



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos HumanosDespacho
Viceministerial
de JusticiaDirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

OPINIÓN CONSULTIVA N° 033-2023-JUS/DGTAIPD

ASUNTO : Sobre la identificación del objeto del derecho de acceso a la información pública, las cláusulas de confidencialidad realizadas en el marco de las contrataciones del Estado y los alcances del derecho de autor como excepción al acceso a la información pública

REFERENCIA : Oficio N° 69-2022/OS-GAJ
HT. 001168722-2022

FECHA : 30 de octubre de 2023

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el documento de la referencia, el señor José Luis Luna Campodónico, Gerente de Asesoría Jurídica del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, formuló a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (en adelante, DGTAIPD) las siguientes consultas:

(...) en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, las Entidades de la Administración Pública pueden contratar el servicio de acceso a determinada información, la cual se actualiza periódicamente (Informes especializados, comentarios u otro documentos), con entidades privadas, sin que ello signifique que la Entidad de la Administración Pública tome control o posesión de dicha información, es decir, como usuario de dicha información; toda vez que de acuerdo a las disposiciones contractuales dicha información es confidencial y no podrá ser copiada ni distribuida a terceras personas.

En tal sentido, respecto a la información a la que la Entidad Administración Pública tiene acceso como usuario, mas no posesión o control de la misma, solicitamos se precise las siguientes consultas:

1. *Si la información fuese expresamente referenciada en algún documento de carácter público, ¿Dicha información pierde su carácter de confidencial y debería ser entregada ante una solicitud de acceso información pública, a pesar de las disposiciones contractuales señalan que es confidencial?*
2. *Si dicha información está protegida por la legislación en materia de Derechos de Autor, y es expresamente referenciada en algún documento de carácter público, ¿Dicha información debería ser entregada ante una solicitud de acceso información pública, o se configura la causal de información confidencial señalada en el numeral 6 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806?*
3. *Si se han utilizado datos extraídos de dicha información para la elaboración de un documento de carácter público (información parcial), ¿Ante una solicitud de acceso a la*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024





PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

información pública, corresponde entregar toda la información o solo la que ha sido utilizada para elaborar el documento de carácter público, toda vez que la información tiene carácter confidencial por disposición contractual?

4. Si la información no pertenece a la Institución, pero se tiene acceso a ella en virtud de un contrato privado, a través del cual, una empresa nos otorga un usuario y una clave para poder tener acceso a ella, información que por lo, además, puede variar ya que no es nuestra entidad la propietaria y tampoco la carga en el portal de acceso, además en el Contrato u Orden de Servicio nuestra entidad se comprometa a no revelar esta información ¿esa información también se considera pública?

II. MARCO NORMATIVO DE ACTUACIÓN

2. De conformidad con el artículo 4 inciso 4 del Decreto Legislativo 1353¹ que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esta Autoridad tiene la función de 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 la información pública.
3. En esa medida, esta Dirección General, en tanto órgano de línea del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre el que recae la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Antaip), emite la presente Opinión Consultiva, en mérito a la normativa citada, en el ámbito de la interpretación en abstracto de las normas; es decir, como pauta de interpretación general y no como mandato específico de conducta para un caso en concreto.
4. En tal sentido, considerando la consulta formulada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin), esta Dirección General se pronunciará sobre:
 - Identificación del objeto del derecho de acceso a la información pública: a propósito de la información que la entidad posee.
 - Sobre las cláusulas de confidencialidad en el marco de las contrataciones del Estado.
 - Alcances de la excepción referida a los derechos de autor: A propósito de los límites al derecho de explotación.

¹ 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 gestión de intereses.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

III. ANÁLISIS

A. **Identificación del objeto del derecho de acceso a la información pública: a propósito de la información que la entidad posee**

5. El objeto² del derecho de acceso a la información pública es la información obrante en las diversas entidades, como se puede colegir del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública³ (en adelante, TUO de la LTAIP), el cual define a esta como aquella contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por la entidad o que se encuentre en su posesión o bajo su control.
6. Además, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴, *“Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva”* (El subrayado es nuestro).
7. En ese sentido, las entidades deberán atender las solicitudes de acceso a la información pública sobre aquella información que pueden generar en el desarrollo de sus funciones o pueden obtenerlo a través de la interacción con terceros (otras entidades, los administrados, etc), pudiendo darse el caso que la entidad acceda a cierta información sin que cuente con ésta debido a la naturaleza del servicio que le es prestado (por ejemplo, acceso a información por suscripción o de uso únicamente virtual), no obstante, en dicho supuesto si bien no toda la información llegará a ser *poseída* por la entidad, si lo serán aquellos datos, extractos o referencias usados para la toma de decisiones.
8. En el mismo orden de ideas, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, TTAIP) señala que ante el requerimiento de información que posea la entidad, *“es válido inferir que las entidades de la Administración Pública están obligadas a entregar la información con la que cuenten o tengan la obligación de contar, pudiendo inclusive extraerla de cualquier documento o soporte para reproducirla en un nuevo documento, indicando a qué fuente pertenece, sin que ello implique crear o producir información, ni contravenir lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Transparencia”*.
9. En consecuencia, ante dicho tipo de requerimientos, las entidades deberán atender la solicitud, valorando adecuadamente el caso concreto y de advertir información

² “El derecho subjetivo requiere tener un referente objetivo respecto del cual se desarrolle la posibilidad de actuar en la que se traduce”. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Ius et Veritas N. 16. Lima, 1998, p. 297.

³ Aprobado por Decreto Supremo 021-2019-JUS.

⁴ En la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, fundamento 6.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

protegida por el régimen de excepciones⁵, corresponderá la aplicación de mecanismos que garanticen su protección, para proceder a entregarla parcialmente de acuerdo con lo regulado en el art. 19 del TUO de la LTAIP o a denegarla⁶.

B. Sobre las cláusulas de confidencialidad en el marco de las contrataciones del Estado

10. En primer lugar, se entiende por *confidencialidad* al deber de custodia de aquella información determinada como tal por una persona o grupo de personas respecto de terceros⁷, lo cual puede manifestarse, a nivel contractual, a través las cláusulas de confidencialidad.
11. Dichos contratos -entiéndase, las cláusulas de confidencialidad- deben darse en el marco de las leyes o disposiciones vigentes, máxime si una de las partes es el Estado. A ello, cabe agregar que “(...) *no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el solo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales (...) no valen en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales*”⁸. Tal es así que independientemente del tipo de contratación o del mecanismo de adquisición de un servicio o bien, ninguno tendrá validez si prescinde o desconoce los principios constitucionales que rigen la contratación pública, entre los cuales está el principio de transparencia⁹.
12. En ese orden de ideas, se debe tener en consideración también el principio de publicidad y máxima divulgación, según el cual toda información que posea el Estado se presume de acceso público, salvo únicamente aquella información comprendida en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la LTAIP¹⁰.
13. Por ende, no puede considerarse que la información que derive de la ejecución de un contrato sea confidencial sin que antes no se realice la verificación del contenido del contrato, es decir, si este y sus cláusulas se apegan a las normas vigentes, entre ellas, al régimen de transparencia y acceso a la información pública previsto en la LTAIP.

⁵ Incluye los artículos 15 (información secreta), 16 (información reservada) y 17 (información confidencial) del TUO de la LTAIP.

⁶ Artículo 13 del TUO de la LTAIP.

⁷ Sierra Herrero, Alfredo. (2013). Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013, N. 41, p. 145-179. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200005>.

⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico 14.

⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 19.

¹⁰ Y, siendo que estos limitan un derecho fundamental como es el derecho de acceso a la información pública, la interpretación de dichos supuestos de excepción debe ser restrictiva, ello conforme el primer párrafo del artículo 18 del TUO de la LTAIP.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

14. A modo ilustrativo, el numeral 6 del artículo 17 del TUO de la LTAIP, deja abierta la posibilidad de establecer nuevos supuestos de excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, siempre que dicha excepción esté expresamente señalada por la Constitución, una Ley aprobada por el Congreso de la República o un Decreto Legislativo¹¹, como es el caso del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor (en adelante, LDA).

C. Alcances de la excepción referida a los derechos de autor: a propósito de los límites al derecho de explotación

15. En virtud del artículo 17, numeral 6 del TUO de la LTAIP:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...)

6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.”

16. Por su parte, la LDA, en su artículo 18 indica: “El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley”. (El subrayado es nuestro)
17. Asimismo, la LDA también regula los derechos morales -que son aquellos que protegen la personalidad del autor en relación con su obra- en los artículos del 21 al 29 y los derechos patrimoniales -que son aquellos que le dan la exclusividad al autor para explotar su obra y obtener un beneficio económico por ello- en los artículos del 30 al 40¹².
18. Es decir, en el marco de lo antes señalado, la regulación vigente establece que los derechos de autor son oponibles a terceros, por ende, resulta tutelable por la Administración Pública. Por lo que, ante una solicitud que verse sobre información protegida por los derechos de autor, esta deberá ser denegada.
19. No obstante, la LDA regula algunos supuestos en los que se permite hacerse uso de las obras sin que medie autorización del autor ni pago de remuneración alguna.

¹¹ Esta Autoridad, siguiendo el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 00005-2013- PI/TC, mediante la Opinión Consultiva N° 04-2019-JUS/DGTAIPD, ha sostenido que el inciso 6 del artículo 17 del TUO de la LTAIP admite la posibilidad de crear otros supuestos de exclusión al derecho de acceso a la información pública, también, a través de decretos legislativos (es decir, no solo por leyes formales). En: <https://bit.ly/3KvThJf>

¹² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y USAID Facilitando Comercio. Guía informativa Derecho de Autor. Una herramienta al servicio de los creadores. Lima 2012, p. 9 y 10. Disponible en: <https://bit.ly/3tMdQxJ>

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

Estos límites al derecho de explotación están regulados en el Título IV de la LDA¹³, así como el derecho de cita.

20. El derecho de cita supone que una persona puede citar a otro autor, ya sea reproduciendo o utilizando parcialmente la obra de un tercero para sus propias creaciones sin necesidad de la autorización del autor citado. Para ello, debe tenerse en cuenta¹⁴:
 - La obra citada debió haber sido previamente divulgada de forma lícita.
 - La cita debe ser textual o debe existir fidelidad con la obra citada, así como con el pensamiento del autor.
 - Debe reconocerse el derecho de paternidad del autor (señalando su nombre, su seudónimo o la mención que la obra fue publicada de forma anónima) y la fuente.
 - La cita debe realizarse conforme a los usos honrados, es decir que esta no debe atentar contra la normal explotación de la obra citada, para ello se evalúa la medida justificada y la finalidad para la que se realiza la cita.
21. En conclusión, si bien el artículo 17, numeral 6 del TUO de la LTAIP, en concordancia con la LDA, excluye del acceso la información protegida por el derecho de autor, también es cierto que existen supuestos a través de los cuales es posible hacer uso de la información protegida por el derecho de autor, por ejemplo, si se cita cierta información en un documento oficial, será de acceso público solo el extracto que fue citado.

IV. CONCLUSIONES

1. El objeto del derecho de acceso a la información pública es la información pública, la cual no basta con identificarlo según el origen de su financiamiento, sino también respecto de *la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas*, exceptuando aquellos supuestos de exclusión establecidos por ley.
2. Los contratos que incluyan cláusulas de confidencialidad, máxime si el Estado es parte, deben darse conforme al marco legal vigente y los principios constitucionales que rigen la contratación pública, entre los cuales se regula el principio de transparencia.

¹³ Por ejemplo, en el artículo 43 de la LDA, sobre aquellas obras que ya son divulgadas lícitamente (a través de revistas de suscripción, por ejemplo), que es posible la reproducción sea para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.

¹⁴ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y USAID Facilitando Comercio. Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas. Lima 2013 p. 81. Disponible en: <https://bit.ly/3tKxtpL>

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la unidad, la paz y el desarrollo”

- 3. Sobre la aplicación de la excepción regulada en el artículo 17, numeral 6 del TUO de la LTAIP, en concordancia con la LDA, la información protegida por los derechos de autor es, en principio, tutelable en el marco del derecho de acceso a la información pública, existiendo algunos supuestos que permiten el uso de dicha información, como es, por ejemplo, el derecho de cita.
- 4. Por defecto, no puede considerarse que la información que deriva de la ejecución de un contrato con el resultado de un producto o bien para uso o explotación del Estado es confidencial; por lo menos, no sin antes verificar que dicho contrato y las cláusulas que contienen se apegan al régimen de transparencia y acceso a la información pública previsto en la LTAIP. En cualquier caso, la consideración final sobre la naturaleza pública o confidencial de determinada información derivada de un contrato o de los efectos que este produce se determina caso a caso por cada supuesto de hecho.

Aprobado por:	Aprobado por:
<hr/> Eduardo Luna Cervantes Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales	<hr/> Marcia Aguila Salazar Directora (e) de la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

