



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00005-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 19 de junio de 2018

Caso "transparencia y acceso a la información en el Sistema de Defensa Nacional"

DEFENSOR DEL PUEBLO C. PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, que regula el Sistema de Defensa Nacional

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TABLA DE CONTENIDOS

I.	ANTECEDENTES	3
A.	PETITORIO CONSTITUCIONAL	3
B.	DEBATE CONSTITUCIONAL	3
	B-1. DEMANDA	3
	B-2. CONTESTACION DE DEMANDA	6
II.	FUNDAMENTOS	8
	1. TEXTO DE LA DISPOSICION MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1129	8
	2. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL	9
	Sobre la presunta limitación del derecho de acceso a la información pública a través de fuentes prohibidas: el caso de los decretos legislativos	9
	3. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL	11
	3.1. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES QUE SE DERIVAN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	11
	3.2. EL SISTEMA RESTRINGIDO DE EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	13
	3.3. EXAMEN DEL LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1129	15
III.	FALLO	17



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de junio de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

I. ANTECEDENTES

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el Decreto Legislativo 1129, que regula el Sistema de Defensa Nacional.

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 15 de febrero de 2013, el defensor del pueblo, interpone demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad, tanto por la forma como por el fondo, del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, que regula el acceso a la información en asuntos referidos a la seguridad y defensa nacional, por considerarla incompatible con los artículos 2.5 y 2.24, literal "a", de la Constitución Política.

Por su parte, con fecha 2 de julio de 2015, el procurador público especializado supranacional, encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

El defensor del pueblo y el Poder Ejecutivo presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 vulnera el ámbito de la delegación de facultades otorgado por el Congreso (artículo 104 de la Constitución), así como el principio de reserva de ley para la regulación de límites a los derechos fundamentales (artículo 2.24.a de la Constitución).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- En ese sentido, el Poder Ejecutivo solicitó delegación de facultades para crear la Secretaría de Seguridad y Defensa Nacional (Sedena) y modificar la Ley 28478 adecuando la nueva estructura organizacional del sistema. Por su parte, el Congreso de la República, a través de la Ley 29915, otorgó facultades al Poder Ejecutivo, entre otras materias, para la “Reforma del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional con el objeto de fortalecer su constitución y funcionamiento”.
- Sostiene el demandante que no es posible afirmar que el Congreso de la República haya delegado facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia de acceso a la información pública, pues aquellas deben ceñirse a la materia específicamente autorizada, sin que quepa realizar una interpretación extensiva. En ese sentido, el Congreso de la República se ha reservado, conforme al artículo 18 de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la potestad exclusiva para legislar sobre los límites al derecho fundamental de acceso a la información pública.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido el principio de reserva de ley parlamentaria para la limitación de derechos fundamentales. Asimismo, un sector de la doctrina nacional ha reconocido que solo es posible limitar los derechos fundamentales a través de una ley dada por el Congreso de la República, conforme al principio de reserva de ley formal, de manera que el Poder Ejecutivo no puede legislar en materia de limitación o restricción a los derechos fundamentales.
- En atención a lo expuesto, el recurrente sostiene que el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 resulta inconstitucional por cuanto el Poder Ejecutivo se excedió en el ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Congreso, ya que reguló una materia reservada a ley ordinaria.
- En cuanto a la inconstitucionalidad material, alega el demandante que la norma impugnada es inconstitucional por cuanto anula el derecho fundamental de acceder a información pública en cuanto establece que toda la información que se genere en el Sistema de Defensa Nacional es secreta. En ese sentido, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han establecido que para que este derecho esté garantizado es necesario (i) que las leyes que lo regulan aseguren la garantía de este para todas las personas, sin discriminación ni necesidad de mantener interés alguno; (ii) que todos los órganos estatales de todas las ramas del poder y de todos los niveles de gobierno, así como quienes ejecuten recursos públicos o presten servicios públicos esenciales para la comunidad, se encuentren obligados; y (iii) que el objeto del derecho sea regulado de manera adecuada de forma tal que no existan exclusiones arbitrarias o desproporcionadas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Alega que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático, dado que concreta el principio de dignidad de la persona humana y constituye un elemento esencial de las exigencias propias de la sociedad democrática, pues su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública (Sentencia 01797-2002-HD/TC, fundamento 11).
 - Añade que la teoría general de los derechos fundamentales y la doctrina internacional de los derechos humanos han reafirmado que todos los derechos están guiados por el principio de irreversibilidad, conforme al cual los Estados no pueden disminuir el nivel de goce y protección que se hubiere garantizado.
 - El demandante sostiene, además, que, por medio del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, el Poder Ejecutivo ha vaciado de contenido el derecho que tiene toda persona de acceder a información pública del Sistema de Defensa Nacional, independientemente de si ella genera riesgo para la seguridad nacional o no.
- Manifiesta que la posibilidad de limitar el derecho fundamental de acceso a la información pública está sujeta a determinadas condiciones, por ejemplo: (i) ser conducente para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, (ii) resultar proporcional al interés que la justifica e (iii) interferir en la menor medida posible en el ejercicio del derecho.
- Citando lo resuelto por este Tribunal Constitucional, el demandante sostiene que el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que pueden derivar de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase o por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes, pero, en ambos casos, las limitaciones deben estar previstas en la ley. El legislador, cuando determine los supuestos de excepción a este derecho, debe cumplir con las condiciones antes mencionadas.
 - La Defensoría del Pueblo afirma que, en el Perú, la norma que desarrolla este derecho es la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que establece expresa y taxativamente los supuestos de excepción del citado derecho y reconoce que para interpretar y aplicar válidamente dichas excepciones debe observarse el principio de legalidad formal; el principio de taxatividad, interpretación restrictiva y prohibición de la analogía; y el deber de motivación y fundamentación.
 - De acuerdo con la posición del demandante, la protección de la seguridad nacional es un límite válido al derecho de acceso a la información pública, pero no cualquier noción de seguridad nacional puede legitimar la restricción de este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho. Debe estar relacionada con la protección de la integridad territorial o con la subsistencia del sistema democrático.

- La Defensoría del Pueblo postula un concepto de seguridad democrática que trate de encontrar un equilibrio entre seguridad nacional y el respeto de los derechos fundamentales, donde el principal objeto de protección sea la persona humana. En consecuencia, no es constitucionalmente válido que con base en un concepto amplio de seguridad nacional se prohíba de manera absoluta acceder a información, incluso en aquellos casos en los que no se pone en riesgo la integridad territorial o la subsistencia del sistema democrático.
- Concluye el recurrente que, justamente por ello, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 es inconstitucional, toda vez que desconoce los aludidos criterios para limitar el derecho de acceso a la información pública y vulnera el principio de máxima publicidad.
- Alega, por último, que no existe justificación para que se haya emitido una regla absoluta que prohíba el acceso a toda la información que se genera en el ámbito de la seguridad y defensa nacional.

2. CONTESTACION DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La norma impugnada no tiene por objeto regular el derecho de acceso a la información pública, sino el procedimiento de calificación de la información sobre seguridad y defensa nacional, como se advierte en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1129. Por ello, dicha norma no debe ser entendida en forma aislada, dado que su objetivo no es regular algún aspecto sustancial del derecho de acceso a la información pública, sino sólo un ámbito procedimental que implica que la información a que se hace referencia sea clasificada como secreta y no de otra forma.
- Sobre la supuesta contravención a la reserva de ley por parte de la norma cuestionada, señala el demandado que la Constitución, cuando regula el derecho de acceso a la información, aborda los supuestos por los cuales cabe limitar o restringir un derecho fundamental y expresamente señala que se puede restringir este derecho por razones de seguridad nacional. De la lectura del texto constitucional se puede concluir que, en el caso específico de la restricción del derecho por razones de seguridad nacional, esta no necesita ser establecida por una ley en sentido formal, dado que el propio texto constitucional señala que la restricción puede darse en aquellos supuestos que se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Conforme a esta opción interpretativa mediante normas distintas a una ley, pueden establecerse



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

supuestos de restricción relacionados con el acceso a la información sobre la seguridad nacional.

- Por otra parte, con relación a la supuesta inconstitucionalidad material, alega el demandado que este Tribunal Constitucional debe aplicar el principio de interpretación conforme con la Constitución y analizar los alcances de la norma impugnada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.5 de la Constitución y la legislación sobre transparencia y acceso a la información, de modo que se puede declarar infundada la demanda, precisando que el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 debe ser interpretado conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que regula la clasificación de la información relacionada con la seguridad nacional.
- En ese sentido, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 debe ser interpretado conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de modo que cuando la norma cuestionada hace referencia al carácter secreto de la información que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, o que contengan las deliberaciones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, debe entenderse que solo establece una pauta para clasificar esta información como secreta.
- El demandado pone de relieve que el Decreto Legislativo 1129 ha sido reglamentado por medio del Decreto Supremo 037-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2013, y que este, en su artículo 20, establece que las informaciones y documentos del Sector Defensa e Interior se clasifican conforme a la normativa vigente para el acceso a la información pública. El artículo 22 de dicho reglamento, por su parte, establece que las solicitudes para acceder a información generada en el ámbito del Consejo se canalizarán por intermedio de la Sedena conforme al TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- El Poder Ejecutivo concluye que las normas reglamentarias salvan cualquier duda interpretativa en relación a los alcances del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, pues aquel debe ser interpretado conforme a la legislación sobre acceso a la información pública.
- Una interpretación de la norma impugnada conforme a la Constitución y el bloque de constitucionalidad permitiría salvar la presunta inconstitucionalidad alegada por la parte demandante, a la vez de evitar que se origine un vacío normativo sobre la regulación de las excepciones en materia de acceso a la información relacionada con la seguridad nacional.
- El demandado recuerda, por último, que el derecho de acceso a la información pública no es un derecho irrestricto, pues ningún derecho fundamental es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

absoluto en la medida que su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

II. FUNDAMENTOS

1. TEXTO DE LA DISPOSICION MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1129

1. Previamente a decidir el fondo de la controversia planteada, el Tribunal Constitucional debe señalar que, con posterioridad a la presentación de la demanda (15 de febrero de 2013), se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1353 cuya Quinta Disposición Complementaria Modificatoria reforma el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, que es objeto del presente proceso de inconstitucionalidad.

2. El texto del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 señalaba originalmente lo siguiente:

Artículo 12.- Acceso a la información

Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen las deliberaciones sostenidas en las sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, son de carácter secreto.

3. Tras la modificatoria legal indicada, el texto del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 ha quedado redactado en los siguientes términos:

Artículo 12.- Acceso a la información

Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen deliberaciones sostenidas en sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, se rigen por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuanto a su difusión, acceso público y excepciones, en cuanto resulten aplicables.

4. Frente a esta modificación legislativa de la norma impugnada, solo podría expedirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en caso de que la nueva disposición reproduzca el presunto vicio de inconstitucionalidad alegado por la parte demandante. En ese sentido, corresponde determinar si las objeciones de orden constitucional se reproducen en el nuevo texto normativo.
5. De hecho, este Tribunal Constitucional ha sostenido que, si luego de la modificación normativa de la disposición cuestionada se mantiene el contenido presuntamente inconstitucional, cabe emitir un pronunciamiento de fondo sobre el particular (Sentencia 0003-2012-AI/TC, fundamento 6).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Como podrá apreciarse la norma cuestionada ha sufrido una modificación en su redacción, pues el acceso a la información o documentación referida a la Seguridad y Defensa Nacional se regirá -a partir de la reforma que se introdujo mediante el Decreto Legislativo 1353-, por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, pero añade la expresión "en cuanto resulten aplicables", lo que podría denotar un indeterminado margen de discrecionalidad para decidir si la Ley de Transparencia y Acceso a la Información resulta de aplicación o no.
7. En tal sentido, si nos atenemos a que el aludido artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 se mantiene vigente, aunque con una nueva redacción en algunos extremos, y dado que la disputa sobre la constitucionalidad del aludido artículo se circunscribía a verificar si tal disposición había vulnerado el derecho fundamental de acceso a la información pública al haber desconocido los criterios existentes para limitarlo, además de haberse afectado el principio de máxima publicidad, a criterio de este Tribunal, dicho cuestionamiento no se ha despejado con la expedición de las modificaciones introducidas por la nueva versión.
8. Por lo tanto, este Tribunal estima que cabe extender el pronunciamiento a la nueva disposición por razón de identidad, en tanto que el contenido presuntamente inconstitucional, cuestionado en el texto original del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, podría derivarse también de su modificatoria.

2. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

Sobre la presunta limitación del derecho de acceso a la información pública a través de fuentes prohibidas: el caso de los decretos legislativos

9. Conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes y en lo que puede ser objeto de pronunciamiento, cabe examinar el argumento del demandante en el sentido de que el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 vulnera el principio de reserva de ley para la regulación de límites a los derechos fundamentales, es decir, que sólo se podría limitar los derechos fundamentales a través de una ley ordinaria formal dada por el Parlamento y no por el Poder Ejecutivo mediante Decretos legislativos.
10. Sobre el particular, cabe destacar que el artículo 2.24.a. de la Constitución establece que "Toda persona tiene derecho (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".
11. Se advierte que esta disposición contiene una reserva de ley ordinaria -general y abstracta-, y que, por sus características, vincula a los poderes públicos, a los órganos constitucionales autónomos y también a los ciudadanos.

MT



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. El principio de legalidad garantiza que tanto el contenido como los límites a los derechos fundamentales se prevean siempre mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato para todos los habitantes de la República.
13. Conforme a ello, cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía.
14. Ahora bien, respecto al argumento del demandante, en cuanto a la imposibilidad de restringir derechos fundamentales por medio un decreto legislativo, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal (Sentencia 02762-2002-PA/TC, fundamento 6).
15. Este órgano de control de la Constitución señaló que cada vez que se realice una limitación de derechos fundamentales por un medio distinto a la ley en sentido formal se debe recurrir a una norma que satisfaga la reserva de "acto legislativo" (Sentencia 00005-2012-PI/TC, fundamento 41).
16. Sin embargo, la reserva legal, entendida como una de "acto legislativo", no es omnicomprensiva para cualquier tipo de norma a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, pues se requiere garantizar que los límites a derechos fundamentales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad (Sentencia 02235-2004-PA/TC, fundamento 4 y concordantes).
17. Asimismo, la Opinión Consultiva 06/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que "las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (...). *Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces*, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafos 35 y 36).
18. Al respecto, debe tomarse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la potestad delegada al Poder Ejecutivo está sujeta a controles eficaces a fin de que no se desvirtúe el carácter fundamental de los derechos y libertades. En efecto, el último párrafo del artículo 104 de la Constitución Política establece que "el Presidente de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”, lo que en la práctica constituye un mecanismo de control parlamentario.

19. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que resulta constitucionalmente posible legislar respecto del ejercicio y protección de los derechos fundamentales, no solo a través de una ley —general y abstracta—, sino también por medio de un decreto legislativo, por cuanto tiene rango de ley, constituye un acto legislativo y cuenta con un mecanismo de control por parte del Congreso de la República.
20. Pretender lo contrario, importaría, entre otras cosas, poner en entredicho la constitucionalidad tanto del Código Civil (Decreto Legislativo 295) como del Código Penal (Decreto Legislativo 635), dado que el primero legisla en relación al ejercicio de varios derechos fundamentales (nombre, propiedad, herencia, etc.), mientras que el segundo determina las razones por las que una persona puede ver limitado su derecho a la libertad personal.

21. Por las razones expuestas corresponde desestimar este extremo de la demanda.

3. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

3.1. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES QUE SE DERIVAN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

22. Conforme al artículo 2, inciso 5, de la Constitución, el derecho de acceso a la información pública garantiza el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera, y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones, de seguridad nacional.
23. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública no solo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que esta misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz (Sentencia 04042-2011-PHD/TC, fundamento 10).
24. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido que el derecho de acceso a la información pública implica, por un lado, el reconocimiento de un derecho fundamental, y, por el otro, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (Sentencia 05586-2015-PHD/TC, fundamento 2).

Asimismo, ha establecido que “la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación". (Sentencia 01797-2002-HD/TC, fundamento 11).

Además, el Tribunal ha destacado que "este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos". (Sentencia 004865-2013-HD/TC, fundamento 5), y que "la puesta en práctica del principio de transparencia coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado y, al mismo tiempo, constituye una herramienta efectiva contra la impunidad del poder permitiendo que el pueblo tenga acceso a la forma como se ejerce la delegación del poder" (Sentencia 00565-2010-HD/TC, fundamento 5).

25. De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13 que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

26. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado (Corte IDH, Caso Claude Reyes v. Chile, párr. 77; Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, párr. 163), en consecuencia, es posible afirmar que cuando el ejercicio de este derecho contribuye a la formación de una opinión pública libre e informada, constituye un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática (Corte IDH, Caso Claude Reyes v. Chile, párrafo 85).

En ese sentido, refiere la Corte, "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas". (Corte IDH, Caso Claude Reyes v. Chile, párrafo 86)

27. Queda claro, entonces, que del derecho fundamental de acceder a la información pública no sólo se desprende el reconocimiento de que las personas tienen la libertad de acceder a la información pública, sino también la obligación constitucional de la Administración Pública de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

información. Ello implica, por ejemplo, que la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental.

3.2. EL SISTEMA RESTRINGIDO DE EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

28. Tal como lo establece el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución, el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley. (Sentencia 01219-2003-HD/TC, fundamento 7)

29. De lo antes expuesto, entre otras disposiciones constitucionales, se desprende que las excepciones que puedan ser reguladas por el legislador, para ser válidas, deben cumplir las siguientes condiciones: i) deben estar *previstas en la ley* de forma expresa y estricta, no pudiendo quedar al libre arbitrio de cada entidad de la Administración Pública; ii) deben perseguir *objetivos legítimos* que estén indeliblemente unidos a la protección de un *fin constitucional*; iii) deben ser *estrictamente necesarias* lo que implica además elegir la medida menos restrictiva posible; y iv) deben ser *proporcionales* con el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública, de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se quiere proteger con la excepción sea, por lo menos, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública.

30. Precisamente, el legislador, desarrollando dicho mandato constitucional, aprobó la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 043-2003-PCM, estableciendo en su artículo 1 que dicha ley “tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental de acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución”.

31. En los artículos 15, 16 y 17 de la mencionada ley se regulan las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública respecto de aquella información que haya sido declarada expresamente como secreta, reservada o confidencial. Así, en lo que se refiere a la información secreta, el artículo 15 de la ley establece que “el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución (...), que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley (...).”

32. De otro lado, el artículo 18 del TUO de la Ley 27806 introduce la regulación de las excepciones señaladas al disponer “los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los **únicos** en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental (...)” [resaltado agregado] y añade que dicha información resultará accesible para determinados organismos públicos, como el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo y el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

33. De lo expuesto se desprende cómo el derecho fundamental de acceso a la información pública reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, junto a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho, así como las estrictas y únicas excepciones que pueden justificar la limitación del acceso a la información pública. Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos, salvo las aludidas excepciones, sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información.

Y es que la Administración Pública no sólo debe entregar información recién cuando un juez le ordene hacerlo. Como ya se ha explicado antes y así desprende del respectivo mandato constitucional y legal, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la publicidad de la información financiada por el presupuesto público, de modo que la Administración tiene la obligación de hacer pública tal información. Las excepciones son aquellas expresa y únicamente contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, e incluso dichas excepciones se aplican de modo restrictivo y sólo cuando la Administración ha justificado o motivado su clasificación como secreta, reservada o confidencial. Si no se ha justificado debidamente la respectiva clasificación carece de efectos la sola nominación formal (colocación de sellos con las expresiones “secreto” o “reservado”), debiendo en todo caso ser la última instancia administrativa en materia de transparencia y acceso a la información pública la encargada de examinar si la información calificada de secreta o reservada reviste realmente o no tal carácter.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.3. EXAMEN DEL LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1129

34. El texto del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, en su versión actual establece que “Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen deliberaciones sostenidas en sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, se rigen por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuanto a su difusión, acceso público y excepciones, en cuanto resulten aplicables”.

35. En dicho texto se da cuenta de un tipo de información que “se rige” por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en cuanto a su “difusión, acceso público y excepciones”, y que ello procederá “**en cuanto resulten aplicables**”. Ello, sin lugar a dudas, en particular este último extremo, representa una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues genera la posibilidad de que el propio Consejo de Defensa y Seguridad Nacional, en tanto Ente Rector del Sistema de Defensa Nacional, sea la autoridad “administrativa” que discrecionalmente disponga cuando se aplica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública o cuando no se aplica ninguna ley.

36. Por ello, resulta indispensable contextualizar el ámbito normativo en el que se expidió la excepción contenida en la parte final del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129. Dicho decreto legislativo tiene por objeto “regular la naturaleza, finalidad, funciones y estructura del Sistema de Defensa Nacional” (artículo 1), el mismo que está compuesto por: “a) El Consejo de Seguridad y Defensa Nacional; b) La Secretaría de Seguridad y Defensa Nacional - SEDENA; c) La Dirección Nacional de Inteligencia, ente rector del Sistema de Inteligencia Nacional; y, d) Los Ministerios, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Locales” (artículo 4).

37. Como se aprecia, no se trata de una excepción que tiene un reducido campo de aplicación, sino todo lo contrario, es una excepción que involucra “acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen deliberaciones sostenidas en sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional”. Toda esa información, producida por todas las entidades estatales que componen el Sistema de Defensa Nacional, depende para su entrega, no necesariamente de las reglas establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sino de la mera discrecionalidad del Consejo de Defensa y Seguridad Nacional, en tanto Ente Rector del Sistema de Defensa Nacional.

En otras palabras, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, en el extremo “en cuanto resulten aplicables”, crea una excepción, que es paralela a aquellas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

excepciones reguladas en la Constitución y la ley de desarrollo constitucional, en la que sólo existe la mera discrecionalidad del Consejo de Defensa y Seguridad Nacional.

38. A efectos de verificar si dicha excepción creada por el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 vulnera el derecho fundamental de acceso a la información pública, conviene verificar si se cumplen las respectivas condiciones o requisitos para establecer excepciones. Es más que evidente, que pese a estar prevista en una ley, la excepción creada por el extremo “en cuanto resulten aplicables” del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 no persigue un objetivo legítimo, ni necesariamente protege un fin constitucional. En efecto, no puede considerarse como legítimo aquel objetivo del legislador que le otorgue a determinada entidad administrativa estatal la discrecionalidad para decidir si respecto a la difusión, acceso público o excepciones a determinada información sobre la defensa nacional, se aplica una disposición constitucional y su ley de desarrollo constitucional, o no se aplica ninguna norma. Ello vulnera irrefutablemente el derecho fundamental de acceso a la información pública, así como las obligaciones constitucionales de publicidad y transparencia en las actuaciones del Estado.

Asimismo, la excepción creada por el extremo “en cuanto resulten aplicables” del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 no necesariamente persigue la protección de un fin constitucional, pues aunque se alegara que dicho fin a proteger por la mencionada excepción es la seguridad nacional, nada asegura, dada la amplia indeterminación de dicho concepto jurídico indeterminado, como lo va a interpretar el ente administrativo, en este caso el Consejo de Defensa y Seguridad Nacional.

La seguridad nacional, en tanto fin constitucional, debe ser protegida, no mediante excepciones genéricas, vagas, defectuosas o ilegítimas, sino mediante excepciones estrictas que de modo específico y claro determinen los supuestos en los que aquella pueda ser puesta en riesgo, en los que se garantice la seguridad de las personas, el riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como las respectivas actividades de inteligencia y contrainteligencia, entre otros, tal como lo hace la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

39. Conforme a lo antes expuesto y no existiendo ninguna fórmula interpretativa constitucional que se pueda extraer de la disposición “en cuanto resulten aplicables” del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, el Tribunal Constitucional considera que existen suficientes razones para declarar inconstitucional dicho extremo por vulnerar el derecho fundamental de acceso a la información pública, quedando vigentes las restantes disposiciones del mencionado artículo 12, por resultar éstas compatibles con la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso transparencia y acceso a la información en el Sistema de Defensa Nacional



III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia inconstitucional la frase "en cuanto resulten aplicables" del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

La mayoría de mis colegas ha resuelto declarar como **FUNDADA** la demanda. En esencia, me encuentro de acuerdo con lo resuelto en la sentencia y con los fundamentos que contiene. Sin embargo, efectúo este voto con el fin de realizar algunas precisiones que estimo son necesarias para comprender cabalmente el sentido de nuestra decisión.

La mayoría de este Tribunal ha declarado que la expresión “en cuanto resultan aplicables”, contenida en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, resulta incompatible con la Constitución, por cuanto contiene restricciones para el acceso a la información que resultan excesivamente genéricas y, consecuentemente, ilegítimas desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Considero que, en el caso particular de información relativa a la Defensa Nacional, tal clase de cláusulas se constituyen como barreras arbitrarias para que la ciudadanía acceda a información de interés público.

En ese sentido, efectúo este voto con la finalidad de identificar dos cuestiones fundamentales para abordar el acceso a la información pública en los casos en los que se alega la posible existencia de una circunstancia que involucre la Defensa Nacional: (i) en primer lugar, respecto de la necesidad de que las restricciones a los derechos fundamentales sean, a su vez, interpretadas de manera restrictiva; y, en segundo lugar, (ii) precisar cuestiones respecto de la delimitación de la expresión “defensa nacional”, y vincularlo con el acceso a la información pública.

(i) **La interpretación restrictiva de las restricciones a los derechos fundamentales: el caso del derecho de acceso a la información pública y su nexo con el principio democrático y la transparencia en la función pública**

El Tribunal ha resuelto que la expresión “en cuanto resultan aplicables”, contenida en la disposición impugnada, es inconstitucional por ser genérica e indeterminada. Detrás de esta aseveración se encuentran, según advierto, distintas problemáticas.

La primera de ellas es que las restricciones a los derechos fundamentales no pueden regularse con términos vagos, genéricos e imprecisos. Todo lo contrario, considero que las restricciones a estas libertades deben ser redactadas de forma precisa, a fin que los justiciables comprendan a cabalidad los límites de lo que el ordenamiento jurídico permite. Lo contrario sería dejar en manos de las autoridades estatales la interpretación final respecto del contenido de los derechos fundamentales. La garantía de que deba ser la sociedad misma la que se “auto-limite” se remonta, en esencia, a la Revolución Francesa de 1789. Así, el artículo IV de este documento, precisó que “[l]a libertad política consiste



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley". No es casual que sea la ley la fuente del derecho electa para contener los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que uno de los aportes de las revoluciones atlánticas fue precisamente el de la soberanía de la nación, lo cual tenía como corolario la idea que los poderes públicos debían encontrarse subordinados a ella. De este modo, no podían ser las autoridades gubernamentales las que, por su libre capricho, establecieran restricciones a las libertades que el mismo titular de la soberanía no hubiese consentido, por lo que la ley, que es el principal producto de los representantes de la nación, se constituyó como un instrumento de garantía frente a la arbitrariedad.

Evidentemente, muchas cosas han cambiado desde entonces. Ya en nuestra jurisprudencia -y como correctamente se ha puntualizado en la sentencia-, se ha validado, por ejemplo, que los decretos legislativos también pueden cumplir con esta misma finalidad, ya que los mismos garantizan la participación del Congreso de la República a través del denominado control político. Sin embargo, estos progresos, necesarios en las sociedades actuales, no nos pueden conducir a vaciar de contenido a esta garantía. Es por ello que la idea de la participación del Congreso en la configuración de las limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales debe ir de la mano con la claridad y precisión en el desarrollo de esta labor. Esto puede evitar que las personas se vean forzadas a acudir a procesos judiciales para reclamar los derechos que, en realidad, siempre tuvieron. Y también supone, desde luego, una forma de legitimación de las autoridades públicas.

En el caso particular del acceso a la información pública, ello es aun más necesario por el importante rol que este derecho desempeña en las sociedades democráticas. Como lo ha expuesto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

[e]l acceso a la información es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía. Esta tarea, importante para todas las democracias del hemisferio, es particularmente crucial para muchas sociedades de las Américas que, en las últimas décadas, han consolidado sistemas democráticos cada vez más asentados y robustos gracias a la activa participación de sus ciudadanos y ciudadanas en asuntos de interés público [Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. OEA/Ser.L/V/II, Informe de 30 de diciembre de 2009, pág. ix].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



Otro bien jurídico de relevancia constitucional que se fomenta con la protección del derecho de acceso a la información es el principio de transparencia, el cual garantiza que tanto el gobierno como distintas entidades estatales reflejen probidad y responsabilidad en el ejercicio de sus respectivas gestiones. En este sentido, por ejemplo, la Carta Democrática Interamericana resalta que existen diversos componentes fundamentales para el ejercicio de la democracia, entre los que se encuentran “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública” (Artículo 4). Se genera, en consecuencia, una tríada indispensable en cualquier sociedad democrática: democracia, acceso a la información, y transparencia.

De ahí que las limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública no deben basarse en simples suposiciones o supuestos no comprobados. Parafraseando al *justice* Brennan [New York Times Co. vs. United States, 403 U.S. 713], las restricciones a los derechos fundamentales, como ocurre en el caso del derecho de acceso a la información, no toleran inferencias basadas en simples conjeturas. Hacerlo significaría renunciar a la idea de la fuerza normativa de las libertades fundamentales, pues ellas quedarían en manos exclusivas de las autoridades públicas.

(ii) La “Defensa Nacional” y el acceso a la información pública

No tengo ninguna duda que la información relativa a ciertos aspectos concernientes a la Defensa Nacional no debería ser de sencilla circulación. Sin embargo, de esta afirmación no puede desprenderse la idea de que cualquier calificación estatal de cierta información como “confidencial” o de “seguridad nacional” sea inaccesible para la ciudadanía.

En efecto, no considero que el solo rótulo que una autoridad estatal establezca respecto de la confidencialidad de determinada información sea suficiente para impedir que, a través de una solicitud de acceso a la información pública, algún ciudadano pueda obtenerla. Y, de hecho, existen múltiples ejemplos en los que esta necesidad se ha evidenciado. Por ejemplo, en el *leading case* relacionado con los “Papeles del Pentágono” (*Pentagon Papers*), la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos tuvo que conocer una demanda respecto de una publicación en un conocido diario sobre información vinculada con la Guerra de Vietnam. En aquella oportunidad, se había calificado a dicha información como “confidencial”, debido a que se relacionaba con el accionar de las Fuerzas Armadas y la realización de ciertas operaciones de inteligencia. Por ello, esto fue empleado como argumento para solicitar que la información publicada en los diarios sea eliminada. Sin embargo, con bastante criterio, la Corte Suprema comprendió que, en muchos casos, los aspectos concernientes a las labores realizadas por las Fuerzas Armadas son de interés nacional, ya que por lo general se involucran con el empleo del tesoro público.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, tampoco podemos negar que el cuestionamiento mismo de la labor de las Fuerzas Armadas podría legitimar el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía. Esta situación, aunque excepcional, puede legitimar a una persona a solicitar a las autoridades respectivas el acceso a información relevante para resolver un proceso. Un claro ejemplo de esta necesidad se advirtió en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. En aquella oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que “las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendiente”.

Todo lo anterior genera la obligación, en manos especialmente de las autoridades administrativas, de analizar con suma prolijidad las solicitudes presentadas por la ciudadanía, sobre todo cuando confluyen razones especiales para su admisión. Es importante recordar que, en no pocos casos, esta información puede ser relevante para esclarecer cualquier clase de imputación. De este modo, el acceso a la información de las entidades vinculadas con la Defensa Nacional no solo favorece al administrado mismo, sino también a la propia administración pública, pues le permite deslindar cualquier clase de acusación que pueda formularse en su contra.

(iii) Consideraciones finales

Por todo lo expuesto, deseo reafirmar que el acceso a la información pública legitima a la propia administración, pues la pone en una relación de cercanía con los administrados. Del mismo modo, promueve el principio de transparencia, el cual debe guiar el accionar de todo funcionario y servidor público.

Por ello, dejar en manos de las autoridades administrativas la configuración de los derechos fundamentales supone un serio riesgo en el contexto de una sociedad democrática, pues dejaría un peligroso margen de discreción para rechazar las solicitudes de acceso a la información que pudieran formularse. Soy de la idea que, mientras más transparente sea el Estado, mayor será la confianza de la ciudadanía en sus autoridades, cuestión indispensable para el progreso y desarrollo.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00005-2013-PI/TC
CASO "ACCESO A LA INFORMACIÓN DEL
SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL"

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto pero considero pertinente señalar lo siguiente:

Sobre el control de la discrecionalidad administrativa

1. Como bien señala ponencia, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 ha sufrido una modificación en su redacción, por lo que ahora señala que el acceso a la información o documentación referida a la Seguridad y Defensa Nacional se regirá, a partir de la reforma que se introdujo mediante el Decreto Legislativo 1353, por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Sin embargo, añade un indeterminado margen de discrecionalidad para decidir si esas reglas resultan de aplicación en cada caso.
2. Al respecto, resulta pertinente precisar que las facultades que, en general, tienen las entidades públicas no pueden ser absolutas, pues aunque contienen cierto margen de discrecionalidad, no pueden llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcional que se ajuste a los fines que persigue.
3. De ello se desprende, como resulta lógico, que el margen de discrecionalidad del que se dispone en sede administrativa puede estar sujeto, indefectiblemente, a controles por parte de la judicatura constitucional. Ello sin perjuicio de las técnicas usadas para el control de la discrecionalidad administrativa como son el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control sobre los elementos reglados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, la suspensión del respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho, y el seguimiento para preservar la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración.

Sobre la importancia de la convencionalización del Derecho y su cabal entendimiento

4. De otro lado, y a propósito de las referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el presente caso, consideramos que comprender la actuación del juez constitucional desde el parámetro de una Constitución "convencionalizada", o dicho con otras palabras, dentro de una lógica de "convencionalización del Derecho", resulta insoslayable. Y es que en contextos como el latinoamericano la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00005-2013-PI/TC
CASO "ACCESO A LA INFORMACIÓN DEL
SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL"

5. Así, la apuesta por la "convencionalización del Derecho" permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.
6. Ahora bien, es también pertinente indicar que esta "convencionalización del Derecho" se extiende más allá del circuito interamericano de protección de derechos humanos, esto es, no se agotan en el respeto de lo previsto en la Convención Americana o en la interpretación vinculante que de dicha Convención desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comprende, además, a los tratados internacionales y las distintas convenciones suscritas por los Estados (en este caso, el Convenio 87 de las OIT), la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens*. Todo ello sin que se deje de reconocer en modo alguno la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común de protección de derechos.
7. Finalmente, no debe olvidarse que todo esto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como "concretización", por lo que la dinámica aquí señalada le permite al juez o jueza constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como "principalista", o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.
8. Siendo así, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho Común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas que se presentan en la realidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXPEDIENTE 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No estoy de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia emitida en autos.

La norma cuestionada en este caso se encuentra derogada.

En el presente caso, la Defensoría del Pueblo solicitó que se declare inconstitucional la versión original del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, que regula el Sistema de Defensa Nacional, cuyo texto era el siguiente:

Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen las deliberaciones sostenidas en las sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, son de carácter secreto.

La demanda se sustentó, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

Primer Argumento	El artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 es inconstitucional por la forma por exceder el ámbito de las facultades legislativas delgadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley 29915.
Segundo Argumento	La disposición impugnada es inconstitucional por la forma pues, a través de ella, se limita gravemente el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública mediante una fuente formal de derecho prohibida (decreto legislativo). En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia, la doctrina y la legislación comparada "(...) sólo pueden afectarse derechos fundamentales a través de una ley ordinaria formal dada por el Parlamento y no mediante cualquier norma con rango legal" (fojas 10 del Cuaderno del TC)
Tercer Argumento	La disposición impugnada es inconstitucional por el fondo porque anula el derecho fundamental de acceso a la información pública al establecer "como regla absoluta que toda la información que se genera en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional es secreta, esto es, que no podrá ser conocida por las personas" (fojas 17 del Cuaderno del TC). Dicha regla, por demás, contraviene los principios de máxima publicidad e irreversibilidad de los derechos fundamentales así como lo señalado por la jurisprudencia nacional e internacional y por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos.

Sin embargo, durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad, la disposición impugnada fue sustituida por la quinta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo 1353, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2017. La nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 señala lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXPEDIENTE 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen deliberaciones sostenidas en sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, se rigen por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuanto a su difusión, acceso público y excepciones, en cuanto resulten aplicables.

Dicha modificación entró en vigencia el 16 de setiembre de 2017; esto es, el día siguiente a la publicación en el diario oficial *El Peruano* del Decreto Supremo 019-2017-JUS que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo 1353.

Por tanto, a la fecha, la disposición cuestionada mediante la demanda de inconstitucionalidad se encuentra derogada.

Mi discrepancia con la sentencia en mayoría

Así las cosas, en principio, correspondería declarar improcedente la demanda por haberse producido la sustracción de la materia justiciable —máxime si, en el presente caso, no se ha demostrado que existan situaciones jurídicas en las que la norma derogada continúe desplegando sus efectos.

Sin embargo, la sentencia en mayoría opta por pronunciarse sobre la constitucionalidad de la nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129; esto es, sobre una norma que jamás fue cuestionada en la demanda. Al respecto, los fundamentos 7 y 8 de la sentencia señalan lo siguiente:

7. En tal sentido, si nos atenemos a que el aludido artículo 12 del Decreto legislativo 1129 se mantiene vigente, aunque con una nueva redacción en algunos extremos, y dado que la disputa sobre la constitucionalidad del aludido artículo se circunscribía a determinar si tal disposición había vulnerado el derecho fundamental de acceso a la información pública al haber desconocido los criterios existentes para limitarlo, además de haberse afectado el principio de máxima publicidad, a criterio de este Tribunal, dicho cuestionamiento no se ha despejado con la expedición de las modificaciones introducidas por la nueva versión.
8. Por ello, este Tribunal estima que *cabe extender el pronunciamiento a la nueva disposición por razón de identidad*, en tanto que el contenido presuntamente inconstitucional, cuestionado en el texto original del artículo 12 del Decreto legislativo 1129, podría derivarse de su modificatoria (énfasis agregado).

Empero, dicha interpretación no se sostiene porque los vicios de constitucionalidad denunciados por la actora no pueden extrapolarse a la versión vigente del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXPEDIENTE 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- El **primer argumento** de la demanda no puede emplearse para cuestionar la nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129. Dicha norma fue aprobada mediante la quinta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo 1353, emitido por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades legislativas delegadas mediante la Ley 30506. En consecuencia, las alegaciones de la Defensoría del Pueblo referidas a los límites de las facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley 29915 han dejado de ser pertinentes;
- El **segundo argumento** de la demanda tampoco resulta pertinente pues la nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 no reproduce la *grave limitación* al derecho fundamental de acceso a la información pública denunciado originalmente por la actora. En efecto, la norma vigente ya no califica como *secreta* la información que “se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional”; únicamente señala que ésta se rige por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en la medida en que resulte aplicable; y,
- Finalmente, el **tercer argumento** de la demanda tampoco justifica emitir un pronunciamiento de fondo pues la nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129 no califica como secreta, de manera absoluta, toda la información que “se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional”; únicamente, señala que ésta se rige por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en la medida en que resulte aplicable.

En ciertos casos, este Tribunal Constitucional puede hacer uso de los principios de suplencia de queja o *iura novit curia* para subsanar algunas deficiencias en las que hubieran incurrido las partes procesales al presentar su caso.

Sin embargo, estos principios no autorizan a este Tribunal Constitucional a reinterpretar totalmente una *litis* de manera tal que se redefina la controversia sobre la base de argumentos nunca expresados en la demanda (modificación de la *causa petendi*) con finalidad de viabilizar un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una norma jamás cuestionada por la parte actora (modificación del *petitum*).

En ocasiones, puede ser aceptable interpretar una *litis* a la luz de los principios de suplencia de queja o *iura novit curia*, pero no transformarla en una controversia completamente distinta en la vía interpretativa, como ocurre en el presente caso.

Además, este Tribunal debe recordar que, en nuestro ordenamiento constitucional, el control concentrado de las normas con rango de ley no se realiza de oficio sino



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXPEDIENTE 0005-2013-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

únicamente a pedido de los sujetos legitimados enumerados en el artículo 203 de la Constitución.

Por tanto, al resolver procesos de inconstitucionalidad, no es posible resolver controversias que no hayan sido planteadas por los sujetos debidamente legitimados para hacerlo.

A la luz de todo lo expuesto, en la medida en que la norma cuestionada en la demanda ha sido derogada y los agravios denunciados por la actora no pueden trasladarse a la nueva versión del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda por haberse producido la sustracción de la materia justiciable.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL