Informe Anual 2018 titulado “pedidos de acceso a la información pública atendidos y no atendidos por las entidades de la administración pública” fue presentado por la Autoridad de Transparencia en 25 de abril de 2019 en el auditorio del Ministerio de Justicia.

Cuadro 1: Sanciones reportadas por entidades

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos proporcionada a través del Oficio N° 436-2019-JUS/DGTAIPD, como respuesta a la solicitud de acceso a la información pública del 25.04.2019 (Expediente N° 028957).

N°	ENTIDAD	INFRACCIÓN	SANCIÓN
1	Cofopri (adscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento)	No precisa información. Solo señala, de modo general, incumplimiento de plazo de entrega de información.	Amonestación
2	Sociedad de Beneficencia de Lima (adscrita a la Municipalidad Metropolitana de Lima)	No precisa información	Amonestación
3	Municipalidad Distrital de Parcoy (La Libertad)	No precisa información. solo señala “no contar con registro detallado de solicitudes ingresadas”	Amonestación
4	Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión	No precisa información	Amonestación
5	Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle	No precisa información. solo señala “incumplimiento de atención de la solicitud”	Amonestación
6	Municipalidad Distrital de Pachacamac (Lima)	No precisa información	Amonestación

La información del Cuadro 1 comprende a las sanciones emitidas en primera instancia; por lo que a efectos de conocer si alguno de los sancionados ha impugnado ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública como segunda instancia administrativa que resuelve los recursos de apelación de los funcionarios y servidores sancionados por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública, se ha efectuado una consulta en torno a este tema y se nos ha señalado que “(...) hasta el 02 de julio de 2019, ningún funcionario ni servidor ha presentado apelación al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...)”¹¹, lo que nos muestra que ninguna de las sanciones ha sido impugnada.

De estos 6 casos reportados, en 5 de ellos se impuso la sanción de amonestación y solo en 1 caso la sanción de suspensión sin goce de haber, por lo que, dado que en este último caso no se precisó la infracción cometida, se solicitó a la Municipalidad Distrital de Pachacamac copia del mencionado expediente reportado a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ver cuadro 2, n° 6) y que se encuentra publicado en la web del Ministerio de Justicia y Derechos

¹¹ Consulta efectuada el 03 de julio de 2019 al correo tribunaltaip@minjus.gob.pe y atendida el 03 de julio de 2019 señalado que “no se ha recibido ningún recurso de apelación de sanción por incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública”.

Humanos¹². Sin embargo, la Municipalidad Distrital de Pachacamac ha respondido señalando que “no cuentan con la información solicitada”, lo nos hace presumir por una parte que, lo reportado a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información no ha sido exacta ni veraz; y, por otra parte, que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información debe reforzar su accionar para verificar la información recibida antes de ser publicada y realizar supervisiones in situ.

Ahora bien, en el Cuadro 1, se observa en primer lugar, información inexacta que ha sido reportada a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública toda vez que no se detalla el tipo de infracción (si es una infracción muy grave, grave o leve tipificada en los artículos 39, 40 y 41 del Reglamento de la Ley N° 27806) en la que habría incurrido el servidor. En segundo lugar, se evidencia un reducido número de sanciones impuestas por las entidades teniendo en cuenta que para ese mismo año, el 67% de entidades no reportaron sus consolidados anuales y tampoco se atendieron 6,345 solicitudes de acceso a la información pública, lo que nos hace pensar que el ciudadano no denuncia o no sabe ante quien hacerlo, desconociendo la existencia de una Secretaría Técnica de procedimientos disciplinarios en cada entidad y de un procedimiento aplicable al tema.

Cabe indicar que, el procedimiento disciplinario se inicia con una denuncia administrativa (la que puede iniciar la misma entidad al tomar conocimiento de la infracción o el ciudadano al haber sido afectado en su derecho, independientemente de ejercer su derecho de apelar ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública) o con un informe de control que recomienda determinar responsabilidades, lo cual no se viene dando toda vez que los Órganos de Control Institucional de las entidades determinan responsabilidades cuando existen contrataciones o adquisiciones con elevada cuantía que perjudican los intereses del Estado y la adecuada administración de los recursos públicos. ¿Sin embargo, cabe preguntarnos si acaso la afectación del derecho fundamental de acceso a la información pública debe ser cuantificada previamente para ser considerada en un informe de control que determine responsabilidades?

Sería interesante evaluar si con la actual estructura con la que cuenta la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública o fortaleciendo su estructura se establezca un órgano de línea dentro de esta Autoridad que se constituya como órgano instructor y otro como órgano sancionador, de tal manera que sea el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública el que se constituya como segunda instancia administrativa y resuelva los recursos de apelación de los funcionarios y servidores sancionados por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública, como actualmente sucede.

Más aun teniendo en cuenta el caso de los funcionarios en el que se requiere la conformación de una comisión ad hoc compuesta por dos funcionarios del mismo nivel o rango y el Jefe de Recursos Humanos quien actuará como órgano instructor y la emisión de una Resolución del titular del sector al que pertenece el funcionario, quien actúa como órgano sancionador, lo cual en la práctica no se viabiliza de forma ágil, mientras que de realizarlo la Autoridad nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dicho procedimiento podría ser más célere y podría desarrollarse con mayor agilidad, como en Chile y México, países en los que se ha establecido un procedimiento sumario.

En ese contexto, es importante realizar modificaciones a la norma a fin de que la potestad disciplinaria cumpla su objetivo. En este escenario, el Tribunal Constitucional ha señalado que “una de las maneras de promover la eficacia de este derecho son las sanciones a los funcionarios y servidores públicos que obstruyan u obstaculicen de cualquier modo la materialización del derecho de acceso a la información pública. Estas sanciones no son solo necesarias sino inherentes a la defensa y protección de los derechos fundamentales. Y es que con las sanciones a las conductas contrarias a los derechos fundamentales se pretende también desincentivarlas” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009). De esta forma, en virtud a lo señalado por el máximo intérprete de la Constitución, existe la necesidad

¹² Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/IA-Saip-2018_WEB.pdf

de contar con los mecanismos idóneos orientados a proteger el derecho de acceso a la información pública, toda vez que los datos y cifras muestran un significativo número de solicitudes de acceso a la información pública no atendidas que desde el año 2004 al 2018 ascienden a 116,004 (según datos tomados de los informes anuales de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), un alto porcentaje de entidades que no reportan sus consolidados anuales¹³, alto grado de insatisfacción de los ciudadanos por haberse vulnerado su derecho lo que se materializa en las 5,400 quejas formuladas por los ciudadanos ante la Defensoría del Pueblo, desde el año 2013 al 2018 por incumplimiento de plazo para entregar información, negativa a dar información por excepciones no contempladas en la normativa, negativa de dar información por inadecuada interpretación de las excepciones y cobros ilegales o arbitrarios. Asimismo, en solo 4 meses, esto es, de enero a abril del 2019, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha emitido un total de 248 Resoluciones de las cuales el 65% han sido declaradas fundadas¹⁴ lo que significa que se habría vulnerado el derecho de acceso a la información de los solicitantes.

Todos estos datos nos demuestran que se deben hacer algunos ajustes a la normativa vigente para poder generar un impacto positivo en la adecuada protección a este derecho fundamental; para ello, se puede mencionar el caso Chileno en el que el Consejo para la Transparencia, sanciona, previa instrucción de una investigación sumaria, a los funcionarios y servidores por el incumplimiento injustificado de entregar la información de manera pecuniaria, con una multa de 20% a 50% de su remuneración y en caso de reincidencia se le suspende en el cargo por un lapso de 5 días; asimismo, las sanciones son publicadas en el portal web del Consejo para la Transparencia.

De acuerdo a ello, en nuestro país se podría modificar el tipo de sanción a imponer a los funcionarios y servidores con relación laboral vigente que incumplen las normas de transparencia y acceso a la información pública para incluir la sanción pecuniaria como sucede en Chile toda vez que en nuestra realidad, la multa solo es aplicable a los ex servidores y a las personas jurídicas, más no a los servidores con vínculo vigente en sus entidades en las que se incumple la normativa de transparencia y acceso a la información pública.

Por su parte, en México, país en el que se ha conseguido que el acceso a la información pública sea un derecho y una práctica generalizada, existe el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos como organismo autónomo que encabeza el Sistema Nacional de Transparencia (Congreso Mexicano, 2016). En este país, se pueden imponer las medidas de apremio de amonestación pública o multa de 150 veces el salario mínimo general; de igual modo, el incumplimiento de los sujetos obligados es difundido en sus portales de transparencia.

III. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El procedimiento administrativo sancionador es concebido como el poder que se atribuye a la Administración para determinar la existencia de responsabilidad administrativa, es decir, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Se encuentra regulado en el capítulo III del Título IV del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹⁵.

¹³ En relación al porcentaje de entidades que no reportaron sus consolidados anuales, desde el año 2004 hasta el 2018, el porcentaje de incumplimiento es mayor al 50% llegando al 90% en el año 2006.

¹⁴ Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/resoluciones-ttaip/>

¹⁵ Según el artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444, el procedimiento sancionador se inicia de oficio (bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior), petición motivada de otras entidades o por denuncia. En relación a las etapas: este se inicia con las actuaciones previas de investigación para verificar si se justifica la iniciación del procedimiento sancionador, luego del cual la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado y con el respectivo descargo, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. De tal forma que, concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción.

El artículo 35 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que las personas jurídicas están sujetas a sanción de multa¹⁶. En ese sentido, se observa que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública podría iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de estas normas e imponer una multa observando las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

A pesar de que la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se aplica a todas las entidades de la Administración Pública, el procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública solo sería aplicable a las personas jurídicas sujetas al régimen privado que brinden servicios públicos. De esta manera, el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS¹⁷ establece que el procedimiento sancionador a las personas jurídicas comprende la fase instructora y la sancionadora. Asimismo, la fase instructora está a cargo del órgano de línea de la Autoridad que establezca el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la fase sancionadora está a cargo de la Autoridad.

En ese sentido, para conocer quién realiza la fase instructora se han revisado los artículos 70¹⁸ al 75 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que regula las funciones de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y sus órganos de línea, no encontrando ninguna mención expresa respecto de

16 Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/IA-Saip-2018_WEB.pdf

El Reglamento de la Ley N° 27806 en sus artículos 39, 40 y 41 señala expresamente cuáles son las infracciones muy graves, graves y leves respectivamente según las cuales se impondrán las sanciones de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación.

17 El artículo 38 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso señala con respecto al Procedimiento sancionador a las personas jurídicas que “comprende la fase instructora y la sancionadora. La fase instructora está a cargo del órgano de línea de la Autoridad que establezca el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La fase sancionadora está a cargo de la Autoridad (...)”.

18 El artículo 71 del Decreto Supremo 013-2017-JUS señala que son funciones de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales las siguientes:

- a) Ejercer la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- b) Proponer políticas y proyectos normativos en materias de su competencia.
- c) Emitir directivas y lineamientos que sean necesarios para el cumplimiento de las normas en el ámbito de su competencia.
- d) Emitir opinión técnica respecto de los proyectos de normas que se refieran total o parcialmente a los ámbitos de su competencia. En materia de protección de datos personales la opinión técnica es vinculante.
- e) Absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública; así como sobre protección de datos personales.
- f) Solicitar, dentro del ámbito de su competencia, la información que considere necesaria a las entidades, las cuales están en la obligación de proveerla, salvo las excepciones previstas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y otras leyes que limitan el acceso a la información pública.
- g) Fomentar la cultura de transparencia y acceso a la información pública, así como la de protección de datos personales.
- h) Diseñar y ejecutar sistemas o campañas de difusión y promoción sobre transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales.
- i) Elaborar y presentar al Congreso de la República el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública. Este informe se presenta dentro del primer trimestre de cada año y es publicado en la página web de la Autoridad.
- j) Supervisar la administración y actualización del Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- k) Emitir autorizaciones a favor de los bancos de datos de titularidad privada y pública, cuando corresponda, conforme al Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales.
- l) Resolver en segunda instancia los procedimientos iniciados ante la Dirección de Protección Datos Personales, así como las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales en tutela de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- m) Representar al país ante las instancias internacionales en materia de sus competencias y generar mecanismos de cooperación bilateral y multilateral.
- n) Celebrar, previa delegación del Ministro, convenios de cooperación interinstitucional con la finalidad de velar por los derechos de las personas en materia de protección de datos personales que son tratados dentro y fuera del territorio nacional.
- o) Otras funciones que le asigne el Despacho Viceministerial de Justicia y aquellas que le sean dadas por normativa expresa.

cuál de ellos (Dirección de Transparencia y Acceso a la Información, Dirección de protección de Datos Personales o Dirección de Fiscalización e Instrucción) realiza la fase instructora en materia de acceso a la información pública, pudiendo recaer en cualquiera de las 3 unidades pertenecientes a la citada Dirección General.

En el siguiente gráfico, podemos ilustrar lo arriba mencionado, pues en la actualidad la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales cuenta con tres Direcciones:

- ↳ La Dirección de Fiscalización e Instrucción que fiscaliza, de oficio o por denuncia de parte, los presuntos actos contrarios a los establecido en la Ley de protección de datos Personales e instruir el procedimiento sancionador por infracción a la mencionada Ley.
- ↳ La Dirección de Transparencia y acceso a la información pública que tiene funciones de promoción y supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública¹⁹.
- ↳ La Dirección de Protección de Datos personales²⁰ que resuelve en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

¹⁹ El artículo 73 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala lo siguiente: "(...)

Son funciones de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública las siguientes:

- a) Presentar a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales los proyectos de propuestas de políticas en materias de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- b) Supervisar el cumplimiento de las normas, directivas y lineamientos en materia de transparencia y acceso a la información pública.
- c) Proyectar directivas y lineamientos para el cumplimiento de las normas sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se sometan a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- d) Realizar estudios y diagnósticos sobre el cumplimiento de la normativa de transparencia y acceso a la información pública, que se sometan a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- e) Proyectar las opiniones técnicas respecto de los proyectos de normas que se refieran total o parcialmente a materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- f) Elaborar los proyectos de absolución de consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales formulen a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública.
- g) Elaborar el proyecto de informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública que se presenta al Congreso de la República.
- h) Realizar labores de fomento a la cultura de transparencia y acceso a la información pública, mediante recomendaciones y acciones de capacitación.
- i) Supervisar el cumplimiento de la actualización del Portal de Transparencia Estándar de las entidades públicas.
- j) Otras funciones que le asigne la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y aquellas que le sean dadas por normativa expresa.

²⁰ El artículo 74 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala lo siguiente: "(...) son funciones de la Dirección de Protección de Datos Personales las siguientes:

- a) Resolver en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.
- b) Resolver en primera instancia las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales en tutela de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- c) Ejecutar las sanciones administrativas impuestas y hacer cumplir las medidas cautelares, correctivas o administrativas aplicadas, cuando sean de su competencia.
- d) Imponer multas coercitivas frente al incumplimiento de las obligaciones accesorias a las sanciones impuestas en el procedimiento sancionador.
- e) Mantener actualizado el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- f) Administrar, sistematizar y supervisar los sistemas informáticos para el adecuado funcionamiento del Registro Nacional de Protección de Datos Personales en coordinación con la Oficina General de Tecnologías de Información.
- g) Inscribir los bancos de datos personales de Administración Pública o Privada, así como los datos relativos a estos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos personales, conforme lo dispuesto en la Ley de Protección de Datos Personales y en su Reglamento.
- h) Inscribir las modificaciones solicitadas de manera posterior a la inscripción de los bancos de datos personales, hasta la cancelación de su inscripción.



Figura 2: Estructura actual de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Fuente: Datos extraídos de ROF del Ministerio de Justicia

Cabe precisar que, el artículo 70° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS establece que la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, es el órgano de línea encargado de ejercer la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como de ejercer la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

Según lo hasta aquí expuesto, existiría el siguiente flujo respecto al procedimiento sancionador en materia de transparencia y acceso a la información pública, lo cual por cierto, según el Reglamento de la Ley N° 27806 comprendería solo a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa:

- i) Cancelar la inscripción de los bancos de datos personales de titularidad pública o privada a solicitud de parte.
- j) Inscribir las comunicaciones de flujo transfronterizo de datos personales.
- k) Inscribir las sanciones administrativas, medidas cautelares o correctivas dispuestas por los órganos competentes, conforme a la Ley de Protección de Datos Personales y a su Reglamento.
- l) Dar publicidad de la inscripción de los bancos de datos personales de titularidad pública y privada a través del portal institucional; así como de los otros actos materia de inscripción.
- m) Resolver los Recursos de Reconsideración interpuestos contra el acto administrativo que deniega la inscripción y elevar a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales los recursos de apelación interpuestos contra la denegatoria de inscripción.
- n) Certificar la existencia o no existencia de inscripciones en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- o) Otras funciones que le asigne la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y aquellas que le sean dadas por normativa expresa (...).

Estructura PAS

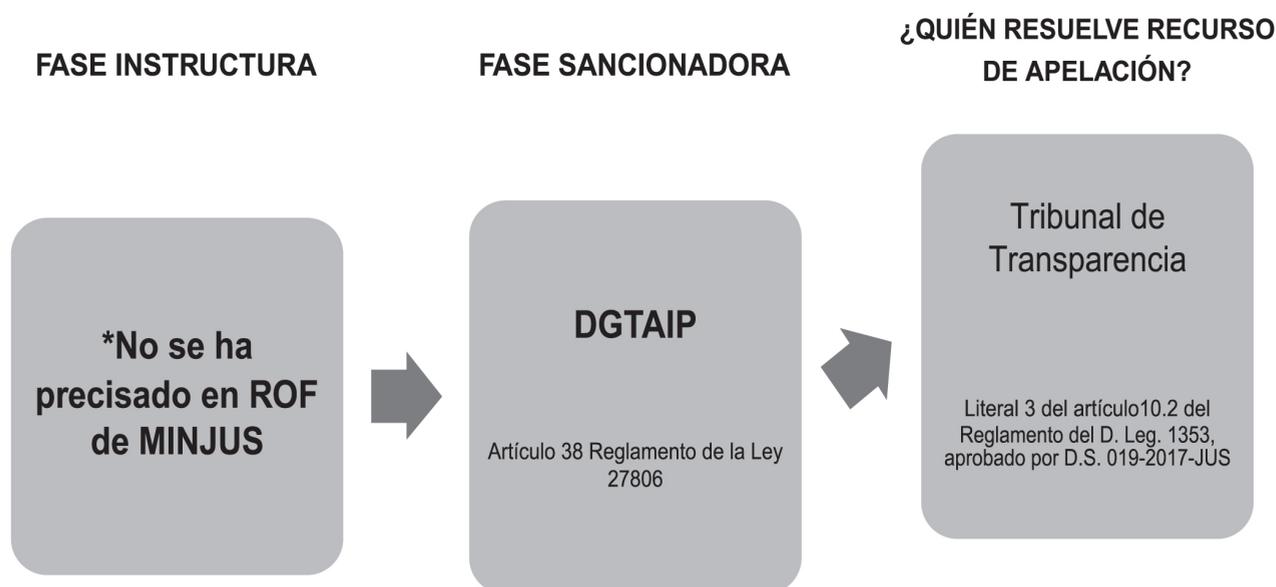


Figura 3: Estructura de un procedimiento administrativo sancionador

Fuente: Datos extraídos del D. Leg. 1353 y reglamento

En ese contexto, en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, no se ha precisado a cargo de qué órgano de línea de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales se encuentra la fase instructora, pero sí se señala que la fase sancionadora está a cargo de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública según el literal 3 del artículo 10.2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS es quien resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que interpongan las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806²¹ sancionadas por el incumplimiento de este dispositivo legal.

Hasta aquí, se observa que la normativa vigente en materia de acceso a la información solo habla de procedimiento administrativo sancionador para las personas jurídicas como si las entidades públicas no se encontrarían inmersas en este procedimiento ni en el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

De otro lado, el artículo 70 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en mención también señala en general, que la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales “ejerce funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras”; sin embargo, las funciones sancionadoras a las que se hace mención, son con respecto a la “protección de datos personales” conforme a la Ley N° 29733 como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

²¹ El artículo 9° del TUO de la Ley N° 27806, señala que: “(..) Las personas jurídicas sujetas al régimen privado (...) que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

Cuadro 2: Funciones de la Autoridad nacional de Transparencia respecto a transparencia y acceso Vs. protección de datos personales

Fuente: Datos extraídos de la Ley N° 27806 y 29733

Decreto Legislativo N° 1353	Ley N° 29733
<p>Artículo 3.- “(...) El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a Información Pública es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...)”</p>	<p>Artículo 32.- “(...) la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (...) <u>goza de potestad sancionadora</u>, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces, <u>así como de potestad coactiva</u>, de conformidad con la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (...)”.</p>
<p>Artículo 4.- “(...) son Funciones de la Autoridad de Transparencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Proponer</u> políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública. 2. <u>Emitir</u> directivas y lineamientos que sean necesarios para el cumplimiento de las normas en el ámbito de su competencia. 3. <u>Supervisar</u> el cumplimiento de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública. 4. <u>Absolver las consultas</u> que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública. 5. <u>Fomentar</u> la cultura de transparencia y acceso a la información pública. 6. <u>Solicitar</u>, dentro del ámbito de su competencia, la información que considere necesaria a las entidades (...). 7. <u>Elaborar y presentar</u> al Congreso de la República el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública (...). 8. <u>Supervisar</u> el cumplimiento de la actualización del portal de Transparencia. (...). 	<p>Artículo 33.- “(...) La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ejerce las funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, <u>fiscalizadoras y sancionadoras</u> siguientes:</p> <p>(...)</p> <ol style="list-style-type: none"> 5. Promover campañas de difusión y promoción sobre la protección de datos personales. 6. Promover y fortalecer una cultura de protección de los datos personales de los niños y adolescentes. 10. Absolver consultas sobre protección de datos personales (...) 20. <u>Iniciar fiscalizaciones</u> de oficio o por denuncia de parte por presuntos actos contrarios a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento y <u>aplicar las sanciones administrativas</u> correspondiente, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento (...)”.

En ese sentido, en el cuadro 2, se observa que la Ley 29733 le ha atribuido a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, expresamente la facultad sancionadora, mientras que el Decreto Legislativo N° 1353, que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública no le ha otorgado expresamente esta facultad sancionadora.

En relación a la potestad sancionadora, si bien el artículo 38 del Reglamento de la Ley menciona que la fase sancionadora del procedimiento sancionador para las personas jurídicas está a cargo de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, la Ley no le ha dado esta facultad expresamente.

Al respecto, el artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444 recoge 11 principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades públicas. Entre ellos se cuentan los siguientes: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y non bis in idem.

Específicamente, el principio de legalidad se encuentra contemplado en el inciso 1 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444 por el que se dispone que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora. Incluso, el principio de legalidad encuentra su fundamento normativo primigenio en el texto de la propia Constitución Política del Perú que en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la norma constitucional establece que nadie podrá ser condenado o sancionado con pena no prevista previamente en las leyes²².

El Tribunal Constitucional ha señalado que la aplicación del principio de legalidad impide que se pueda atribuir la comisión de una falta o aplicar una sanción administrativa cuando esta no se encuentre previamente determinada en la ley (Caso Carol Luz Sáenz, 2007). En ese sentido, dicho principio abarca una doble exigencia:

- Exigencia de carácter formal: Implica la exigencia y existencia de una norma legal o norma con rango de ley; y,
- Exigencia de carácter material: Implica la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes.

Al respecto, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha señalado que: *“no se cuenta con ningún procedimiento administrativo sancionador iniciado por no haberse recepcionado ninguna denuncia”*²³. Sin embargo, estos procedimientos no solo se inician por denuncia sino también de oficio o por propia iniciativa de la entidad, en este caso sería la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁴. Y llama la atención de que a pesar que existen altos índices de incumplimiento a la fecha la Autoridad Nacional de Transparencia y acceso a la información pública no haya iniciado ningún procedimiento sancionador en base a las supervisiones que realiza.

Esta realidad demuestra la necesidad de fortalecer la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública como un ente independiente y no como actualmente ha sido concebido, como una Dirección General dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que depende del Viceministerio de Justicia mientras que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, depende administrativamente del Ministro de Justicia lo que nos hace ver que existe un problema de diseño que repercute negativamente en su desempeño y por tanto en el impacto sobre la adecuada protección a este derecho fundamental.

²² Según el artículo 2 de la Constitución política del Perú “(...) Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (...)».

²³ Mediante Oficio N° 761-2019-JUS/DGTAIPD, el Director General de Transparencia y Acceso a la Información ha contestado una solicitud de acceso que gira en torno al tema materia de análisis.

²⁴ El artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 señala: “(...) El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia (...)”.

En ese contexto, se debe resaltar que en el marco del Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril del 2018, que aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó el Proyecto de Ley que busca ampliar las competencias de la actual autoridad para elevarla a la categoría de “organismo técnico especializado”, previsto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, con rectoría en las materias de su competencia a fin de dotarla de plena autonomía técnica, administrativa, normativa, económica y financiera. Esta es una iniciativa importante que de concretarse permitirá que la Autoridad pueda contar con los mecanismos de sanción y coerción necesarios para el cumplimiento de sus políticas.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. La promoción de la transparencia y el respeto del derecho fundamental de acceso a la información pública son indispensables para una gestión pública moderna, inclusiva y libre de corrupción, que busque asegurar la plena vigencia de los derechos de las personas y el eficiente manejo de los recursos del Estado.
- 4.2. Frente al incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información se ha establecido responsabilidad administrativa pero solo se han reportado 06 casos en los que se han aplicado sanciones disciplinarias a servidores pero a ningún funcionario ni tampoco se ha aplicado ningún procedimiento administrativo sancionador a ninguna entidad ni persona jurídica bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, debido a las deficiencias normativas en esta materia identificadas en el presente artículo y la falta de capacidad operativa de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública que, sin duda, debe ser fortalecida a fin de contar con una entidad empoderada que garantice la efectividad de la protección del Derecho de acceso a la información pública.
- 4.3. Dado los altos índices de incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información es necesario contar con mecanismos idóneos que permitan promover la eficacia de este derecho y desincentivar las conductas contrarias a este.

REFERENCIAS

- Sentencia 77 (Tribunal Constitucional de España 03 de octubre de 1983).
- Carlos, M. J. (1991). La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Estudios sobre la constitución española , 247.
- Carlos, M. U. (2015). Comentarios Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, 63-64.
- Caso Carol Luz Sáenz, Exp. 1182-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 26 de marzo de 2007).
- Caso Julio César Baldeón Salinas, Exp. 1654-2004-Aa/TC (Tribunal Constitucional 03 de agosto de 2004).
- Congreso Mexicano. (27 de enero de 2016). Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- Eduardo, G. d. (2011). Derecho Administrativo. Lima: Palestra.
- Fernando, G. F. (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de política administrativa. Revista de Administración Pública, 11.
- Jorge, D. O. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Ius et Veritas, 150.
- José, B. V. (1998). La administración inspectora. Revista de Administración Pública, 41.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). Guía Práctica sobre la actividad

administrativa de fiscalización. Lima.

- Miriam, I. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, 115.
- Roberto, D. (2005). *Derecho Administrativo*. Lima: Editorial de Ciencia y Cultura.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.