

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PERUANO

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE PRINCIPLE OF CONFIDENTIALITY AND ITS REGULATION IN PERUVIAN ADMINISTRATIVE LAW

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE E SUA REGULAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO PERUANO

Alex Junior Ríos Rengifo

Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Iquitos, Perú

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1960-021x>

alex1528161@gmail.com

Resumen

El presente artículo aborda la problemática existente en el Perú acerca del uso desmedido del derecho de acceso a la información pública y el perjuicio asociado a la confidencialidad, que a menudo se relaciona con la corrupción en la administración pública. Posteriormente, se realiza un estudio sobre la confidencialidad desde su acepción más amplia y se determina cómo está regulada en el ordenamiento jurídico peruano, con un enfoque constitucional y administrativo. Finalmente, se destaca la importancia de la confidencialidad en la administración pública y la necesidad de que sea regulada como un principio en el ordenamiento jurídico peruano.

Palabras clave: confidencialidad, transparencia, información, contrataciones.



Abstract

The present article addresses the issue in Peru regarding the excessive use of the right to access public information and the prejudice associated with confidentiality, which is often linked to corruption in public administration. Subsequently, a study on confidentiality is conducted from its broadest definition, and it is determined how it is regulated in the Peruvian legal system, with a constitutional and administrative approach. Finally, the importance of confidentiality in public administration is highlighted, as well as the need for it to be regulated as a principle in the Peruvian legal system.

Keywords: confidentiality, transparency, information, contracts.

Resumo

O presente artigo aborda a problemática existente no Peru acerca do uso excessivo do direito de acesso à informação pública e o preconceito associado à confidencialidade, que muitas vezes é relacionada à corrupção na administração pública. Posteriormente, realiza-se um estudo sobre a confidencialidade em sua acepção mais ampla e determina-se como está regulada no ordenamento jurídico peruano, com um enfoque constitucional e administrativo. Finalmente, destaca-se a importância da confidencialidade na administração pública e a necessidade de que seja regulada como um princípio no ordenamento jurídico peruano.

Palavras-chave: confidencialidade, transparência, informação, contratos.

1. Introducción

La confidencialidad debe entenderse desde su acepción más amplia, es decir, en su naturaleza más pura, para identificar con qué figura jurídica está íntimamente relacionada. En este contexto, se la comprende como una acción, potestad o disciplina que busca proteger la información y restringir su acceso bajo ciertas circunstancias específicas, además de que permite mantener en reserva o en secreto ciertos datos.

Al respecto, dentro de la legislación española encontramos la regulación de la confidencialidad como principio, de manera que el artículo 2 literal e) de la Ley de mediación en el ámbito familiar indica lo siguiente: «Confidenciali-

dad: el mediador o la mediadora y la parte familiar en conflicto tienen el deber de mantener la reserva sobre los hechos conocidos»¹, asimismo, el artículo 7 de la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado regula la confidencialidad en el sentido que «todas las personas (...) están obligadas a la confidencialidad por el secreto profesional. Las actas (...) tienen carácter reservado»².

En el ámbito jurídico, la confidencialidad se define como la acción de abstenerse de divulgar, revelar o utilizar datos, hechos, información, documentos u objetos. Esta obligación de no revelar por parte del sujeto se relaciona con las figuras jurídicas del secreto y la reserva, aunque no compartan la misma naturaleza conceptual.

Por otro lado, la confidencialidad de la información ha sido vista históricamente con reserva. Hoy en día, persiste el prejuicio de que fomenta el ocultismo y, en consecuencia, promueve la corrupción. Esta percepción ha limitado su tratamiento y estudio en el ámbito jurídico. Sin embargo, se pueden identificar manifestaciones de la confidencialidad en ciertos dispositivos legales, aunque en su mayoría de manera implícita.

Es importante señalar que el Perú implementó una Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción mediante Decreto Supremo n.º 092-2017-PCM, la cual establece que «la transparencia de la información es una iniciativa que permite el desarrollo de un gobierno abierto que promueve una relación horizontal entre el gobierno y la ciudadanía, para la prevención, y lucha contra la corrupción»³. Asimismo, cuenta con una regulación sobre la protección de datos personales, transparencia y acceso a la información pública, por lo que resulta pertinente estudiar la institución jurídica de la confidencialidad de la información y su influencia en la administración pública.

Por lo tanto, el objetivo del presente artículo es analizar la constitucionalización del principio de confidencialidad, así como su evolución y regulación en el derecho administrativo.

En este estudio se llevará a cabo un análisis detallado de la confidencialidad para determinar cómo su regulación fortalecerá los procedimientos ad-

1 Artículo 2 literal e) de la Ley 14/2010, Ley de mediación familiar, del 19 de enero de 2011.

2 Artículo 7 numerales 2 y 3 de la Ley 15/2009, Ley de mediación en el ámbito del derecho privado, del 17 de agosto de 2009.

3 CAN, *Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción* (Lima: Coordinación General de la CAN, 2017), 40. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/212009-092-2017-pcm>

ministrativos, el acceso a la información y las contrataciones del Estado en el Perú.

Aunado a ello, en esta realidad las entidades públicas utilizan la tecnología para transparentar la información; sin embargo, todo tiene su límite, ya que algunas, por su propia naturaleza, son confidenciales. En ese sentido, es importante generar criterios jurídicos valorativos para establecer directrices que determinen la confidencialidad de la información.

Actualmente, en el Perú, la Ley 29733 regula la confidencialidad de datos personales; no obstante, carece de un desarrollo normativo que delimite su contenido y alcances. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la protección de datos personales, reconocida en el inciso 6) del artículo 2 de la Constitución, salvaguarda el derecho a la autodeterminación informativa. Esto comprende la capacidad de exigir jurisdiccionalmente el acceso a los registros de información, ya sean computarizados o no, en los que se encuentren almacenados los datos de un individuo. Empero, su aplicación se limitaría solo al registro de base de datos de las personas.

En consecuencia, la ausencia de una ley que regule los criterios de la confidencialidad en los expedientes judiciales genera confusión y abusos en el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. Esta situación es especialmente relevante para el Poder Judicial, el cual no posee una normativa que determine los casos en los que un expediente judicial debe ser considerado reservado o confidencial. Lo mismo sucede en las contrataciones del Estado.

Ante esa problemática, es crucial contribuir al estudio de la confidencialidad como una institución jurídica que pueda ser regulada en cualquier materia, sin que exista el temor o prejuicio de que su regulación afecte los derechos fundamentales o promueva la corrupción.

Finalmente, es importante resaltar que todo derecho debe manejarse en equilibrio. En el caso del Perú, se ha observado un mayor énfasis en fomentar el derecho de acceso a la información sin prever que esto puede ocasionar un uso desmedido del mismo y, en consecuencia, afectar derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

2. La confidencialidad en la Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú de 1993 contiene una parte dogmática que aborda los principios y derechos fundamentales de la persona, así como con

las garantías individuales. Además, desarrolla una parte orgánica que regula la estructura del Estado peruano, haciendo hincapié en la organización de sus poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y la integración y funcionamiento de sus entes autónomos. Asimismo, regula el sistema económico por el cual se rige el Estado peruano.

De esa manera, la Constitución Política del Perú vigente establece en su artículo 2 inciso 5) lo siguiente: «Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional»⁴. En el segundo párrafo del mismo inciso se protege el derecho de todo ciudadano peruano a la confidencialidad de su información bancaria, mediante la regulación del secreto bancario.

Una situación similar se presenta en el inciso 6), al disponer que no se puede suministrar información que afecte la intimidad de una persona. Del mismo modo, el inciso 10) regula el «secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados»⁵. Es más, establece que cuando un juez ordena la incautación, interceptación o apertura de la comunicación, se debe «guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen»⁶. De igual forma, el inciso 18) regula el secreto profesional, y el artículo 31 regula el voto secreto.

Lo esgrimido en líneas precedentes debe ser entendido como manifestaciones constitucionales que limitan el acceso a la información.

Ciertamente, la Constitución Política del Perú posee un rol protector, ya que resguarda los datos de una persona en situaciones particulares, a través del secreto, la excepción, la limitación o restricción de datos, pero no de manera directa y/o expresa a través de la confidencialidad propiamente dicha. Empero, dentro de todo este compendio de regulaciones que establece nuestra carta fundamental, no se ha encontrado ningún artículo que reconozca de manera literal y explícita la confidencialidad de la información; sin embargo, eso no impide su reconocimiento implícito y su invocación o aplicación.

El artículo 3 indica que «la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre»⁷. Este aparta-

4 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2 inciso 5), párrafo 1.

5 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2 inciso 10).

6 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2 inciso 10), párrafo 1.

7 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 3.

do permite invocar el derecho a la confidencialidad y aplicarlo dentro del territorio peruano; por esa razón, la referida carta magna regula implícitamente este derecho.

3. La confidencialidad en el derecho administrativo

El Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, regula las actuaciones de la función administrativa y el procedimiento administrativo común y especial, desarrollados en las entidades del Estado peruano.

En él se establecen 19 principios que se utilizan y aplican dentro de los procedimientos administrativos. Uno en particular, el principio de acceso permanente, guarda relación con la confidencialidad, toda vez que señala lo siguiente: «La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado»⁸. Este principio básicamente consiste en evitar la formalidad del acceso a la información del administrado para no causarle indefensión. Del mismo modo, genera una obligación al Estado de mantener informado o poner en conocimiento al administrado sobre el estado de la tramitación de su procedimiento.

Algo que se debe precisar de este principio es que, si bien promueve el acceso a la información, este solo permite la entrada a los administrados que son parte de un procedimiento administrativo específico. Por otro lado, restringe el ingreso a otros individuos ajenos al procedimiento, con la finalidad de que no cualquier persona pueda acceder a ella. Desde luego, estamos frente a una de las formas de manifestación de la confidencialidad en el derecho administrativo.

Siguiendo ese orden de ideas, el artículo 171 regula y establece quiénes tienen autorización para consultar el expediente que se genera por el inicio de un procedimiento administrativo, y solo los administrados, sus represen-

8 Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*, 2.ª ed. (Lima: 2021), artículo IV, procedimiento 1.19. https://www.minedu.gob.pe/transparencia/2021/pdf/TUO_27444-PROCED_ADMINISTRA-Final.pdf

tantes o sus abogados pueden revisarlo en cualquier momento de su trámite. A pesar de ello, restringe, limita o prohíbe el acceso a información que pueda afectar la intimidad personal, familiar y la que expresamente se excluya por ley o por la Constitución Política del Perú. Es decir, este mismo artículo determina y define algunas excepciones por las cuales no se tendría permiso para consultar la información contenida de un expediente administrativo. Si se aplicara supletoriamente el Código Procesal Civil, observamos que el artículo 138 establece algo similar, al manifestar que las partes, sus apoderados o sus abogados pueden examinar los expedientes judiciales.

Por otra parte, el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 regula las faltas administrativas y sanciona aquellos casos en los que se difunde, de cualquier modo, o se permite el acceso a la información confidencial mencionada en el numeral 171.1 de TUO. Ante ello, se está frente a un dispositivo legal que regula de manera directa la confidencialidad y sanciona expresamente su vulneración. Hubiera sido ideal que se regule la confidencialidad como un principio del derecho administrativo; sin embargo, se considera y supone que el legislador no optó por esa opción por temor a atentar contra el derecho de acceso a la información, el principio de publicidad y la transparencia.

No obstante, la Ley 29733, Ley de protección de datos personales, regula la confidencialidad de la información destinada a formar parte de un banco de datos de una entidad, así como de la que ya se encuentra en uno, tal como lo establece el artículo 3 de su reglamento. En ese sentido, su ámbito de aplicación resulta limitado solamente a los registros, como el Registro de Jurisprudencia, entre otros.

Si bien esta ley señala que la titularidad del banco de datos personales de la administración pública⁹ le corresponde a una entidad pública, al mismo tiempo define al dato personal como toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados¹⁰. Posteriormente, indica que los datos sensibles son aquellos constituidos por información biométrica que por sí misma puede identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual¹¹.

9 Artículo 2 inciso 3) de la Ley 29733, Ley de protección de datos personales.

10 Artículo 2 inciso 4) de la Ley 29733.

11 Artículo 2 inciso 5) de la Ley 29733.

Al respecto, debe entenderse que la información a la que hace referencia este cuerpo normativo se encuentra destinada a ser incluida en un banco de datos personales de una entidad o ya pertenece a uno.

Desde una interpretación extensiva, la Ley 29733 permite, implícitamente, que los expedientes judiciales tengan carácter confidencial, toda vez que no están incluidos en un banco de datos y su regulación señala que solo las partes pueden tener acceso a ellos. Lo que sí pudiera ser considerado dentro del ámbito de aplicación de la referida ley son los registros de expedientes judiciales, que son un documento distinto al propio expediente judicial.

Los registros de expedientes judiciales son documentos que contienen información personal de las partes procesales recopiladas dentro del ejercicio de las funciones del Poder Judicial y que se encuentran en un banco de datos.

Finalmente, es válido señalar que este cuerpo normativo genera fundamentos jurídicos para regular la confidencialidad de la información en la Constitución Política del Perú y la confidencialidad de los expedientes judiciales.

4. Regulación del principio de confidencialidad en la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general

Los principios, según Díaz, «son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria»¹². Del mismo modo, García manifiesta que «son las líneas directrices, las líneas fundamentales, los hilos conductores que dan sistema al conjunto de instituciones que integran el Derecho privado o, en sentido más amplio, el total del ordenamiento jurídico»¹³.

Desde una óptica jurídica, los principios pueden ser definidos como reglas elementales que regulan y aclaran el funcionamiento de un determinado proceso o procedimiento, ante la existencia de vacíos legales, lagunas jurídicas, oscuridad o ambigüedad. Además, asumen funciones de fundamento y orientación para una mejor interpretación de una norma, pudiendo ser de

12 José María Díaz Couselo, *Los principios generales del Derecho* (Buenos Aires: Plus Ultra, 1971), 79.

13 Manuel García Amigo, *Instituciones de derecho civil* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979), 175.

carácter sustantivo o adjetivo. En el primer caso, se orientan hacia una actividad específica, mientras que, en el segundo, se relacionan con aspectos procedimentales.

En cuanto al principio de confidencialidad, es necesario comprender cómo será utilizado y aplicado para determinar si se tratará de un principio de carácter sustantivo o adjetivo. Respecto a su utilidad, busca prevenir el acceso no autorizado de cierta información producida por una persona natural o jurídica, protegiendo así la confidencialidad. Este principio genera un deber y una obligación de mantener en secreto los datos mencionados.

Desde un aspecto subjetivo, aquellos que participan en un proceso o han estado involucrados en alguna de sus etapas asumen el deber de mantener en reserva o en secreto la información (secreto profesional). Desde un punto de vista objetivo, existe el deber de mantener en secreto cualquier información, materia, hecho, documentación o cuestión que se haya tratado o se trate durante el proceso, sin límite de tiempo.

Respecto a su aplicación, la confidencialidad protege la información de aquellos individuos que no forman parte de una relación procesal, lo que lo convierte en un principio de naturaleza sustantiva con características subjetivas y objetivas.

Lo mencionado hasta aquí supone que este principio garantiza la protección de la información proporcionada en un proceso hasta que este concluya definitivamente. Esta garantía implica limitar el acceso a esta información durante un intervalo de tiempo.

Sin embargo, no es un principio absoluto, pues en determinadas situaciones la información confidencial puede ser revelada. Los límites de la confidencialidad están regulados por la Constitución, la ley, los reglamentos institucionales o las relaciones profesionales pertinentes.

Como resultado del análisis realizado en la Constitución Política del Perú y en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, se propone que la confidencialidad sea regulada como principio en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, de la siguiente manera:

Tabla 1. Regulación del principio de confidencialidad en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
(...) 1.20. La información producida o generada en cualquier soporte (físico, digital, etc.) y que haya sido incluida legalmente dentro de un proceso será de carácter confidencial mientras el proceso no haya concluido definitivamente. Sólo las personas (naturales o jurídicas) que participan en el proceso tendrán acceso al expediente y a la información que ahí se tenga y a mantener la confidencialidad de la misma, mientras dicho proceso no haya concluido definitivamente. Concluido definitivamente el proceso, cualquier persona podrá tener acceso al expediente y a la información que ahí se tenga, siempre que no se vulneren derechos fundamentales, y la Constitución y la ley lo permitan.

Fuente: Adaptado del artículo IV del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS.

En definitiva, este concepto delimita el ámbito de aplicación de la confidencialidad y divide al proceso en dos estados: en trámite y concluido. Cuando un proceso se encuentra en trámite, la información producida o incluida adquiere un valor relativo; sin embargo, cuando un proceso se encuentra concluido definitivamente, la información producida o incluida adopta un valor absoluto, porque ya ha sido utilizada para resolver el proceso. En ese sentido, la confidencialidad solo se aplicaría en el primer caso. Además, permite identificar a los sujetos que pueden acceder a la información confidencial dentro de un proceso y aquellos que no pueden hacerlo. Y al no ser un principio de naturaleza absoluta, promueve el derecho de acceso a la información.

Dado que, al regularse de la forma indicada en líneas precedentes, se permitirá generar una obligación de mantener en secreto la información por un periodo de tiempo, y un deber de difundirla posteriormente, siempre que las condiciones, la Constitución y la ley lo permitan.

No hay duda de que el concepto construido sobre el principio de confidencialidad mantiene un equilibrio entre el derecho de protección de la información y el derecho de acceso a la información. Esta armonía impide que se generen antinomias jurídicas, por lo que dicha propuesta acerca del principio de confidencialidad podría ser bien incluida dentro del Texto Único Ordenado de la Ley 27444.

5. Regulación del principio de confidencialidad en la Ley de transparencia y acceso a la información

En cuanto a la Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información, su objetivo es impulsar la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

A pesar de ello, establece excepciones al ejercicio de este derecho, las cuales se encuentran en los artículos 15, 16 y 17. Estas salvedades permiten comprender que la información secreta, clasificada y confidencial no puede ser de acceso público. De esta manera, se advierte que el derecho de acceso a la información pública tampoco es un derecho absoluto. Resoluta lógico que, al no tratarse de un derecho absoluto, permite la regulación de la confidencialidad como principio.

La confidencialidad permitirá una mejor regulación de la Ley de transparencia y acceso a la información y definirá de manera precisa los datos de acceso público. La definición regulada en el artículo 10 de la referida ley es muy genérica, lo que fomenta un abuso indiscriminado del derecho de acceso a la información, al no establecer una correcta limitación de los datos públicos.

Lo advertido en el párrafo anterior cobra relevancia en el sentido estricto de la palabra, ya que no se especifica en qué etapa del procedimiento administrativo un documento adquiere la naturaleza pública. Ante ello, es importante cuestionar lo siguiente: ¿Una persona puede solicitar información de un expediente administrativo en trámite o resuelto definitivamente? ¿La entidad puede otorgar acceso a la información de un procedimiento administrativo en trámite?

Respecto a la primera pregunta, con la regulación actual, toda persona puede solicitar información en cualquier momento. En cuanto a la segunda, aunque el literal f) del artículo 15 de la Ley 27806 señala que el derecho de acceso a la información no podrá ser ejercido cuando «la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública»¹⁴, es necesario que la entidad evalúe la solicitud y determine si el pedido procede o no. Sin embargo, cuando la entidad

14 Artículo 15 literal f) de la Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información, del 14 de setiembre de 2011.

deniega el acceso a la información, el administrado puede recurrir al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información. En muchos casos, dicho tribunal difiere de los fundamentos de la entidad, por lo que otorga la razón al administrado y obliga a la entidad a entregar los documentos.

Si bien existen lineamientos generales que ayudan a los servidores públicos a resolver los pedidos de acceso a la información, no hay criterios jurídicos uniformes que definan y apliquen claramente el concepto de información pública. Asimismo, tampoco hay un tratamiento adecuado para uniformizar criterios que permitan aplicar el principio de confidencialidad en estas solicitudes de acceso a la información.

Dado que un proceso administrativo tiene diferentes etapas, el acceso a la información y la confidencialidad deberían regularse de acuerdo con esas etapas. Bajo ese enfoque, la regla general sería que la documentación¹⁵ administrativa en trámite debe ser confidencial, mientras que tanto la documentación administrativa resuelta definitivamente como el expediente administrativo que ha concluido de manera definitiva deberán ser de acceso público, siempre que la Constitución y la ley lo permitan. Este enfoque permitirá estandarizar criterios jurídicos en los pronunciamientos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Se hace énfasis en lo expuesto en líneas precedentes porque el derecho absoluto y los vacíos legales generan retrasos en la administración pública, inseguridad jurídica, abuso indiscriminado del derecho y situaciones que promueven la corrupción en las entidades públicas.

El tratamiento que se le dio y se sigue dando al principio de confidencialidad en el Perú es muy limitado y como consecuencia de ello no se ha incluido el referido principio en la Ley 27444 y en su Texto Único Ordenado.

En ese sentido, sería más prudente regular el principio de confidencialidad en la Ley de transparencia y acceso a la información pública de manera más sucinta, para modificar el artículo 15 de dicho dispositivo normativo e incluir una excepción más, conforme se detalla a continuación:

15 El término *documento* debe ser entendido desde su acepción más amplia.

Tabla 2. Propuesta modificatoria

Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública	
Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la siguiente:	
Texto actual	Propuesta modificatoria
f) La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de 6 (seis) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.	f) La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de 6 (seis) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final, siempre que la ley y la Constitución lo permitan.

Fuente: Artículo 15, literal f) de la Ley 27806, 5.

Nota. La negrita es nuestra.

Ello permitirá generar una excepción adicional que regule la confidencialidad de los expedientes judiciales atendiendo a su propia naturaleza, bajo los siguientes términos:

Tabla 3. La confidencialidad del Expediente Judicial

Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública
Propuesta de excepción
Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la siguiente:
(...)
j) La información forme parte de un proceso judicial en trámite o fenecido definitivamente. La exclusión del acceso a la información pública termina cuando la información solicitada recaiga sobre información no personal y/o íntima de funcionarios y/o servidores públicos o personas públicas, siempre que no vulneren sus derechos fundamentales.

Fuente: Adaptado del artículo 15 de la Ley 27806.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, es fundamental destacar que la Ley 27806 regula solamente la información pública de carácter administrativo, tal como lo señala el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información en la Resolución n.º 000191-2021- JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA, donde indica que «se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales»¹⁶. Este enfoque ha generado un vacío legal en el tratamiento de los expedientes judiciales en lo que respecta al acceso a la información. Por tanto, es crucial mencionar que los procesos judiciales generan la creación de expedientes judiciales, los cuales poseen una naturaleza de carácter jurisdiccional y se resuelven mediante resoluciones judiciales. Por tanto, para el acceso a la información, no deben ser analizados ni tratados bajo ninguna circunstancia con los mismos criterios aplicados a un expediente administrativo.

6. Regulación del principio de confidencialidad en la normativa de contrataciones del Estado peruano

Durante las últimas décadas, el Perú ha venido implementando políticas públicas para combatir la corrupción, entre las cuales se encuentra el fortalecimiento del acceso y la transparencia de la información pública. Esta medida otorga a los ciudadanos la facultad de solicitar y obtener la información pública. Sin embargo, también existen parámetros que determinan qué información es pública y cuál es secreta, confidencial o de carácter reservado.

Ante ello, resulta importante desarrollar un análisis de esta institución jurídica para determinar de qué manera el principio de confidencialidad fortalece las contrataciones del Estado peruano y cómo coadyuva al reconocimiento y aplicación de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú. Este análisis permitirá identificar los fundamentos jurídicos que determinan la importancia del principio de confidencialidad.

16 Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información, Resolución n.º 000191- 2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA, del 3 de febrero de 2021.

6.1. Estudio hermenéutico de la confidencialidad en la normativa de las contrataciones con el Estado

En el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, no se regula de manera directa y expresa el principio de confidencialidad. Sin embargo, se pueden observar manifestaciones implícitas de la confidencialidad en algunos principios establecidos en la referida norma.

Dentro de todos los principios que pudieran relacionarse con la información producida dentro de un proceso de contratación pública, se encuentran: i) el principio de integridad, que hace énfasis en la conducta de los participantes en los procesos de contratación; ii) el principio de publicidad, vinculado al deber del Estado de difundir todos los procesos de selección para garantizar la participación de los proveedores; y iii) el principio de transparencia, que, si bien tiene como fin proporcionar la información del proceso de contratación, esta se limita solo a los proveedores que participaron del referido proceso. Además, este principio añade las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico, como las que se regulan en la Ley de transparencia y de acceso a la información pública.

Es evidente que ningún principio haga referencia, expresamente, a la protección o acceso de la información que se produce dentro de los procesos de las contrataciones con el Estado. Esto es relevante dado que se está ante un rubro con altos índices de corrupción, precisamente por la manipulación de datos a través del sistema gestionado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado.

Al respecto, el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), en todas sus versiones, es el medio oficial que permite la realización de transacciones electrónicas, así como el intercambio y difusión de información sobre las contrataciones del Estado en el Perú.

El acceso y uso del Seace está sujeto a las disposiciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF; su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF; y a las normas complementarias que sean aplicables. Asimismo, los términos y condiciones de uso, que se entenderán expresamente aceptados por los proveedores del Estado, árbitros, entidades públicas y otros usuarios autorizados cuando utilicen este sitio web, también regulan su funcionamiento.

Al respecto, se puede entender que la primera manifestación de la confidencialidad se desarrolla de manera implícita a través del principio de transparencia, cuyo último párrafo señala lo siguiente: «Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico»¹⁷.

La expresión «excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico» debe ser entendida en su sentido más amplio. No solamente hace referencia a la Ley de transparencia y acceso a la información pública, donde se establecen claramente las causales o motivos por los cuales una información producida en una entidad del Estado es confidencial, sino también a los pronunciamientos vinculantes del Tribunal de Transparencia y a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, esa línea permite generar una interpretación extensiva que convierte al principio de transparencia en *números aperti*, lo que permite introducir, implícitamente, la confidencialidad en los procesos relacionados con las contrataciones con el Estado.

No obstante, el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, establece en su artículo 46.7 lo siguiente: «La información del Registro Nacional de Proveedores (RNP) es de acceso público, salvo aquella información confidencial de índole tributaria, bancaria o comercial de las personas inscritas»¹⁸.

Del mismo modo, el artículo 49.2, último párrafo, del mismo cuerpo normativo, señala que «deben utilizar las tecnologías necesarias que garanticen (...) la confidencialidad de las ofertas»¹⁹. Lo cual es concordante con el artículo 57.

Ante ello, las ofertas resultan ser confidenciales mientras se encuentren en un proceso de contratación abierta; esto, con la finalidad de garantizar los principios de las contrataciones con el Estado, debidamente señalados e identificados en la Ley de contrataciones con el Estado y su reglamento, los cuales fueron compilados en un Texto Único Ordenado.

Sin embargo, una vez otorgada la buena pro, es decir, cuando el expediente de contratación haya concluido definitivamente, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, tiene la obligación de permitir el acceso a la información contenida en el expediente de

17 Artículo 2 literal c) de la Ley 30225.

18 Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley 30225, artículo 46.7.

19 Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley 30225, artículo 49.2, último párrafo.

contratación, salvo aquella calificada como secreta, confidencial o reservada. No obstante, la norma señala que dicho acceso a la información solamente se otorga a los participantes y postores.

En este contexto, se considera que la norma debería ampliar sus alcances para que cualquier persona tenga acceso a los expedientes de contratación, tal como ocurre con los expedientes judiciales fenecidos. La manera como está redactada genera un abuso del derecho a la confidencialidad de la información pública y, en consecuencia, contraviene la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

Finalmente, la décimo cuarta disposición complementaria final señala que la información contenida en el banco de preguntas utilizado para la rendición del examen para la certificación de los profesionales y técnicos de los órganos encargados de las contrataciones, y en el banco de preguntas para la evaluación de árbitros para su inscripción en el Registro Nacional de Árbitros que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se encuentra sujeta a la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, por calificar como información confidencial, de acuerdo con lo estipulado por el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, aprobado por Decreto Supremo n.º 043-2003-PCM.

Por esa razón, para solicitar una información sobre las contrataciones con el Estado, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) Los documentos deberán ser de acceso público y no encajar en las causales de excepciones establecidas en la Ley de transparencia y acceso a la información pública.
- b) La información solicitada deberá reaar sobre aquellos procesos de contrataciones ya concluidos o fenecidos definitivamente.
- c) Cuestionarse sobre la importancia de la confidencialidad de la información de las contrataciones públicas.

6.2. Importancia de la regulación del principio de confidencialidad en la Ley de contrataciones del Estado peruano

Regular el principio de confidencialidad en la Ley de contrataciones del Estado permitirá establecer criterios jurídicos valorativos acerca de la información producida en los procesos de contrataciones. Además, logrará determinar que la información generada durante un proceso de contratación

no puede ser pública hasta que no se otorgue la buena pro o el proceso no concluya definitivamente.

Es decir, la norma no solo protegerá las ofertas, sino toda la información como una unidad. *A contrario sensu*, logrará determinar que la información producida en un proceso de contratación puede ser de acceso público una vez que se haya otorgado la buena pro o el proceso de contratación haya concluido definitivamente, siempre que no viole la intimidad personal o no se tipifiquen las causales de excepción contenidas en la Ley de transparencia y acceso a la información pública. Esto permitirá definir de manera más precisa los supuestos para identificar el uso desmedido de la información de las contrataciones del Estado y, en consecuencia, aplicar sanciones más drásticas en vía administrativa y penal.

Por otro lado, la regulación del principio de confidencialidad permitirá generar políticas institucionales para combatir la corrupción, fortaleciendo el aspecto ético y moral de los funcionarios y servidores que tienen participación en las contrataciones del Estado.

Además, la Ley de transparencia y acceso a la información pública establece que la información es confidencial cuando así se indique en una ley. Por lo tanto, el principio de confidencialidad no entrará en conflicto con esta ley; por el contrario, la fortalecerá.

En ese sentido, al regularse en la Ley de contrataciones se estaría estableciendo qué documentos son confidenciales, evitando así el uso desmedido de la discrecionalidad al calificar la información solicitada a través de transparencia.

Finalmente, la regulación del principio de confidencialidad también ocasionará que los funcionarios y servidores públicos que utilizan y manejan la información del Seace tengan un mayor conocimiento sobre la protección de la información y las consecuencias de intentar aprovecharse de ella.

Por esa razón, no debe olvidarse que el principio de confidencialidad es una institución jurídica que protege la información o los datos con el objetivo de evitar vulneraciones de derechos fundamentales, tales como la intimidad personal, el debido proceso, entre otros.

6.3. Fundamentos jurídicos que determinan la importancia de la confidencialidad en la Ley de contrataciones con el Estado

Como se puede advertir en el presente artículo, la Ley de contrataciones en el Perú no establece la *confidencialidad* como principio de la contratación del Estado.

Por ello, es pertinente destacar que la confidencialidad es una institución jurídica fundamental que fortalece la lucha contra la corrupción en la esfera de las contrataciones públicas.

En ese sentido, la inclusión del principio de confidencialidad en la Ley de contrataciones del Estado podría mejorar los instrumentos de gestión de las entidades públicas y sobre todo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Ello llevaría a una actualización del código de ética de la referida institución.

Asimismo, con la regulación del principio de confidencialidad en la Ley de contrataciones, se podrían implementar políticas institucionales enfocadas en el cuidado de la información y en la concientización de los servidores públicos sobre el manejo adecuado en las licitaciones. Ello garantizaría contrataciones con fines lícitos, tal como está regulado como un derecho fundamental en el artículo 2 numeral 14 de la Constitución Política del Perú.

Ante ello, es importante señalar que toda persona natural o jurídica tiene el derecho de contratar, y la mala gestión de la información en los procesos de licitación vulnera ese derecho. En estos fundamentos radica la importancia de la confidencialidad en la Ley de contrataciones con el Estado en el Perú.

Finalmente, la regulación del principio de confidencialidad es legalmente viable, toda vez que la propia Ley de transparencia y acceso a la información pública señala que el «derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido cuando cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República»²⁰. Es decir, existe la necesidad de regular el principio de confidencialidad para establecer excepciones al ejercicio del derecho a la información en las contrataciones del Estado.

20 Artículo 15 literal i) de la Ley 27806.

7. Conclusiones

El principio de confidencialidad está reconocido constitucionalmente en el Perú; sin embargo, no ha sido tratado ni estudiado adecuadamente, limitando su aplicación y relacionándolo con la corrupción.

El principio de confidencialidad genera seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico peruano y disminuye el uso excesivo de la discrecionalidad en los trámites de acceso a la información. Esto se debe a que permite establecer criterios jurídicos valorativos que establecen cuándo una información es confidencial en las contrataciones del Estado.

Considerando lo expuesto en el presente artículo, es importante señalar que el principio de confidencialidad puede ser permanente o temporal. Es decir, se puede regular que los documentos producidos en un proceso de contratación sean confidenciales siempre que el proceso de contratación esté abierto. De modo tal, una vez concluido el proceso de contratación, la documentación dejaría de ser confidencial y pasaría a ser de acceso público.

La integridad y el principio de confidencialidad son fundamentales para fortalecer la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas.

Es importante incluir el principio de confidencialidad tanto en la Ley de procedimiento administrativo general como en la Ley de contrataciones del Estado y su reglamento. Asimismo, se debe regular la confidencialidad de los expedientes judiciales a través de criterios jurídicos valorativos.

REFERENCIAS

- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN). *Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción*. Lima: Coordinación General de la CAN, 2017. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/212009-092-2017-pcm>
- Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú de 1993. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2064_5_cpe__ddff_y__principios_ad_jus.pdf
- Díaz Couselo, José María. *Los principios generales del Derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971.
- García Amigo, Manuel. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. 2.ª ed. Lima: 2021. https://www.minedu.gob.pe/transparencia/2021/pdf/TUO_27444-PROCED_ADMINISTRA-Final.pdf

Resoluciones, normas y jurisprudencia

- Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información, del 14 de setiembre de 2011. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/118374-27806>
- Ley 14/2010, Ley de mediación familiar. Boletín Oficial del Estado n.º 16, del 19 de enero de 2011. <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/19/pdfs/BOE-A-2011-976.pdf>
- Ley 15/2009. Ley de mediación en el ámbito del derecho privado. Boletín Oficial del Estado n.º 198, del 17 de agosto de 2009. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-13567>

Alex Junior Ríos Rengifo

Ley 29733. Ley de protección de datos personales (3 de julio de 2011). Normas Legales, Diario Oficial El Peruano. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>

Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (13 de marzo de 2019). Decreto Supremo n.º 082-2019-EF. Normas Legales, Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1749200-1>

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información. Resolución n.º 000191-2021-JUS/TTAIP-SEGUNDA SALA, del 3 de febrero de 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3830137/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20000191-2021-JUS-TTAIP-SEGUNDA%20SALA.pdf.pdf?v=1668181210>

CONFLICTO DE INTERESES

El autor no presenta conflicto de intereses.

FINANCIAMIENTO

Autofinanciado

Trayectoria académica del autor

Alex Junior Ríos Rengifo. Abogado por la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana con estudios profesionales en Derecho Constitucional, Civil, Penal, Administrativo, Archivística y Gestión Pública. Egresado de la maestría en Gestión Pública por la Universidad San Ignacio de Loyola. Asistente de cátedra en el curso de Derecho Procesal Civil y Práctica de Derecho Civil en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, periodo 2020-2021, con reconocimiento por implementar el proceso de eliminación de documentos como política institucional en el Poder Judicial, así como por su destacado y arduo trabajo académico. Presenta un alto interés en la investigación jurídica.