

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**CORREOS ELECTRÓNICOS DE LAS CUENTAS OFICIALES DE LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL
DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Tesis presentada por

MARCO ANTONIO GAMARRA GALINDO

para optar el título de abogado

Asesor:

CÉSAR RODRIGO LANDA ARROYO

Lima, 2018



A mis padres,
por su permanente
cariño y compañía

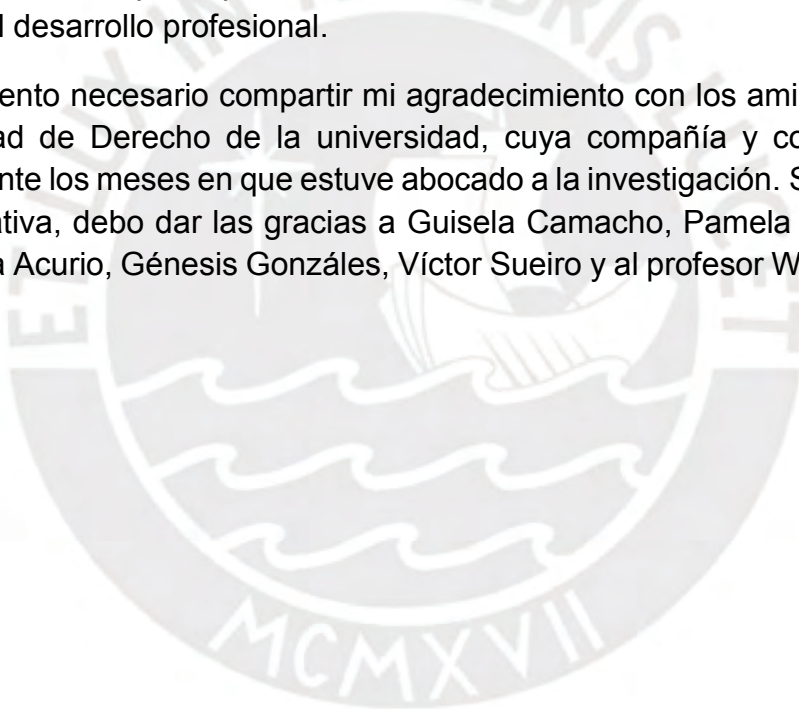
AGRADECIMIENTOS

En la planificación y realización de esta investigación académica he recibido el apoyo de personas e instituciones. Ante todo, debo agradecer a mi asesor, el Doctor César Landa Arroyo, cuya guía y orientación han sido determinantes para la presentación de este trabajo a la sociedad.

Asimismo, debo expresar mi gratitud a la Biblioteca Central “Luis Jaime Cisneros” de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyas colecciones bibliográficas han nutrido notablemente esta tesis. Además, su infraestructura y personal han sido acogedores en el desarrollo cotidiano de este proyecto.

Por otro lado, debo reconocer a mis padres Ronald y Martha y a mi hermana Sandra por su incondicional ayuda en la culminación de este trabajo: sus mensajes de ánimo me recordaron que el proceso de titulación no es un fin en sí mismo sino un medio para el desarrollo profesional.

Por último, siento necesario compartir mi agradecimiento con los amigos y amigas de la Facultad de Derecho de la universidad, cuya compañía y consejo fueron valiosos durante los meses en que estuve abocado a la investigación. Sin establecer una lista taxativa, debo dar las gracias a Guisela Camacho, Pamela Torres, Rosa Lama, Fátima Acurio, Génesis Gonzáles, Víctor Sueiro y al profesor Wilfredo Ardito.



SUMILLA

Este trabajo tiene por objetivo explicar por qué el derecho de acceso a la información pública permite que las personas puedan solicitar y recibir los correos electrónicos de cuentas oficiales de sus servidores públicos. Se parte de la hipótesis de que dicho bien constitucional abarca la facultad subjetiva de acceder a documentación en soporte digital que refleja el desempeño de las autoridades públicas.

Su estudio se justifica porque, en el contexto de la sociedad de la información, el Estado emplea el servicio de correo electrónico para realizar, de manera eficiente, sus funciones y obligaciones, lo cual produce que los órganos públicos posean documentación en buzones institucionales, sobre los cuales los individuos tienen interés en conocer.

Este trabajo se basa en el tratamiento jurídico que el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales proveen, tomando en consideración las respuestas denegatorias de cuatro Ministerios a pedidos ciudadanos de *emails* institucionales, los fallos emitidos por el Poder Judicial y las decisiones administrativas de los órganos garantes del derecho a saber de México y Chile.

Se concluye que el derecho de acceso a la información pública asegura la apertura de correos de cuentas oficiales de funcionarios públicos porque estos documentos se hallan bajo su posesión (criterio que permite optimizar los fundamentos de dicho derecho) y porque toda información bajo tenencia de órganos públicos le pertenece a la sociedad, en tanto el poder que titularizan (que les permite conocer información) debe ejercerse en favor de principios y derechos fundamentales (dignidad, transparencia y Estado democrático).

En tanto el derecho a saber no es absoluto, la entrega de *emails* oficiales puede estar sujeta al régimen de excepciones. De este modo, a la luz del test de proporcionalidad, las autoridades podrán denegar la apertura de dicha documentación para tutelar otros bienes legítimos como el de intimidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I. CARACTERÍSTICAS DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	1
1.1. La incorporación del servicio de correo electrónico en los órganos estatales para la realización de funciones públicas	1
1.1.1. La sociedad de la información: el internet y el correo electrónico ...	2
1.1.2. El impacto del internet y del correo electrónico en el ejercicio de los derechos fundamentales	7
1.1.3. El correo electrónico como herramienta tecnológica para potenciar el derecho de acceso a la información pública en el Estado	13
1.2. El tratamiento jurídico de los correos electrónicos en el Estado como documentos que registran datos y actividades sobre la función pública ...	24
1.2.1. La definición y clasificación de documentos	24
1.2.2. La calificación de los documentos bajo posesión del Estado como información pública	27
1.2.3. La obligación del Estado de conservar los documentos bajo su control	29
CAPÍTULO II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	36
2.1. Aspectos del derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico peruano	36
2.1.1. Definición	40
2.1.2. Fundamentos	45
2.1.2.1. Principio de dignidad	46
2.1.2.2. Principio de transparencia	48
2.1.2.3. Principio democrático	53
2.1.3. Naturaleza jurídica	57
2.1.3.1. Derecho fundamental	57
2.1.3.2. Derecho autónomo	58

2.1.4. Ámbito subjetivo	60
2.1.5. Alcances	63
2.1.5.1. Dimensión individual	63
2.1.5.2. Dimensión colectiva	64
2.1.6. Objeto del derecho	66
2.1.7. Contenido constitucionalmente protegido	76
2.2. Los correos electrónicos depositados en cuentas institucionales de funcionarios públicos como ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública	80
2.2.1. Se trata de información que se encuentra bajo la posesión de órganos públicos	80
2.2.2. Se trata de un derecho que puede estar sujeto a régimen de excepciones	82
2.2.3. Formalidades en la presentación de solicitudes de acceso a correos electrónicos	86
2.3. Las obligaciones del Estado respecto al derecho de acceso a la información pública ejercido en correos electrónicos de bandejas institucionales de funcionarios públicos	90
2.3.1. Obligaciones de respeto	90
2.3.1.1. Obligación de contestar los pedidos de información	90
2.3.1.2. Obligación de dar una respuesta fundamentada que aplique válidamente el régimen de excepciones en caso que la información deba ser excluida del conocimiento público	92
a) La causal de excepción debe estar previa y expresamente establecida en la Constitución o en una ley del Congreso de forma precisa y clara	94
b) La causal de excepción debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo	98
c) El fin constitucionalmente legítimo debe estar amenazado de manera cierta e inminente en caso se produzca la divulgación de la información	101
d) La medida restrictiva debe ser idónea para la tutela del fin legítimo invocado	104
e) La medida restrictiva debe ser necesaria	106

f) La medida restrictiva debe ser ponderada: el grado de satisfacción del fin legítimo que supone la excepción debe ser mayor que la afectación en el derecho de acceso a la información pública	108
2.3.2. Obligaciones de garantía	111
2.3.2.1. Obligación de establecer un marco normativo tuitivo del derecho de acceso a la información pública	111
2.3.2.2. Obligación de implementar normas y prácticas que protejan el derecho de acceso a la información pública	114
2.3.2.3. Obligación de transparencia activa	116
2.3.2.4. Obligación de generar una cultura de transparencia.....	117
CAPÍTULO III. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS POR CUATRO MINISTERIOS SOBRE EL ACCESO CIUDADANO A CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES	122
3.1. Planteamiento crítico de las respuestas denegatorias al acceso a <i>emails</i> de cuentas institucionales en entidades del Poder Ejecutivo.....	122
3.2. Evaluación del argumento de los Ministerios en relación al concepto restrictivo de información pública	124
3.2.1. Posición de los Ministerios	124
3.2.1.2. Ministerio de Economía y Finanzas	128
3.2.1.3. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	132
3.2.1.4. Ministerio de Energía y Minas	136
3.2.1.5. Síntesis	137
3.2.2. Evaluación de respuestas denegatorias de los Ministerios basadas en concepto restrictivo de información pública.....	138
3.2.2.1. Obligación correspondiente al Estado de interpretar de manera amplia el objeto del derecho de acceso a la información pública	139
3.2.2.2. El artículo 17 inciso 1 del TUE de la Ley de Transparencia (privilegio deliberativo) como norma de excepción y no de definición del objeto del derecho.....	141
3.2.3. Evaluación del artículo 6.1.7 de Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP (eliminación de <i>emails</i> almacenados en bandejas institucionales de funcionarios públicos en 30 días).....	144
3.3. Evaluación del argumento de los Ministerios respecto a aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.....	149

3.3.1. Posición de los Ministerios	149
3.3.1.1. Ministerio de Economía y Finanzas	150
3.3.1.2. Ministerio de Energía y Minas	151
3.3.1.3. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	153
3.2.1.4. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	154
3.3.1.5. Síntesis	156
3.3.2. El tratamiento del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el sistema jurídico peruano	156
3.3.2.1. Definición	156
3.3.2.2. Fundamentos	161
3.3.2.2.1. Dignidad.....	161
3.3.2.2.2. Derecho a la vida privada	162
3.5.1.3. Naturaleza jurídica	167
3.5.1.4. Alcances	168
3.5.1.5. Contenido constitucionalmente protegido	169
3.3.2.6. Objeto del derecho: concepto de comunicación privada	171
3.3.3. El comportamiento asumido por los funcionarios públicos, orientado a la divulgación de información bajo su posesión, en el manejo de sus cuentas institucionales de correo electrónico	175
3.3.4. Evaluación de respuestas denegatorias de los Ministerios basadas en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas	177
3.3.5. Las diferencias de la relación ciudadano – Estado con la relación trabajador - empleador	180
3.3.6. Evaluación de artículo 5.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP	185
3.3.7. Evaluación del artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia	187
3.4. Reglas sobre relación entre el derecho de acceso a <i>emails</i> de cuentas institucionales y el derecho a la intimidad de funcionarios públicos.....	190
CAPÍTULO IV. POSICIONES FAVORABLES AL ACCESO CIUDADANO DE CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS	

PÚBLICOS EN EL PODER JUDICIAL PERUANO Y EN ÓRGANOS GARANTES DE MÉXICO Y CHILE	203
4.1. Sentencias del Poder Judicial sobre acceso ciudadano a correos de electrónicos de cuentas institucionales de funcionarios públicos	204
4.1.1. Sentencia del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36677-2014: Marco Gamarra vs. Ministerio de Energía y Minas (MEM).....	204
4.1.1.1. Informe de Adjuntía presentado por la Defensoría del Pueblo en el proceso de hábeas data recaído en el Expediente 36677-2014.....	207
4.1.2. Sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36677-2014: Marco Gamarra vs. Ministerio de Energía y Minas.....	209
4.1.2.1. Voto en discordia de magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima en la sentencia de vista recaída en el Expediente 36677-2014.....	216
4.1.3. Sentencia del Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36498-2014: Julio Arbizu vs. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	220
4.2. Jurisprudencia administrativa de órganos garantes del derecho de acceso a la información pública en la región americana en favor de la entrega de <i>emails</i> de cuentas institucionales.....	223
4.2.1. Resoluciones favorables del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México. 223	
4.2.2. Resoluciones favorables del Consejo para la Transparencia de Chile	228
CONCLUSIONES	236
BIBLIOGRAFÍA	246

INTRODUCCIÓN

Esta investigación relativa al acceso ciudadano a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos tiene su motivación en la preocupación del autor sobre la apertura u opacidad de una importante cantidad de información en poder del Estado, generada o recibida debido a la incorporación del servicio de correo electrónico al Estado para el ejercicio de funciones públicas.

En agosto de 2014, mientras laboraba en el Centro Liber (institución encargada de promover el derecho de acceso a la información pública), un grupo de *hackers* reveló una serie de *emails* de varios Ministros de la época, en los que discutían la adopción de decisiones públicas y recibían sugerencias de representantes de empresas (con el propósito de influir en ellas).

Este acontecimiento ocasionó que se evaluara, dentro de Centro Liber, la posibilidad de ejercer el derecho fundamental de acceso a la información pública para, mediante un procedimiento administrativo ante las propias entidades públicas, conocer legítimamente los correos electrónicos de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos involucrados en los actos de gestión de intereses expuestos (que se realizaban bajo condiciones de opacidad), a efectos de evaluar la razonabilidad e imparcialidad de sus actos públicos.

De esta manera, surge la inquietud del autor de esta investigación sobre el tema de los alcances del derecho de acceso a la información pública en relación a la información contenida en cuentas oficiales de correo electrónico (es decir, si la facultad subjetiva de solicitar y recibir información incluye dichos *emails*), a la luz del ordenamiento jurídico peruano.

Se trata, pues, de determinar el destino que deben tener los documentos generados o recibidos por el Estado, a través de un servicio de Internet (asignado a los funcionarios públicos para actividades oficiales), que, en caso de ser divulgados, mediante el ejercicio legítimo del derecho a saber (no a través de interceptaciones ilegales), podrían contribuir a la evaluación del desempeño público de los servidores públicos, al ejercicio de derechos fundamentales, y a la transparencia.

En relación a este tema, a modo de estado de la cuestión, se debe indicar que existe poca bibliografía al respecto: la existente, no es uniforme. A nivel de la doctrina nacional, se pueden citar los artículos de Sar y Loyola (2018), Abad (2014) y Mendoza (2015), quienes están favor del acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales.

Asimismo, a nivel de la legislación peruana, el artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia prohíbe el acceso ciudadano a *emails* institucionales,

mientras que el artículo 61 (numeral 1) del Código Procesal Constitucional y los artículos 3 (numeral 1) y 10 (primer párrafo) del TUO de la Ley de Transparencia indican que toda persona tiene derecho a acceder a cualquier información que se encuentre bajo posesión del Estado (sin discriminar por el soporte o la ubicación del registro).

Por otro lado, a nivel del Poder Judicial, existen dos pronunciamientos (de instancia) que estimaron pretensiones de ciudadanos de acceder a *emails* de cuentas oficiales, mientras una resolución (de vista) se opuso a su suministro. Adicionalmente, se han identificado cuatro decisiones de entidades gubernamentales (emitidas en procedimientos de acceso a información) en contra de divulgar correos de su personal.

Además, a nivel de derecho comparado, se pueden invocar las decisiones emitidas, en el marco de procesos de apelación, por órganos garantes del derecho de acceso a la información pública de México y Chile, los cuales se han mostrado a favor de la apertura de los *emails* oficiales.

Se observa que, en torno al tratamiento que deben recibir los *emails* de cuentas institucionales de funcionarios públicos, existen posturas tanto a favor como en contra del acceso de las personas a los mensajes, datos y archivos adjuntos intercambiados entre funcionarios o entre éstos y particulares por intermedio del servicio institucional de email.

En términos generales, quienes abogan por la publicidad de los *emails* sostienen que los *emails* califican como información pública porque se encuentran bajo posesión de las instituciones públicas. En cambio, quienes indican lo contrario, afirman que no califican como información pública y que, más bien, reciben cobertura bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En este contexto, la presente tesis es relevante porque permite presentar una respuesta que aclare el tratamiento jurídico del acceso a *emails* institucionales: si se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho a saber o no, teniendo como parámetro el derecho peruano y los estándares internacionales en materia de protección del derecho de acceso.

Esta investigación se justifica, en primer lugar, por su actualidad dado que el empleo de correos electrónicos en el Estado se ha difundido y goza de una importancia sin precedentes para la formulación, adopción, ejecución e implementación de actos o decisiones públicas, de manera eficiente, participativa, transparente y oportuna.

A través de esta herramienta que ofrece el Internet, los órganos públicos coordinan a nivel interno (en el marco de sus actuaciones administrativas) o se relacionan con

los individuos (en la prestación de servicios públicos, en el ejercicio de derechos fundamentales o en la tramitación de procedimientos administrativos).

Esta modernización del poder estatal tiene consecuencias en el derecho de acceso a la información pública: a raíz de estas comunicaciones, se producen memorándums, oficios, cartas, entre otros documentos en soporte digital, que reflejan el desempeño de los funcionarios en sus cargos públicos, y que se almacenan en las bandejas institucionales (bajo tenencia de los funcionarios públicos).

En segundo lugar, esta investigación es pertinente por su valor teórico en el estudio del derecho de acceso a la información pública (en la especialidad de derecho constitucional) en tanto contribuye a resolver un vacío en el conocimiento de los alcances de un derecho fundamental: su aplicación a una clase específica de documentación, los *emails* institucionales (lo que a su vez significa pronunciarse sobre la eficacia del derecho en el Internet).

En tercer lugar, es conveniente por su utilidad práctica y trascendencia en tanto brinda argumentos e interpretaciones jurídicas (conformes al sistema jurídico peruano y a los estándares internacionales tuitivos del derecho a saber), que permitan a todas las personas ejercer y proteger su facultad subjetiva de solicitar y recibir información que obra en poder de sus autoridades.

Esta investigación, ante la problematización del tema presentado, se pregunta: ¿A la luz del ordenamiento jurídico peruano y de los estándares internacionales vigentes, está la facultad de recibir los correos electrónicos de cuentas institucionales de los funcionarios públicos protegida por el derecho de acceso a la información pública?

A manera de hipótesis, esta investigación plantea que, en el sistema jurídico peruano y en los estándares internacionales, el derecho de acceso a la información pública abarca la facultad de recibir los correos de las cuentas institucionales de funcionarios públicos porque se trata de información bajo tenencia del Estado (califica, por tanto, como información pública).

De este modo, este reconocimiento contribuye a que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida o ejercer sus derechos fundamentales (principio de dignidad), puedan conocer la organización, funcionamiento y actividad del Estado (principio de transparencia) y puedan participar en la vida en sociedad (principio democrático).

Para comprobar la respuesta tentativa, esta investigación utiliza una metodología esencialmente teórica de derecho, ya que busca determinar cuál es la teoría o

postura correcta, desde el punto de vista jurídico, sobre el tratamiento jurídico que recibe el acceso ciudadano a los *emails* institucionales.

No obstante, este trabajo también tiene una orientación pragmática porque, al revisar la postura de ciertas instituciones públicas en relación al problema planteado (sus decisiones respecto a solicitudes ciudadanas de acceso a *emails* oficiales), estudia el ejercicio del derecho en la realidad.

Además, esta investigación utiliza el método deductivo porque, a partir del desarrollo del marco teórico del derecho de acceso a la información pública (a modo de premisas generales), extrae la respuesta jurídica específica que permita comprobar o no la hipótesis.

Por otro lado, este trabajo también emplea el método inductivo porque mediante la observación de situaciones específicas en que las autoridades han denegado el acceso a sus *emails* oficiales, construye los argumentos y enunciados principales de la postura que coloca la divulgación de dicha clase de documentación al margen del objeto del derecho a saber.

Sobre el marco teórico, esta investigación identifica, analiza y contrasta las teorías que expresan las posibles maneras de solucionar el problema: la postura a favor de la publicidad de los *emails* y la posición que opta por su opacidad. Se elige la que encuentra respaldo en el bloque de constitucionalidad y en los estándares internacionales en materia de derecho a saber.

Acerca del marco conceptual, esta tesis se apoya en las categorías de derecho de acceso a la información pública (fundamentos, alcances, contenido esencial y objeto), derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (contenido esencial y objeto), derecho a la intimidad, correo electrónico, documento y principio de proporcionalidad.

Estos conceptos son definidos en el contexto de un marco referencial, compuesto por la Constitución Política de 1993, las leyes de desarrollo constitucional (TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Código Procesal Constitucional, etc.), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, disposiciones normativas sobre el empleo de correos electrónicos en el Estado, etc.

Además, se observan los tratados de derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la costumbre internacional (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos).

Asimismo, se revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos e informes de

las Relatorías de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de Naciones Unidas sobre libertad de expresión, etc. Adicionalmente, acude a la doctrina o a la literatura jurídica nacional e internacional.

Como se aprecia, esta tesis emplea diverso material bibliográfico (libros, revistas, normativa, jurisprudencia, instrumentos de derecho internacional, etc.). A ello se añade la realización de entrevistas a catedráticos universitarios y funcionarios públicos sobre el problema que motiva la presente investigación.

En cuanto a las limitaciones halladas en este trabajo, se puede señalar la poca bibliografía sobre el caso específico en el Perú. A pesar de existir un conjunto importante de estudios académicos sobre las implicancias jurídicas de los fenómenos digitales o acerca de los aspectos teóricos del derecho de acceso a la información, pocos han enlazado el derecho a saber con el correo electrónico empleado por el Estado.

Acerca de la estructura de esta tesis, se debe comentar que está compuesta por cuatro capítulos, debidamente planificados para someter a validación la respuesta tentativa formulada respecto al tema. El orden de sus partes permite plantear y desarrollar los objetivos de la tesis de manera progresiva.

La primera sección define y describe la sociedad de la información (una de cuyas manifestaciones es el correo electrónico), así como analiza su impacto en el ejercicio de derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a saber). Asimismo, estudia los fundamentos de la incorporación del correo en el Estado y argumenta que, según el sistema jurídico peruano, los *emails* son documentos que pueden expresar o incorporar hechos sobre la función pública y que, debido a que están bajo la tenencia de las autoridades, deben ser conservados en registros.

La segunda sección analiza las facultades que conforman el contenido del derecho de acceso a la información pública de acuerdo al sistema jurídico peruano, argumenta que se cumplen los presupuestos para ejercer el derecho a saber en relación a los *emails* de cuentas oficiales (almacenados en bandejas institucionales) e identifica las obligaciones del Estado para garantizar y respetar este derecho.

La tercera sección sintetiza los dos argumentos presentados por cuatro Ministerios para rechazar el acceso a correos electrónicos de cuentas institucionales de funcionarios públicos (concepción restrictiva de información pública y la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas) y por qué no tienen sustento normativo en el derecho a saber.

Por otra parte, evalúa la constitucionalidad de tres normas jurídicas que (aparentemente) respaldan la postura de los Ministerios estudiados: la eliminación

de *emails* de las bandejas institucionales en un plazo de 30 días, la regla de la privacidad de las cuentas oficiales y la prohibición del suministro de información almacenada.

De manera adicional, este capítulo define algunas reglas sobre la relación entre el derecho de acceso aplicado a correos electrónicos de cuentas oficiales y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último, la cuarta sección analiza los casos conocidos y resueltos por el Poder Judicial peruano en torno al acceso ciudadano a *emails* de agentes estatales y examina las decisiones emitidas por los órganos autónomos de Chile y México en materia del derecho a saber.

En otras palabras, la tesis parte por describir el área de la realidad que genera las inquietudes: el fenómeno del correo electrónico en el Estado. Luego, establece el tratamiento que el derecho peruano y los estándares internacionales otorgan a los *emails* en relación al derecho de acceso a la información pública (lo que permite comprobar o no la hipótesis).

Paso seguido, refuta o confirma la respuesta jurídica con los argumentos de las entidades que se manifiestan en contra de la entrega de *emails* a la sociedad. Finalmente, la compara con los razonamientos de los órganos del Poder Judicial que se han pronunciado al respecto y con las decisiones de ciertas autoridades autónomas de derecho comparado en materia de transparencia.

Este trabajo considera conveniente indicar que su ámbito temporal de desarrollo comprende el marco referencial vigente hasta el 21 de agosto de 2018, fecha en que culmina esta investigación. Adicionalmente, es relevante aclarar que el tratamiento de los *emails* de cuentas privadas o personales de los funcionarios públicos no está dentro del objeto de estudio de esta tesis. Tampoco lo está el acceso ciudadano a los archivos o registros de las entidades privadas que prestan los servicios de correo electrónico al Estado.

Ello se debe a que esta investigación se centra en el acceso a *emails* de cuentas de propiedad del Estado (que tienen la condición de recursos públicos), y que son habilitadas a los funcionarios públicos para el ejercicio de funciones y competencias públicas. Por último, es oportuno indicar que este trabajo estudia el tema planteado termina su ámbito temporal

CAPÍTULO I. CARACTERÍSTICAS DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El presente capítulo tiene como tarea principal describir el modo en que el servicio de correo electrónico institucional genera y obtiene (en su respectiva bandeja o buzón) documentos e información que registran las actividades del Estado, y que están bajo la tenencia de funcionarios y órganos públicos.

Para ello, en esta sección de la tesis, se explica por qué los agentes estatales utilizan cuentas de correo electrónico oficial o institucional, una de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) incorporadas a las entidades de la Administración Pública para la realización de labores públicas.

En ese sentido, resulta relevante explicar en qué consiste la sociedad de la información, sus servicios de internet como el correo electrónico, así como definir el rol que desempeña la Administración frente a ellos y el impacto en los derechos fundamentales, como ocurre, en especial, con el derecho de acceso a la información pública.

Asimismo, se define el tratamiento jurídico de los correos electrónicos institucionales en el derecho peruano: en la Directiva 005-2003-INEI/DTNP (relativa al uso del correo electrónico en las entidades de la Administración Pública), donde se determina que están orientados al cumplimiento de funciones públicas, que tienen un uso individual y que están sujetos al ordenamiento jurídico, advirtiéndose deficiencias en dicha regulación.

Además, se observan las normas procesales sobre documentos, reconociéndosele al correo electrónico dicha condición; así como el régimen del derecho de acceso a la información pública, que estipula su pertenencia a la categoría de información pública y su conservación por parte del Estado.

Este capítulo identifica la clase de información que es objeto de tratamiento por parte de los funcionarios públicos en el correo electrónico institucional, que se halla bajo posesión de las entidades estatales, a efectos de contribuir a la respuesta tentativa planteada por esta tesis: el derecho de acceso a la información pública abarca la facultad de recibir dicha información.

1.1. La incorporación del servicio de correo electrónico en los órganos estatales para la realización de funciones públicas

En este apartado se analiza en qué consiste la sociedad de la información, se

definen los conceptos de internet y correo electrónico, que son dos herramientas tecnológicas utilizadas por el Estado, y se evalúa sus implicancias favorables y negativas en el ejercicio de derechos fundamentales.

1.1.1. La sociedad de la información: el internet y el correo electrónico

En la época contemporánea se aprecia un desarrollo inédito de las técnicas de tratamiento de información que superan cualquier barrera de distancia, tiempo o soporte, para la realización de actividades de diversa índole (incluidas las actuaciones estatales), situación que ha motivado que la era actual sea denominada como sociedad de la información.

Se trata de “(...) un estadio del desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administraciones públicas) para obtener y compartir cualquier información instantáneamente, desde cualquier lugar y en forma que se prefiera” (citado en Díaz 2009: 167).

La sociedad de la información se sustenta en las ventajas de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), que abarcan dos conjuntos de instrumentos: por un lado, las herramientas que propician la transmisión de mensajes (entre las que se encuentran la radio, la televisión y la telefonía) y, por el otro, las herramientas de gestión y transformación de información (relacionadas a la informática, las redes y ordenadores) (Díaz 2009: 166).

Como señala Fernández, las TIC atraviesan un proceso de convergencia, debido a la creación de aplicaciones que utilizan la informática para la transmisión y registro de contenido, de modo que ambas técnicas se nutren mutuamente (1998: 76)¹, lo cual favorece, según la referida autora, la creación de herramientas de comunicación que transmiten información en cualquier tipo de forma o soporte (oral, escrito, visual) -multimedia-, sin inconvenientes de distancia, volumen, tiempo (1998: 157)².

Uno de los exponentes de las TIC es el Internet, que constituye una herramienta de interconexión de ordenadores o dispositivos (empleados por personas, empresas o el Estado) para que puedan comunicarse entre sí. De acuerdo a Bia y López-

¹ De acuerdo a Gaete, la informática es “(...) un método destinado al tratamiento adecuado y sistematizado de la información” (2000: 36).

² Una evidencia de la convergencia de las ramas que conforman las TIC es la existencia de plataformas virtuales como portales de noticias o redes sociales, donde medios de comunicación remiten y reciben información que, gracias a la informática, está digitalizada, lo cual, de acuerdo a García, favorece el envío de contenido multimedia (voz, texto, video, imagen fija), de manera interactiva, desde cualquier lugar y en cualquier momento (2005: 121). El Estado también emplea herramientas informáticas de comunicación, como es el caso de los correos electrónicos institucionales.

Tarruella, el Internet “[c]onsiste en la unión de cientos de miles de redes informáticas conectadas entre sí, mediante una serie de protocolos (principalmente TCP/IP), que hacen posible, para cualquier usuario de una de estas redes, comunicarse o utilizar los servicios de cualquiera de las otras” (2016: 20)³⁴.

Uno de los servicios disponibles en Internet es el de correo electrónico, que constituye una herramienta de comunicación que permite a sus usuarios (interlocutores determinados) el intercambio de contenido multimedia en soporte digital, de manera rápida y a distancia, a través de redes conectadas entre sí⁵.

El proveedor del servicio pone a disposición del usuario un programa de correo electrónico para enviar y recibir comunicaciones (Cultural 2008: 74-75) que permite, a su vez, almacenarlas y gestionarlas en el buzón o bandeja del usuario (López-Baraja 2011: 76), debido a que este instrumento involucra también un servicio de datos (Díaz 2009: 186). La bandeja se localiza en el servidor del correo electrónico (Blasco 2005: 58) y sus documentos pueden descargarse en el ordenador (López-Baraja 2011: 76).

Acerca del funcionamiento del correo electrónico, Blasco explica que

[p]ermite el envío de mensajes desde un ordenador a otro en cualquier parte del mundo (...). A diferencia de otras aplicaciones, el e-mail no precisa tener el PC encendido para recibir un correo ya que quien lo recibe inicialmente es el servidor, el cual lo deposita en el buzón del destinatario (el buzón está en el propio servidor). Cuando el programa de correo se conecta desde el ordenador del usuario al servidor

³ El protocolo es esencial para el funcionamiento del Internet, debido a que permite conectar un dispositivo con otro y asegura la realización exitosa de comunicaciones. En especial, el protocolo TPC/IP, explican Bia y López-Tarruella, “(...) provee conectividad de extremo a extremo especificando cómo los datos deben ser formateados, direccionados, transmitidos, enrutados y recibidos por el destinatario” (2016: 27).

⁴ Las redes son conjuntos de ordenadores o dispositivos que se conectan o unen entre sí a través de una tecnología o vía de comunicación (cable telefónico, fibra óptica, enlace satelital, etc.). De acuerdo a Microsoft, una red abarca “[u]n grupo de computadoras y dispositivos asociados que son conectados para tener facilidades de comunicaciones. Una red puede implicar conexiones permanentes, como cables, o las conexiones temporales realizadas a través de teléfono y otros enlaces de comunicación. Una red puede ser tan pequeña como una red de área local que consiste en unas pocas computadoras, impresoras y otros dispositivos, o puede consistir en muchas computadoras pequeñas y grandes distribuidas sobre un área geográfica inmensa” (2001: 495). Puede clasificarse en dos tipos: la red de área local (LAN) que permite que varios ordenadores, que se encuentran en una misma ubicación física, se unan entre sí; y la red de área amplia (WAN), que conecta ordenadores utilizando las telecomunicaciones (Fernández 1998: 23).

⁵ La digitalización es una tecnología que favorece la transmisión de información entre dispositivos conectados en el Internet, debido a que al “(...) convertir la información en formato digital –largas cadenas de unos y ceros, susceptibles de ser procesados por ordenadores- son esenciales para que esa información pueda ser almacenada y transmitida a través de las redes” (Bia y López-Tarruella 2016: 25). Asegura el funcionamiento del servicio de correo electrónico.

accede a los mensajes existentes en el buzón, los recoge y normalmente los borra del buzón (2005: 58)⁶.

El servicio se caracteriza por su carácter cerrado, puesto que mantiene restringida la difusión de su contenido (Díaz 2009: 172-173). Su conocimiento solo es permitido a un número determinado de personas (Díaz 2009: 187) quienes, en su condición de emisor o receptor de la comunicación, “(...) pueden estar separados e individualizados en cada momento” (Rodríguez 1998: 73). Esta garantía de confidencialidad es provista por el proveedor o intermediario al diseñar el correo electrónico.

Esta clase de comunicación electrónica suele ser bi-direccional, es decir, un intercambio de información entre un emisor y un receptor, aunque un mensaje puede ser enviado a muchas direcciones de correo electrónico, adquiriendo un carácter multi-direccional. A pesar de este uso, el *email* sigue diferenciándose de las comunicaciones abiertas, difusión ilimitada o de masas (como la radio, la televisión o las páginas web), a las que cualquier persona (indeterminada) puede acceder.

Debido a sus características técnicas, el correo electrónico permite que el usuario tenga un control sobre quiénes acceden al mensaje transmitido, qué contenido se remite y cómo se realiza. Precisamente esa capacidad de autodeterminación permite que el titular decida, a través de sus actos y comportamientos, la vocación privada o pública de las comunicaciones realizadas a través de dicho medio⁷.

⁶ De acuerdo a Microsoft, “[e]n Internet o en otras redes, se denomina servidor a una computadora o programa que responde a las órdenes enviadas desde un cliente. Por ejemplo, un servidor de archivos puede contener archivos de datos o de programa; cuando un cliente envía una solicitud para importar un archivo, el servidor transfiere al cliente una copia del archivo solicitado” (2001: 531). Una clase de servidor es el de correo electrónico, que se define como “[p]rograma cuya misión es la distribución de los archivos o de la información de manera automática en función de los requerimientos que le llegan a través del correo electrónico” (Cultural 2008: 294). La referencia a servidores tiene relevancia cuando se trata de aplicaciones en red que responden a la arquitectura cliente-servidor: “Esta arquitectura consiste básicamente en un conjunto de ordenadores cliente que realizan peticiones a otro ordenador (servidor) que les da respuesta (...) da soporte a la mayor parte de las aplicaciones en red. El servidor es un proveedor de servicios: un ordenador con programas que proporcionan un determinado servicio o recurso a través de la red. El cliente es un usuario de servicios: un ordenador con programas que se conectan a un servidor para hacer uso de un determinado servicio o recurso. El cliente y el servidor interactúan mediante un mecanismo de pasaje de mensajes (...)” (Bia y López-Tarruella 2016: 32).

⁷ El carácter cerrado de una comunicación no determina la protección del proceso de transmisión de mensajes bajo el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, reconocido en el artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política vigente, debido a que también se precisa un comportamiento favorable al carácter confidencial de la comunicación por parte de los interlocutores (López-Baraja 2011: 60).

La comunicación transmitida a través de este servicio puede delimitarse en i) un mensaje o cuerpo de texto⁸, ii) un archivo adjunto o “(...) copia exacta del archivo original que se encuentra en la computadora del remitente (...) [que] puede ser un documento, un programa ejecutable o un archivo comprimido conteniendo más de un objeto” (Microsoft 2001: 21), al igual que iii) unos datos externos (direcciones electrónicas y nombres de intervinientes así como la fecha de envío)⁹.

El correo electrónico, ejemplo de la convergencia de las TIC, se distingue de los medios tradicionales de comunicación (como la correspondencia postal, telegráfica o telefónica), ya que posibilita un mayor tratamiento de datos (volumen de la información) (López-Baraja 2011: 82), en especial, su transmisión veloz y a bajo costo en soportes accesibles.

Al respecto, Fernández refiere que el *email* electrónico “(...) es una de las posibilidades más atractivas de Internet (...) [puesto que] permite enviar mensajes a través de cualquier red conectada a internet. Además de instantáneo, resulta notablemente barato en comparación con los servicios postales o la telefonía directa” (1998: 26).

Este servicio tiene la capacidad de registrar hechos, datos, ideas o pensamientos de sus interlocutores o de terceros (López-Baraja 2011: 239) en diversa grafía o medios de expresión (lenguaje escrito, sonoro, visual, propio del contenido multimedia) que se almacena en el buzón o bandeja, al cual se accede introduciendo la respectiva clave de usuario.

Los fenómenos tecnológicos de Internet y del correo electrónico generan un impacto en los derechos fundamentales de las personas. Sus consecuencias positivas en el ejercicio de los mismos han motivado al Estado a incorporar ambas herramientas

⁸ En el mensaje del correo electrónico puede hallarse la firma electrónica mediante la cual el suscriptor o firmante se vincula a los datos del texto, de modo que el autor que remite el documento queda identificado (Alamillo 2016: 292). De acuerdo al artículo 1 de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269, publicada el 28 de mayo de 2000), la firma electrónica es “(...) cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”. Asimismo, según el artículo 1 de su reglamento (Decreto Supremo 052-2008-PCM, publicado el 19 de julio de 2008), hay diversas modalidades de firma electrónica (con distintos niveles de seguridad), a las que se le reconoce el mismo valor que el de una firma manuscrita, en tanto sean tecnologías idóneas para vincular a una persona con el contenido de un documento que reconoce o autoriza. Esta norma incorpora así el principio de neutralidad tecnológica. Como explica Alamillo, se debe reconocer que la firma electrónica, independientemente de sus variedades (simple, avanzada o cualificada), tiene validez jurídica si cumple con su función de autenticar (2016: 296).

⁹ La Resolución Jefatural 088-2003-INEI (publicada el 3 de abril de 2003) mediante la cual se aprueba la Directiva 005-2003-INEI/DTNP, relativa al uso del correo electrónico en las entidades de la Administración Pública en el Perú, reconoce implícitamente que las comunicaciones por email se dividen en mensaje, archivo adjunto y datos sobre la dirección electrónica de los intervinientes (artículos 5.8 y 6.1.4).

en su funcionamiento, mientras que sus efectos negativos exigen respuestas de las autoridades, de conformidad con el Derecho, que las neutralicen.

Con respecto al Internet, la arquitectura abierta, descentralizada y neutral de dicho instrumento favorece el goce y ejercicio de una serie de derechos de distinta naturaleza: entre ellos, en especial, los derechos a una comunicación libre y el derecho de acceso a la información pública. Aquellas características de la Red también posibilitan amenazas o riesgos a otros derechos como los relativos a la vida privada: entre ellos, la intimidad, la autodeterminación informativa o el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Las consecuencias del Internet en la situación de los derechos fundamentales se observan al identificar su doble dimensión: física y virtual. La primera, relativa al mundo real o analógico, aborda el Internet como infraestructura de interconexión que permite que las redes de computadoras o dispositivos se comuniquen entre sí a través de tecnologías como la línea telefónica, la telefonía inalámbrica, entre otros (Díaz 2009: 184-185)¹⁰.

La segunda dimensión se refiere a su condición de ciberespacio, que destaca por constituir un “(...) espacio social, una alternativa al mundo real, en el que se desarrolla un número creciente de actividades humanas, comerciales, educacionales, de ocio y, entre otras muchas, ilícitas” (Fernández 1998: 27)¹¹.

En el Internet se prestan servicios como el de navegación, contenido, comunicación, comercio, entre otros (Díaz 2009: 184-185), que permiten que las personas realicen actuaciones que satisfacen necesidades o protegen intereses legítimos, lo que conduce al ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Al igual que el Internet, el correo electrónico tiene una doble dimensión: tanto física como virtual. Con respecto a la primera, este servicio involucra elementos de hardware (entre los principales, computador o teléfono móvil)¹², software

¹⁰ Los elementos físicos de Internet están constituidos por instrumentos de hardware (equipo o dispositivo), de software (programas de sistema operativo) y por la infraestructura de conexión a Internet, prestada como servicio por operadores de telecomunicaciones, que permite a los usuarios acceder a la plataforma virtual desde sus ordenadores con direcciones IP.

¹¹ La dimensión virtual con la dimensión analógica, más allá de las diferencias en las nociones de tiempo y espacio, son similares: “El ciberespacio no constituye un lugar distinto del espacio real, en la medida en que las operaciones llevadas a cabo en aquél no difieren en modo alguno de las realizadas en ésta” (citado en García 2005: 108).

¹² Estos dispositivos deben ser capaces de reproducir contenido multimedia y apto para conectarse a la Red.

(programas del sistema operativo y de correo electrónico)¹³ e infraestructura de comunicación (vías como cable telefónico, fibra óptica, enlace satelital, etc.).

En relación con la dimensión virtual, el correo electrónico es un ámbito de la vida del titular de la cuenta, en la que realiza actividades o labores, cuyo uso puede ser de interés personal o para fines institucionales estatales o privados. Esta condición digital contribuye a observar el impacto que tiene su utilización en las esferas de libertad de las personas.

1.1.2. El impacto del internet y del correo electrónico en el ejercicio de los derechos fundamentales

La dimensión virtual del Internet permite visualizar un doble impacto en los derechos fundamentales –uno positivo y otro negativo-: “(...) por un lado, la posibilidad de desarrollar o fortalecer su ejercicio, o bien ampliar su catálogo con nuevas manifestaciones hasta ahora desconocidas o imprevistas, pero, por otro lado, conllevan amenazas o peligros para otros derechos o valores constitucionales” (Díaz 2009: 21).

En concordancia con lo anterior, se advierten dos grandes bloques de derechos que tienen incidencia en el Internet: un grupo que tiene posibilidades de ser fortalecido y otro que puede enfrentar amenazas (Vera 2005: 190; Díaz 2009: 170)¹⁴. Entre los favorecidos, por su vinculación a la presente tesis, se deben mencionar los derechos a una comunicación libre, es decir, las libertades de expresión y de información, así como el de acceso a la información pública, debido a que el ciberespacio permite difundir y recibir opiniones o juicios de valor, hechos noticiosos o información pública, de conformidad con los principios de acceso universal, descentralización y neutralidad¹⁵.

La circulación de contenidos en plataformas de comunicación abierta en Internet (blogs, páginas web, redes sociales o portales de transparencia)¹⁶ se realiza de

¹³ El software de sistema operativo permite que el usuario tenga control sobre el dispositivo (gestión de los archivos), mientras que el software de correo electrónico brindado por el prestador de este servicio permite al titular de la cuenta componer, enviar y leer el contenido.

¹⁴ Afirmar que el internet tiene impacto en estos conjuntos de derechos fundamentales no niega las implicancias en otros derechos como, en particular, la educación y el de participación en la vida política, cultural y económica, entre otros.

¹⁵ Todos los derechos tienen manifestaciones, dimensiones o alcances que pueden ser protegidos por el Internet. Como señala Landa, los derechos fundamentales son beneficiados por el uso del Internet, debido a que se amplían sus condiciones de goce y ejercicio, adquiriendo una nueva identidad (2016: 2-3).

¹⁶ Como se señaló previamente, las comunicaciones abiertas buscan difundir contenidos de manera ilimitada a individuos indeterminados (Díaz 2009: 171-176; Rodríguez 1998: 66). No se trata de comunicaciones cerradas, como el correo electrónico, que aseguran la opacidad del contenido transmitido entre interlocutores determinados.

manera libre y sin obstáculos arbitrarios (Bia y López-Tarruella 2016: 45), permitiéndose el acceso a cualquier persona interesada de modo veloz e integral, desde cualquier dispositivo que tenga acceso a Internet (principio de acceso universal) (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH 2013: párr. 16 & 40).

El acceso a los servicios de contenidos –ya sea para comunicar o para informarse– se produce de modo descentralizado, es decir, desde cualquier lugar, ya que la Red no limita los puntos de conexión ni restringe el acceso a servicios de acuerdo al ámbito geográfico donde se realiza la conexión (principio de descentralización) (Bia y López-Tarruella 2016: 45).

Estos datos que circulan en las redes son tratados por los proveedores de acceso a Internet de manera equitativa, es decir, no son sometidos a restricciones o interferencias basadas en el contenido que se accede o difunde, al servicio involucrado, al autor o destinatario, al dispositivo empleado para la conexión (principio de neutralidad) (Bia y López-Tarruella 2016: 46; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH 2013: párrafo 25)¹⁷.

Estos principios de funcionamiento del Internet permiten que los derechos fundamentales pueden ser protegidos *en y a través* del ciberespacio (Díaz 2009: 192)¹⁸. Por un lado, se fortalecen *en internet* porque sus facultades tuteladas se pueden realizar plenamente en el espacio o ámbito virtual. Se trata de la faceta o

¹⁷ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH explica que Estados deben respetar y garantizar la libertad de todo usuario de Internet para “(...) utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de Internet [y que] no esté condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia” (2013: párrafo 25).

¹⁸ El carácter instrumental del Internet en la satisfacción de necesidades y exigencias de las personas ha motivado a Landa a postular su calificación como un derecho fundamental en el Perú, derivando del mismo la facultad protegida de acceso tanto a elementos físicos de hardware, software e infraestructura de comunicación como a los servicios prestados en Internet, de manera consentida, libre, de calidad, equitativa, neutral, segura y a bajo costo (2016: 2-7). Por su parte, Díaz sostiene que el acceso a Internet es una facultad protegida del derecho a las nuevas tecnologías (al que le otorga rango constitucional en el ordenamiento español), indicando que sus fundamentos se encuentran en la dignidad, la libertad, la cláusula de Estado social y el derecho de acceso a la cultura, y que la accesibilidad implica el fomento del conocimiento sobre el uso del Internet (Díaz 2009: 103 & 182). Al respecto, López-Baraja manifiesta que el Internet es un derecho cuyo acceso universal debe ser garantizado, lo que involucra “(...) medidas necesarias para evitar que la Red sea accesible a los ciudadanos únicamente en función de criterios de rentabilidad” (2011: 22-23). En relación al Internet, García y Corona sostienen que se trata de un servicio universal de las telecomunicaciones, que significa que debe ser accesible, de calidad y a bajo costo para las personas, con independencia de su localización geográfica (2005: 174-175). Acerca de la naturaleza jurídica del Internet, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH no se pronuncia sobre su condición de derecho o de servicio público, mas establece las obligaciones que corresponde a los Estados para asegurar el acceso a la infraestructura de conexión como a los servicios que se prestan en la Red, de modo universal, asequible, veloz, equitativo, autónomo, etc. (2013: párr. 37-47; 2016: pár. 16 & 40).

manifestación digital de los derechos, lo que significa que el contenido de los mismos se amplía.

Para citar un ejemplo, una persona ejerce su derecho a la libertad de expresión en Internet cuando publica en su blog artículos de opinión y análisis sobre las políticas estatales en materia de patrimonio cultural, o un individuo optimiza su derecho de acceso a la información pública cuando accede al Portal de Transparencia del Ministerio de Cultura para informarse sobre la organización de la entidad.

Por otro lado, se satisfacen *a través* de internet cuando una persona emplea un servicio o herramienta del Internet que le permite hacer efectivo un derecho en el mundo real o analógico. En ese sentido, un recurso de la Red genera las condiciones para el ejercicio de los derechos.

Para citar un ejemplo, una persona promueve el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en el mundo analógico cuando convoca, por medio de las redes sociales, a una conferencia en un centro cultural en la que se discutirán las medidas necesarias para rescatar el patrimonio histórico de Lima, o un individuo contribuye al ejercicio de su derecho de acceso a la información pública cuando presenta una solicitud de información virtual a una entidad pública¹⁹.

Con respecto a los derechos susceptibles de ser amenazados o vulnerados en el ciberespacio por las características de la Red, se puede identificar a los que protegen ámbitos de la vida privada, tales como intimidad, secreto de las comunicaciones privadas y autodeterminación informativa, debido a que:

No solo porque a través de internet se ejercen las libertades de expresión e información, y éstas tienden siempre al conflicto con los derechos de la vida privada, sino también porque **las características de internet como red abierta y libre, así como la infinidad de recursos tecnológicos al servicio de estas características, hacen que las personas que participan en la misma estén expuestas a una mayor vulnerabilidad** (Díaz 2009: 192) [el subrayado es mío].

¹⁹ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH reconoce que los principios que guían el funcionamiento de Internet y que favorecen la libre circulación de información (generando un impacto positivo en los derechos a una comunicación libre y de acceso a la información pública) pueden estar sujetos a limitaciones siempre y cuando sea “(...) estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud –libre y no incentivada- por el usuario; y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red” (2013: párrafo 30). En igual sentido, la Relatoría referida señala que libertad de expresión en Internet puede ser restringida de manera proporcionada, procediéndose al retiro de contenidos previa autorización judicial. Procede el bloqueo o filtrado de contenidos ilícitos como la pornografía infantil, la propaganda de la guerra y apología del odio que involucren incitación a la violencia y la incitación directa y pública al crimen de genocidio (2013: párr. 84-87).

Este riesgo a derechos de la personalidad se debe a que en el Internet las empresas y las Administraciones Públicas utilizan de modo irregular los instrumentos disponibles para generar, procesar, transmitir y almacenar datos de manera automatizada, así como mecanismos para propiciar prácticas invasivas en las actividades de las personas²⁰.

Las comunicaciones cerradas entabladas en Internet son susceptibles de intervenciones ilegítimas debido a programas de vigilancia o seguimiento que han sido diseñados por los Estados o particulares para captar y monitorear la transmisión de mensajes a través de las redes. Su uso es excepcional, resultando admisible su aplicación cuando se tutele la seguridad nacional u otros bienes permitidos de manera proporcionada (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH 2013: párr. 147-157).

Asimismo, las bases de datos personales gestionadas por servidores administrados por las entidades públicas o privados en las redes pueden ser objeto de ataques cibernéticos, afectándose su integridad y confidencialidad; en igual sentido ocurre con las computadoras individuales de usuarios de Internet, donde se archiva información relativa a su vida privada, que terminan dañadas por virus y gusanos informáticos (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH 2013: párr. 118-119)²¹.

Como ha señalado Landa, el Internet no es solo un medio para el desarrollo tecnológico sino un fin orientado a la protección de la persona y de su dignidad, como lo exige el artículo 1 de la Constitución Política vigente (2016: 1-2). De igual manera, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sostiene que la sociedad de la información debe estar centrada en la persona (2013: párrafo 180).

“(…) en ningún momento hay que olvidar la dimensión principal y más inmediata de Internet cuando se buscan sus implicaciones en materia de derechos fundamentales, y es su consideración de instrumento al servicio del ejercicio de muchos de los derechos constitucionales, que se ve reforzado e incrementado, con dimensiones y posibilidades antes desconocidas, cuando se lleva a cabo a través de Internet” (Díaz 2009: 187).

Este condicionamiento del Internet al servicio de los derechos fundamentales exige que los Estados y particulares reconozcan la dimensión virtual de los derechos de

²⁰ Estas acciones se ven incentivadas por el funcionamiento de la sociedad de la información, donde el tratamiento de información es una fuente fundamental “(…) de la productividad y el poder (…)” (citado en López-Tarruella 2016: 25).

²¹ Según Díaz, los virus, gusanos o troyanos son programas que ingresan al equipo para recoger datos o rastrear actividades (2009: 194-195).

la vida privada y adopten dispositivos técnicos orientados a la seguridad de las comunicaciones, datos personales e informaciones²².

En el mismo sentido que el Internet, el servicio de correo electrónico tiene consecuencias en los derechos fundamentales de los individuos. Con respecto a sus efectos favorables, se debe advertir su contribución al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones privadas, debido a que propicia una comunicación cerrada o confidencial, es decir, solo accesible para los interlocutores. Asimismo, en virtud de dicha característica técnica, permite resguardar información sobre la vida íntima de los contertulios.

En el caso de las cuentas de correo institucional de funcionarios públicos, estos instrumentos contribuyen al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, debido a que incrementan la cantidad de información sobre la gestión pública y facilitan la difusión de la misma.

En relación a sus efectos negativos, las comunicaciones por correo electrónico o los documentos contenidos en el buzón son propensos a intervenciones arbitrarias, es decir, a actos de observación, apertura, interceptación o incautación que no cumplen con los requisitos que justifican una afectación al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Asimismo, la dirección de correo electrónico suele ser recopilada y utilizada ilegalmente por empresas para ofrecer bienes y servicios no solicitados, perpetrándose una vulneración al derecho a la autodeterminación informativa²³.

Adicionalmente, este recurso tecnológico puede convertirse en un medio de comunicación masiva a través del cual un emisor transmite expresiones o contenidos difamatorios en agravio de una o algunas personas a cantidades

²² A efectos de proteger la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de las comunicaciones privadas realizadas en las redes, se ha promovido la creación de mecanismos como la firma electrónica, acompañada de la técnica de encriptación, que es el "(...) arte de crear y usar métodos para disfrazar mensajes usando códigos, algoritmos y otros métodos de tal modo que solo las personas que conocen esos códigos puedan acceder a la información" (Fernández 1998: 146). Estas condiciones son de suma importancia para toda transmisión de mensajes. Conforme al Servicio Público de Empleo Estatal de España, la autenticidad "(...) se refiere a la capacidad de determinar si una lista determinada de personas ha establecido su reconocimiento y/o compromiso sobre el contenido del documento electrónico", la integridad "(...) garantiza que el documento recibido coincide con el documento emitido sin posibilidad alguna de cambio", y la confidencialidad "(...) se refiere a la capacidad de mantener un documento electrónico inaccesible a todos, excepto a una lista determinada de personas".

²³ Se trata del correo *spam*, que supone el envío masivo de mensajes a partir de la obtención de direcciones electrónicas sin el consentimiento de los titulares (Díaz 2009: 195).

considerables de destinatarios, situaciones que pueden configurar una lesión al derecho al honor²⁴.

Frente a este escenario ambivalente, en el que se reconocen nuevas manifestaciones de derechos o se generan situaciones de vulnerabilidad en o a través de la Red, los principios y valores constitucionales exigen que el carácter instrumental de las tecnologías digitales (en beneficio de las esferas de libertad de las personas) sea potenciado, y que se reduzcan o controlen sus amenazas, tareas correspondientes al Estado, a los proveedores de los servicios en Internet y a los usuarios²⁵²⁶.

Entre los valores que resultan aplicables al Internet y al correo electrónico están el de dignidad, que implica orientar estos instrumentos al desarrollo y bienestar del ser humano; el de libertad, que supone reconocer dichos recursos como ámbitos para el libre desenvolvimiento de los individuos; así como el de igualdad y no discriminación, que subyace el acceso y formación en condiciones equitativas.

²⁴ La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República de Perú señaló en la sentencia de 18 de diciembre de 2000 recaída en el Expediente 953-2000 que el correo electrónico puede constituirse en un medio de difusión amplia cuando el emisor dirige un email a varios destinatarios, quienes pueden difundir el mismo en sus respectivos espacios de actuación: “(...) el adelanto de la tecnología electrónica viene transformando la industria de la información, por lo que el uso del e-mail o correo electrónico, que transmite instantáneamente la información, cuando se dirige, como ha ocurrido, a numerosas empresas corporativas o sucursales de Inspectorate Griffith SAC, con acceso al personal de cada una de ellas, que a su vez pueden comentar con otras personas de la misma u otras empresas, constituye el medio de comunicación masiva que se refiere el artículo trescientos catorce del Código de Procedimientos Penales, cuando señala ‘u otro medio análogo de publicidad’”. Los hechos que motivaron esta resolución consistieron en que Harry Venegas, Gerente de la Compañía RAMSA, transmitió, desde su cuenta de correo laboral, un mensaje el 4 de marzo de 1999 a las direcciones electrónicas de todas las sucursales de la Compañía Inspectorate Griffith Peru SAC (ubicadas en diversos países), en la que afirmó que el trabajador Douglas Ruíz era un delincuente, debido a que había sido denunciado por cometer supuestas infracciones penales. Este último interpuso una querrela contra el emisor del mensaje electrónico por comisión del delito de difamación.

²⁵ Por esta razón, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH sostiene que los Estados deben adoptar medidas de ciberseguridad a efectos de proteger la integridad y confidencialidad de las bases de datos informáticos ubicados en las redes, lo que implica establecer un modelo de seguridad, **capacitar a usuarios de la Red**, implementar dispositivos de seguridad, erradicar los virus y gusanos informáticos, sancionar los ataques cibernéticos e informar las acciones emprendidas por el Estado y los proveedores de servicios para hacer frente a dichas prácticas (2013: párr. 119-129). Asimismo, considera que solo se debe permitir el tratamiento de datos personales en Internet cuando exista consentimiento del titular o cuando se verifique una lista de situaciones específicas: ejecución de contratos, satisfacción de obligación legal, ejercicio de prerrogativas públicas o satisfacción de interés vital (2013: párrafo 142). Por otro lado, sostiene que se debe contar con un régimen jurídico que permita la limitación proporcionada al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas mediante programas de vigilancia (2013: párr. 151-157).

²⁶ De acuerdo a Vera, los agentes prestadores de servicios de internet como de comunicación electrónica deben garantizar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la protección de datos personales a través de la adopción de medidas técnicas y de gestión orientadas a proveer seguridad (2005: 207 & 212).

La eficacia de los valores y principios constitucionales en el Internet se debe a que la norma suprema del ordenamiento establece respuestas a los fenómenos de la sociedad de la información, aunque de manera implícita, debido a la redacción general de sus preceptos.

Las normas de la Constitución deben interpretarse de manera dinámica para aplicar sus mandatos a las novedosas situaciones generadas por las nuevas tecnologías (Bidart 1991: 401). Como afirma Díaz, los valores constitucionales pueden adaptarse a las nuevas realidades, pero no removerse (2009: 31).

Debido a su importancia para los derechos y principios del Estado democrático y social de Derecho, el Internet y el correo electrónico han sido incorporados a las entidades de la Administración Pública para el ejercicio de sus actividades públicas. A continuación, se examinará la manera en que se realiza dicha utilización, de la cual queda un registro que se halla bajo posesión de las instituciones públicas.

1.1.3. El correo electrónico como herramienta tecnológica para potenciar el derecho de acceso a la información pública en el Estado

Los órganos públicos emplean las nuevas tecnologías para satisfacer las necesidades elementales de las personas, puesto que sus funciones públicas (ya sean de gobierno, administrativas, jurisdiccionales, legislativas, etc.) están orientadas a servir al individuo y a la sociedad, tal como señala el artículo 39 de la Constitución²⁷.

Al respecto, el apartado 2.4 inciso a) relativo al principio de orientación al ciudadano, que guía la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, aprobada por Decreto Supremo 004-2013-PCM (publicado el 9 de enero de 2013), ha indicado que:

La razón de ser de la gestión pública es servir a los ciudadanos. Ello significa que el Estado y sus entidades deben definir sus prioridades e intervenciones a partir de las necesidades ciudadanas y en función de ello, establecer las funciones y los procesos de gestión que permitan responder más y mejor a esas necesidades con los recursos y capacidades disponibles en cada momento presente.

Las entidades incorporan el servicio de correo electrónico debido a sus implicancias favorables en el ejercicio de derechos fundamentales. Como se estipuló, este servicio permite transmitir, recibir y almacenar contenidos multimedia a distancia (de manera eficiente, oportuna, accesible, confiable, etc.), a través de dispositivos conectados al Internet.

²⁷ Artículo 39.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (...).

Tal como ha explicado Abad, “[e]n la actualidad, el envío de memorándums, oficios, cartas, etc., no sólo se hace en forma física o por vía postal. En muchas ocasiones el correo electrónico reemplaza a tales vías de comunicación” (2014). El intercambio de información digitalizada es presupuesto para que la gestión pública pueda servir al ciudadano.

El correo electrónico como medio para el tratamiento de información y para la interacción contribuye a que los atributos del poder público reconozcan a la persona como inicio y fin del Estado, conforme al principio de dignidad, en tanto coadyuvan a que las actuaciones estatales se realicen de manera coordinada y plena.

Gobierno Electrónico o Administración Electrónica son las categorías que destacan la incorporación de las nuevas tecnologías en la estructura y en las funciones de las entidades públicas. De conformidad con la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en 2007, ambos conceptos son sinónimos²⁸.

Se entiende por Gobierno Electrónico la utilización de las TIC para fortalecer la relación existente entre el Estado y las personas, dotando a la gestión pública de herramientas para proveer servicios y realizar actividades más óptimas en beneficio de la población.

De acuerdo a la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, dicha expresión consiste en “(...) el uso de las TIC en órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos” (2007: Objetivo 3 del Capítulo Primero)²⁹.

La utilización de medios electrónicos para la actuación pública tiene fundamentos en la Constitución: como tecnologías para satisfacer derechos (artículos 1, 2, 3 y 44), como soportes que permiten el tratamiento de información susceptibles de ser compatibilizadas con los fines del Estado (artículo 2 numeral 6) y como herramientas cuya creación se promueve (artículo 2 numeral 8).

²⁸ Esta tesis concuerda con equiparar el significado de Gobierno Electrónico con el de Administración Electrónica, puesto que las TIC alcanzan a todas las funciones públicas, siendo tan relevante el impacto en las funciones de gobierno como en las administrativas. Para el desarrollo de la investigación, se elegirá la primera expresión ya que es la más empleada en las políticas públicas sobre la materia en el Perú.

²⁹ Esta definición de Gobierno Electrónico ha sido acogida por el Estado peruano en el apartado 3.2. numeral 2) de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública (aprobada por Decreto Supremo 004-2013-PCM, de 8 de enero de 2013).

Asimismo, como instrumentos que deben ser desarrollados (artículo 14), como objetos cuya investigación se incentiva (artículo 18), como recursos a través de los cuales los funcionarios públicos pueden servir a la Nación (artículo 39), y como medios para materializar el principio de Estado democrático y social de Derecho (artículo 43).

El impacto favorable de las TIC en derechos y principios constitucionales, como el derecho de acceso a la información pública o la transparencia, ha motivado la creación de políticas públicas de alcance nacional que establecen objetivos, estrategias y medidas destinadas a incorporar dichos instrumentos en la gestión pública (Iriarte 2013: 23-28).

Al respecto, la Agenda Digital Peruana 2.0, aprobada mediante Decreto Supremo 066-2011-PCM (publicado el 27 de julio de 2011), señala que:

El Perú se consolida como una sociedad integrada y proyectada hacia el futuro donde **las Tecnologías de Información y la Comunicación (TIC)**, son herramientas imprescindibles para el desarrollo social, soportan la competitividad de las empresas, organizaciones privadas y públicas y, **aportan a un Estado moderno, descentralizado, eficiente, transparente, participativo y ético al servicio de la ciudadanía.** (...)

Son ocho los objetivos sobre los cuales se sustenta la Agenda Digital Peruana 2.0 al 2015. (...)

Objetivo 7. Promover una **Administración Pública de calidad orientada a la población.**

(...) Estrategia 2. **Proveer a la población, información, trámites y servicios públicos accesibles por todos los medios.**

(...) Estrategia 3. Desarrollar e implementar mecanismos para **asegurar el acceso oportuno a la información y una participación ciudadana como medio para aportar a la gobernabilidad y transparencia de la gestión del Estado** (2011) (subrayado añadido)³⁰.

En la misma línea, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, aprobada mediante Decreto Supremo 004-2013-PCM (publicado el 9 de enero de 2013), señala que la promoción del gobierno electrónico contribuye a orientar la gestión pública (recursos, procesos, productos y resultados de las entidades públicas) a las necesidades de las personas:

³⁰ Capítulo IV relativo al Marco estratégico del Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - la Agenda Digital Peruana 2.0.

La Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública tiene el siguiente objetivo general:

Orientar, articular e impulsar en todas las entidades públicas, el proceso de modernización hacia una gestión pública para resultados que impacte positivamente en el bienestar del ciudadano y el desarrollo del país.

Para lograrlo se plantea los siguientes objetivos específicos:

(...) 8. **Promover el gobierno electrónico a través del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) como soporte a los procesos de planificación, producción y gestión** de las entidades públicas permitiendo a su vez consolidar propuestas de gobierno abierto (2013) (subrayado añadido)³¹.

Por su parte, la Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013-2017, aprobado mediante el Decreto Supremo 081-2013-PCM (publicado el 10 de julio de 2013) el califica el gobierno electrónico como una obligación del Estado, precisamente para orientar su estructura orgánica y funciones al servicio de las personas:

La Política Nacional es desarrollada a través de cinco objetivos estratégicos para el período 2013 al 2017: [uno de ellos es] (...) **acercar el Estado a los ciudadanos, de manera articulada, a través de las tecnologías de la información que aseguren el acceso oportuno e inclusivo a la información y participación ciudadana como medio para contribuir a la gobernabilidad, transparencia y lucha contra la corrupción en la gestión del Estado (...)**

La presente Política Nacional de Gobierno Electrónico considera **el uso eficiente de las TIC y al Gobierno Electrónico como una obligación que tiene el Estado centrada en los ciudadanos y las personas en general, su adecuada identificación electrónica como elemento transversal en la definición de políticas relacionadas con la gobernabilidad democrática, la transparencia, identidad e inclusión digital y el desarrollo equitativo y sostenible (...)** (2013) (subrayado añadido)³².

Como se aprecia, el Estado peruano reconoce que las herramientas digitales contribuyen a garantizar la protección de las esferas de libertad de las personas, como el derecho de acceso a la información pública, tanto en el mundo real como en el virtual³³. Estos medios electrónicos, como el correo electrónico, promueven que la actuación pública sea más oportuna, eficiente, transparente y participativa.

³¹ Apartado 2.3 relativo a los Objetivos de la política.

³² Apartado 2 relativo a Antecedentes.

³³ Ciertamente, el Gobierno Electrónico no solo consiste en incorporar las TIC en la Administración Pública. Implica, además, que el ciudadano tenga acceso efectivo a dichos recursos para relacionarse con sus autoridades, y que desarrolle capacidades para disfrutar los servicios. Asimismo, los funcionarios públicos deben conocer las TIC para orientar su funcionamiento en favor de las personas.

Las consecuencias de las tecnologías se vislumbran tanto en el funcionamiento interno como externo de la gestión pública, es decir, en la coordinación intra o interinstitucional (en el marco de actuaciones administrativas³⁴ o en virtud del principio de colaboración³⁵) como en la relación de la Administración Pública con el ciudadano (en trámites administrativos o servicios públicos) (Guillén 2005: 254-260)³⁶.

Por ejemplo, en el ámbito interno los medios electrónicos favorecen la gestión de bases de datos estatales así como el intercambio de información entre órganos de una entidad o entre entidades de una manera oportuna, a bajo costo, confiable, completa y accesible, ya que las tecnologías contribuyen a la organización, sistematización, conservación y entrega de la información, actualizando el soporte tradicional al informático o electrónico (Morón Urbina 2017: 339).

Con respecto al ámbito externo, los instrumentos digitales promueven la interacción de las entidades públicas con los ciudadanos, debido a que permiten la presentación y recepción de solicitudes y comunicaciones por nuevos canales (medios electrónicos o virtuales), agilizando la realización de trámites administrativos, la prestación de servicios públicos o, en general, el cumplimiento de prestaciones para satisfacer derechos fundamentales³⁷.

³⁴ Siguiendo a Morón Urbina, las funciones administrativas cuyos efectos se agotan al interior de las entidades públicas son actos de administración interna (2017: 208). Como desarrolla Rubio, estas competencias comprenden las tareas de reglamentación (de los procedimientos administrativos o de delimitación de sus funciones específicas), nombramiento de funcionarios, la creación de dependencias, entre otros (2009: 143).

³⁵ Conforme a Guillén, el deber de colaboración exige que una entidad asista a otra en el cumplimiento de sus competencias; ello involucra la remisión de documentos a la institución que lo necesite (2005: 254). Según el numeral 2.2. del artículo 85 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (aprobado mediante Decreto Supremo 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017), el deber de colaboración entre entidades públicas se efectúa "(...) a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares".

³⁶ La Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, en su apartado 3.2. numeral 2, ha advertido este doble impacto de las TIC en las entidades de la Administración Pública y ha identificado las principales acciones en cada una de ellas: en el ámbito interno, ha señalado que las tecnologías digitales deben emplearse para la gestión de bases de datos, la optimización de procesos internos y para la interoperabilidad; en relación al ámbito externo, ha referido que deben desarrollar ventanillas únicas de atención al ciudadano, canales de comunicación, plataformas web de transparencia y servicios en línea (2013). Además de estos asuntos, la organización civil Hiperderecho ha añadido para el ámbito interno una política pública de uso de la nube y la adopción de medidas de seguridad de la información del Estado (2017: 14)

³⁷ La obligación de las entidades de contar con un Portal de Transparencia y de publicar en él cierta información de carácter pública se halla en el artículo 5 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: "Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de internet de (...) información". Este deber es desarrollado en los artículos 8 y 9 de su reglamento.

En especial, el correo electrónico brinda beneficios a la gestión pública que se visualizan en el derecho de acceso a la información pública o derecho a saber, reconocido en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución vigente, que consiste en la facultad subjetiva de conocer información bajo posesión del Estado.

Este impacto favorable se debe a que el *email*, en particular, constituye una herramienta de trabajo institucional para el tratamiento de información (aporta a su organización, sistematización, conservación y entrega) y para la comunicación (impulsa la realización de procedimientos administrativos electrónicos o conduce a la satisfacción del derecho). Sus consecuencias alcanzan el interior de las entidades públicas y la relación de éstas con la población³⁸. Por estas razones, este servicio es incorporado en el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y en su reglamento³⁹⁴⁰.

De este modo el correo electrónico institucional facilita la accesibilidad de la información bajo posesión del Estado, ya que convierte un documento que está en soporte físico papel a uno electrónico (extiende la diversidad de formatos existentes), contribuye a su localización en las bases de datos de la entidad (la bandeja de entrada cuenta con categorías para organizar los correos y con opciones de búsqueda), conlleva la gratuidad puesto que la reproducción de información digital no significa directamente un gasto y permite difundirla de manera oportuna⁴¹.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH se ha referido así al correo electrónico, al señalar que, “[p]or sus características, Internet [el correo electrónico es un servicio de éste] permite aumentar la cantidad de información

³⁸ Como señala Gaete, la tecnología digital en el Estado “(...) implica un replanteamiento total de las siguientes áreas: a) medios de distribución de la información, b) métodos de trabajo con la información, c) medios necesarios de expresión y comunicación y d) nuevas formas de organizar la información” (2000: 121), lo cual ocurre con el correo electrónico, herramienta de trabajo de los funcionarios que se utiliza para transmitir y organizar información.

³⁹ El artículo 3 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública y el artículo 3 inciso d) numeral 2 de su Reglamento establecen la obligación correspondiente a la máxima autoridad y al responsable de transparencia de cada entidad pública de prever la utilización de recursos tecnológicos para la atención de las solicitudes ciudadanas de información pública (que contribuyan a adecuada infraestructura y al tratamiento de los datos).

⁴⁰ La obligación de las entidades de contar con un Portal de Transparencia y de publicar en él cierta información de carácter pública se halla en el artículo 5 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: “Las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión a través de internet de (...) información”. Este deber es desarrollado en los artículos 8 y 9 de su reglamento.

⁴¹ Es importante que la información tratada en correos electrónicos institucionales sea materia de seguridad, a efectos de salvaguardar su autenticidad, integridad y, por tanto, su confiabilidad. El Internet cuenta con la técnica de la firma digital que se apoya en la encriptación o con aplicaciones que evitan el ataque a las bandejas de entradas. De este modo, el empleo de este recurso es seguro. Si bien la confidencialidad es una característica del servicio de correo electrónico, debido a su carácter cerrado, la impenetrabilidad no es un fin en sí mismo, sino está orientada a proteger la integridad, autenticidad y confiabilidad de la información.

públicamente disponible, difundirla masivamente y a bajo costo, y publicarla en forma dinámica, permitiendo que se trabaje con y sobre ella” (2016: párrafo 176).

A nivel normativo nacional, la Resolución Jefatural 088-2003-INEI (publicada el 3 de abril de 2003) mediante la cual se aprueba la Directiva 005-2003-INEI/DTNP, relativa al uso del correo electrónico en las entidades de la Administración Pública, contempla la doble dirección de su incorporación: “(...) es una herramienta importante de comunicación e intercambio de información entre personas y entidades de la Administración Pública [ámbito externo], por lo que resulta necesario promover su correcta aplicación, como recurso de comunicación intra e inter-institucional [ámbito interno] (...)”⁴².

Su contribución a la gestión pública conlleva a que el ordenamiento jurídico peruano habilite su utilización en cualquier proceso de toma de decisiones de la Administración Pública, ya sea que sus efectos se agoten en su interior o se dirijan a los ciudadanos.

Bajo esta lógica el artículo 30 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (aprobado mediante Decreto Supremo 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017), reconoce la utilización del correo electrónico para la realización del procedimiento administrativo de entrega de información pública (mecanismo mediante el cual se ejerce el derecho a saber en el Perú)⁴³.

En otras palabras, las personas pueden presentar solicitudes o recibir las respuestas de las entidades mediante *email*, lo cual se complementa con el artículo 10 del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo 072-2003-PCM, publicado el 7 de agosto de 2003)⁴⁴. Los

⁴² La referida Directiva es el instrumento normativo de carácter técnico y de alcance general que regula el uso de los correos electrónicos institucionales en el ordenamiento jurídico peruano. Para el momento de su aprobación, de acuerdo al artículo 9 inciso c) de su Ley de Organización y Funciones (aprobada mediante Decreto Legislativo 604, publicada el 3 de mayo de 1990), el INEI era el competente para normar la utilización de las herramientas informáticas empleadas por entidades del sector público. En la actualidad, la competencia de regular del empleo de recursos tecnológicos en entidades públicas recae en la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 48 c) del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (Decreto Supremo 022-2017-PCM, publicado el 28 de febrero de 2017).

⁴³ “Artículo 29-A.- Procedimiento Administrativo Electrónico

29-A.1.- “Sin perjuicio del uso de medios físicos tradicionales, el procedimiento administrativo podrá realizarse total o parcialmente a través de tecnologías y medios electrónicos, debiendo constar en un expediente, escrito electrónico, que contenga los documentos presentados por los administrados, por terceros y por otras entidades, así como aquellos documentos remitidos al administrado”.

⁴⁴ Artículo 10.- Presentación y formalidades de la solicitud

“**La solicitud de acceso a la información pública puede ser presentada** por cualquier persona natural o jurídica ante la unidad de recepción documentaria de la entidad, a través de su Portal de Transparencia, **a través de una dirección electrónica establecida para tal fin o a través de cualquier otro medio idóneo que para tales**

actos resolutivos del procedimiento administrativo electrónico tienen la misma validez y eficacia que los emitidos por medios físicos⁴⁵.

Como explica Morón Urbina, el empleo de las tecnologías en la acción administrativa debe guiarse, entre otros, por el principios de legalidad, que conlleva que “(...) las garantías previstas en los modos tradicionales de relación del ciudadano con el Gobierno y la Administración se mantengan idénticas en los medios electrónicos”⁴⁶; por el principio de conservación, que señala que los documentos generados sean almacenados tal como ocurre con los producidos por medios tradicionales; por el principio de responsabilidad, que quiere decir que las entidades respondan “(...) por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que de los realizados por medios tradicionales”; y por el principio de transparencia, que dispone que la información tratada sea suministrada a los ciudadanos (2017: 340-341).

Este procedimiento supone que las oficinas o unidades de informática de las entidades públicas crean cuentas de correo electrónico a sus funcionarios con el propósito de preparar y entregar la información solicitada por el ciudadano a su cuenta personal.

La Directiva aprobada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Directiva 005-2003-INEI/DTNP, señala que los *emails* activados o habilitados a los funcionarios públicos están destinados al cumplimiento de las funciones públicas que corresponden a sus titulares (servidores públicos). Se les denominan institucionales: “Las cuentas de correo para empleados de las instituciones públicas deben usarse para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la institución” (artículo 5.6).

Se distinguen de las cuentas que cualquier persona puede crearse para fines particulares (comerciales, financieros o, en general, íntimos), que reciben la

efectos establezcan las Entidades. El uso del formato contenido en el Anexo del presente Reglamento es opcional para el solicitante, quien podrá utilizar cualquier otro medio idóneo para transmitir su solicitud que contenga la siguiente información: (...) f) Opcionalmente, la **forma o modalidad en la que prefiere el solicitante que la Entidad le entregue la información** de conformidad con lo dispuesto en la Ley” (subrayado añadido).

⁴⁵ Artículo 29-A.3. “Los actos administrativos realizados a través del medio electrónico, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios físicos tradicionales. Las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos, siguiendo los procedimientos definidos por la autoridad administrativa, tendrán la misma validez legal que los documentos manuscritos”.

⁴⁶ En concordancia con el artículo 29-A.2. “El procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento previstos en la presente Ley, sin que se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes, debiendo prever las medidas pertinentes cuando el administrado no tenga acceso a medios electrónicos”.

categorización de correos electrónicos privados: “Los usuarios deben conocer la diferencia de utilizar cuentas de correo electrónico institucionales y cuentas privadas ofrecidas por otros proveedores de servicios en Internet” (artículo 6.2.1). De acuerdo a la Directiva, las cuentas de correo institucional son recursos institucionales (6.2.4.2). Se debe añadir que la creación, mantenimiento y conexión a Internet de estos correos irroga costos al Estado.

A través del correo institucional, en el marco del procedimiento administrativo de acceso a la información pública, las unidades internas de la entidad se comunican entre sí para coordinar una respuesta favorable o denegatoria al pedido presentado (actuaciones al interior y exterior de la entidad). Esto ocurre muy a menudo alrededor de tres áreas: i) la de asesoría legal, ii) la que posee la información y iii) la responsable de atender la solicitud.

En tanto el funcionamiento del correo en el procedimiento de acceso a la información pública supone la prestación del servicio de Internet en el Estado, la satisfacción del derecho se puede categorizar tanto *a través de* la Red como *en* la Red.

El ejercicio se materializa *a través del Internet* cuando un individuo envía un correo electrónico a una entidad pública para solicitarle que se le entregue una información en soporte papel, lo que implica que conocerá la información por medio físico, en el mundo real.

Por otro lado, este derecho es satisfecho *en el Internet* cuando un ciudadano se informa mediante la recepción a su cuenta electrónica personal de un *email* oficial emitido por el funcionario responsable de transparencia que contiene los documentos que aquél requirió. En ese sentido, el ciudadano accede a la información pública en el ciberespacio, utilizando la infraestructura y los servicios de internet necesarios para ello.

La previamente citada Directiva del INEI dispone que el uso del correo electrónico institucional es individual y no colectivo, es decir, las actividades que se realizan en este servicio (emisión, recepción y almacenamiento de correos) corresponden al titular de la cuenta. Esta característica del uso del correo institucional se establece en la atribución de responsabilidad al titular por las actividades realizadas en el *email*, en la prohibición del usuario de facilitar el ingreso al buzón a terceras personas, en el deber de las instituciones de asegurar un uso individual de los correos electrónicos de su personal, en la denominación de la dirección electrónica basada en el nombre y apellido del titular (artículos 5.5, 5.7, 5.8 y 6.2.1).

El funcionario público que maneja una cuenta institucional debe sujetar las actividades que realiza en dicho medio al ordenamiento jurídico (las normas

constitucionales, legales e infralegales), lo que denota que su utilización debe ser responsable. Que sean actuaciones realizadas en el ámbito virtual, no significa que se desvinculen del sistema jurídico.

Debido a que los *emails* institucionales son empleados para la función pública, y ésta se encuentra al servicio de la sociedad, las actividades desarrolladas en el ámbito de correo institucional son objeto de aplicación de una serie de principios y derechos fundamentales específicos, que promueven la transparencia, la participación y la democracia. Su condición de medio de comunicación cerrada o su uso individual no son óbices para reconocer la vigencia de dichas normas.

Al respecto, la Directiva indica que el parámetro normativo de sujeción del funcionario público está conformado por los preceptos de su institución. Sin embargo, no hace alusión expresa a la Constitución, lo que, sumado a la ausencia de principios como la transparencia en su texto, demuestra que aquel instrumento de regulación de correo electrónico no implementa plenamente las disposiciones de la norma suprema –que vinculan a todo el Estado-.

Esta tesis considera que la adecuación de la Directiva a la Constitución, las políticas de gobierno electrónico y el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General es parcial, ya que si bien reconoce que los funcionarios públicos que utilizan correos electrónicos institucionales deben respetar una serie de bienes constitucionales⁴⁷, la Directiva no dispone que la información generada por dicho medio sea entregada a los ciudadanos, en virtud del derecho de acceso a la información pública y del principio de transparencia⁴⁸.

Al contrario, el referido instrumento ordena la eliminación de los correos almacenados en la bandeja de entrada de los funcionarios públicos en un breve plazo, como es 30 días (artículo 6.1.7)⁴⁹ y establece reglas redactadas de manera ambigua (artículo 5.7)⁵⁰, disposiciones que, como se verá más adelante, integran la

⁴⁷ Por ejemplo, el derecho a la propiedad intelectual (obligación de citar la fuente de los archivos adjuntos que no sean de autoría del titular de la cuenta), los derechos de los niños, niñas y adolescentes (prohibición de difundir pornografía), el derecho a la protección de datos personales (prohibición de enviar correos no solicitados o *spam*), la seguridad nacional (prohibición de la apología al terrorismo), etc.

⁴⁸ Se aprecia que ciertas normas de la Directiva del INEI no se adecúan a las disposiciones de la Constitución, a los objetivos de las políticas de gobierno electrónico y a los mandatos del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

⁴⁹ 6.1.7. Vigencia de los mensajes

“- Los mensajes tendrán una vigencia no mayor de 30 días desde la fecha de entrega o recepción de los mismos, o de acuerdo a la política establecida por la Oficina de Informática (o la que haga sus veces) de cada institución. Superada la fecha de vigencia, los mensajes deberán ser eliminados del servidor de correo”. Este párrafo, como se sustentará más adelante, ha sido entendido por los Ministerios en esta tesis como un reconocimiento de que los correos electrónicos no son documentos.

⁵⁰ 5.7. “La institución debe garantizar la privacidad de las cuentas de correo electrónico institucional de todos los usuarios. Sólo en el caso de que se detecte que un usuario está cometiendo una falta grave contra lo

base normativa citada e interpretada por cuatro Ministerios para denegar el acceso ciudadano a los correos electrónicos institucionales, que son precisamente las prácticas que dilucidan el problema jurídico que esta tesis plantea y resuelve⁵¹.

En general, la Directiva comentada no establece reglas que orienten el uso del correo electrónico institucional a la entrega de la información que poseen las entidades públicas de modo oportuno, completo, accesible, confiable y a bajo costo. Desconoce que su empleo permite organizar, sistematizar, conservar y entregar información pública (accesibilidad), a pesar de que su diseño técnico lo asegure.

Estos cuestionamientos son desarrollados en el capítulo tercero, en el que se examinan las decisiones de los cuatro Ministerios cuyos correos electrónicos fueron requeridos (Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Economía y Finanzas, Vivienda, Construcción y Saneamiento, y Energía y Minas).

Es favorable, en cambio, el establecimiento de medidas orientadas a satisfacer la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información intercambiada por medio de *emails* institucionales, implementando medidas de seguridad como las firmas digitales (artículo 6.4.2) reconocidas en la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269, publicada el 28 de mayo de 2000)⁵², lo cual es compatible con la legislación en materia del derecho de acceso a la información pública⁵³.

establecido por la institución por medio de su cuenta de correo, la Oficina de Informática (o quien haga sus veces) podrá tomar las medidas que más le convenga respecto de dicha cuenta de correo. La Oficina de Informática (o quien haga sus veces) establecerá los procedimientos para la detección de faltas graves cometidos por los usuarios mediante correo electrónico”. La primera oración de este párrafo, como se demostrará más adelante, ha sido entendida por los Ministerios estudiados en esta tesis como un reconocimiento de que este servicio constituye un ámbito de la vida privada del funcionario titular de la cuenta, cuyo secreto e inviolabilidad se protege al margen de cuáles sean los contenidos de los correos electrónicos generados.

⁵¹ Las entidades estudiadas en esta tesis se niegan a reconocer que los *emails* institucionales son utilizados para ser puestos a disposición de los ciudadanos.

⁵² Esta ley reconoce la validez y eficacia de las diversas modalidades de firma electrónica (simple, avanzada o cualificada), resultando equivalentes a la firma manuscrita contenida en un documento en soporte papel (artículo 1). Esta posición normativa conduce a “(...) equiparar el valor del documento electrónico al documento escrito” (Elías 2008: 52). La función de la firma consiste en autenticar o identificar a la persona que se compromete con el contenido del documento. Asimismo, en el caso específico de la firma digital o avanzada, tal como regula el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Decreto Supremo 052-2008-PCM), esta tecnología asegura la integridad del documento, puesto que éste se somete a una técnica de criptografía asimétrica. De acuerdo con Fernández, “la criptografía o cifrado es el arte de crear y usar métodos para disfrazar mensajes usando códigos, algoritmos, y otros métodos de tal modo que solo las personas que conocen esos códigos pueden acceder a la información” (1998: 146).

⁵³ El artículo 3 inciso f) del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública enuncia que las máximas autoridades de las entidades públicas deben “(...) [d]isponer se adopten las medidas de seguridad que permitan un adecuado uso y control de seguridad de la información de acceso restringido”.

Esta Directiva ha sido base normativa para que diversas entidades públicas hayan dictado sus propios instrumentos jurídicos en materia de utilización de correos electrónicos institucionales. Las reglas establecidas por el INEI, de este modo, se han extendido, como se verá más adelante, a instituciones como los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Economía y Finanzas, Vivienda, Construcción y Saneamiento, y Energía y Minas.

Una vez que se ha identificado que el sistema jurídico habilita al Estado a emplear los correos electrónicos institucionales en el marco de sus competencias públicas⁵⁴, aunque con deficiencias para satisfacer plenamente el goce del derecho a saber, resulta relevante determinar su naturaleza jurídica: es decir, si son documentos, y en ese caso, qué clase son, así como precisar si son objetos de conservación, a efectos de identificar más características que sean relevantes para valorar su importancia en el derecho de acceso a la información pública.

1.2. El tratamiento jurídico de los correos electrónicos en el Estado como documentos que registran datos y actividades sobre la función pública

En este apartado se argumenta que el ordenamiento jurídico nacional reconoce al correo electrónico como un objeto material que permite expresar o incorporar actividades, datos o hechos relacionados a la función pública (es decir, le otorga una condición de documento), que cuando se halla bajo tenencia del Estado obtiene la calificación de información pública y que existe un mandato de conservación.

1.2.1. La definición y clasificación de documentos

La regulación de los documentos y su respectiva clasificación se encuentran en las normas procesales⁵⁵. Al respecto, se puede citar los artículos 233 y 234 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicado el 22 de abril de 1993):

Artículo 233.- Documento.-

Es todo escrito u **objeto que sirve para acreditar un hecho.**

Artículo 234.- Clases de documentos.-

⁵⁴ El correo electrónico es un ejemplo de los beneficios del Internet en la Administración Pública. Otra experiencia positiva de tecnología en favor del derecho a saber es el servicio de contenidos, como los Portales de Transparencia, en los que se coloca información sobre el desempeño de la función pública en forma sistematizada, previo examen de que los documentos suministrados no se encuentren protegidos por el régimen de excepciones.

⁵⁵ Esta regulación tiene efectos en la aceptación de medios de prueba (prueba documental, en específico) en procesos civiles.

Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la **modalidad de soportes informáticos**, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que **recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado** (resaltado añadido)⁵⁶.

A partir de la revisión de estos preceptos, el documento puede definirse como un objeto material, correspondiente a cualquier soporte (incluyendo el informático), que expresa o incorpora hechos, actividades humanas, etc. Este tratamiento propio del derecho procesal se ha extendido a otros sectores del ordenamiento jurídico⁵⁷.

En relación a la doctrina, siguiendo a Gaete, el documento “(...) es una cosa corporal (estructural) que (...) enseña, nos muestra algo (funcionalidad). Tal cosa corporal, posee dos elementos (...) dentro del concepto: a) un elemento material o corporal; y b) un elemento ideológico o propiamente docente, que consiste en la virtud expresiva o significativa contenida por el elemento corporal” (2000: 111).

El elemento corporal del documento alude tanto a la forma o medio (el soporte) por el que se percibe una información como a la grafía o medio de expresión, a través del cual el autor del documento exterioriza una información (la expresión gráfica, sonora, en imagen) (Gaete 2000: 87 y ss.)

El elemento docente del documento refiere que tiene una capacidad de representar un hecho o pensamiento al mundo externo (Gaete 2000: 79). Esta característica consiste en la aptitud del documento de expresar pensamientos propios del autor o de incorporar datos en cuya creación el autor no ha participado necesariamente (Elías 2008: 38-39). Como explica Copa, los documentos pueden exteriorizar la actividad o voluntad del sujeto que los elaboran, así como limitarse a reproducir una situación existente (2016: 452).

Tal como establece las normas invocadas del Código Procesal Civil, el soporte del documento (elemento corporal) puede estar en cualquier soporte material⁵⁸. De acuerdo a Ledesma, la forma en que se realiza la representación es un elemento

⁵⁶ El Código Procesal Civil es el instrumento normativo dentro del sistema jurídico peruano que realiza la regulación más completa del concepto y de las clases de documentos. Sus disposiciones se aplican de manera supletoria a los demás ordenamientos procesales.

⁵⁷ El reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Decreto Supremo 052-2008-PCM, publicado el 19 de julio de 2008), en su glosario de términos, define documento en los mismos términos que el artículo 234 del Código Procesal Civil.

⁵⁸ Siguiendo a Gaete, que un objeto sea material quiere decir que es “(...) revelable a nuestros sentidos, por cualquier instrumento de medida” (2000: 181). En la misma línea, Ledesma manifiesta que el documento es objeto de percepción, puesto que cuando se incorpora en un proceso el juez toma conocimiento de los hechos que representa, por medio de los sentidos (2015: 642).

accesorio en la definición de documento (2015: 642). En igual sentido, Copa refiere que hay varias formas documentales, siendo lo relevante su aptitud para acreditar un hecho o afirmación (2016: 446).

La definición establecida por Elías es ilustrativa en tanto considera que un documento es “(...) cualquier soporte material (independientemente de su naturaleza, incluso redactado y firmado electrónicamente) que tenga una finalidad probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, en su función de acreditar o hacer constar alguna cosa” (2008: 42)⁵⁹.

Los correos electrónicos son documentos conforme a los artículos 234 y 235 del Código Procesal Civil, puesto que son objetos en soporte electrónico o informático que expresan o incorporan hechos o actividades humanas. En aplicación de la doctrina invocada, reúnen los elementos corporal e intelectual, ya que son formas u objetos que cuentan con una grafía (expresión gráfica y/o sonora debido a su contenido multimedia)⁶⁰, capaces de representar un hecho o pensamiento⁶¹.

En el caso de los funcionarios públicos, los correos electrónicos que envían o reciben desde sus cuentas institucionales tienen la aptitud de expresar actividades, razonamientos, criterios, interpretaciones sobre sus labores públicas, o incorporar datos o hechos sobre una situación relativa a la función pública⁶².

Los documentos, de acuerdo al artículo 234 previamente citado, tienen una clasificación de acuerdo por el sujeto. Son documentos públicos los emitidos u otorgados por funcionarios públicos o notarios, en ejercicio de sus funciones

⁵⁹ La eficacia probatoria de los documentos se evalúa en el marco de un proceso judicial, a partir de la capacidad que tiene un medio probatorio para acreditar o desacreditar un hecho sobre el cual gira una controversia en específico, de modo que ayude al juez a conocer la verdad. De acuerdo a Ledesma, la eficacia probatoria de los documentos es un concepto distinto a su validez jurídica, puesto que este último alude a los requisitos que reúne un documento para calificar como tal, mientras que el primero hace referencia a la valoración positiva que le concede una autoridad a un documento para acreditar una afirmación (2015: 648-649).

⁶⁰ Los *emails* tienen una escritura alfabética o un lenguaje natural (expresión gráfica). Se crean por digitación hecha por el usuario del servicio o por autogeneración. Su lenguaje informático (técnica binaria o de bits) se traduce a un lenguaje entendible para el ser humano a partir de la intermediación de funciones electrónicas. De esta manera pueden leerse a través de la pantalla del ordenador o dispositivo (Gaete 2000: 12 y ss.).

⁶¹ El artículo 235 invocado incluye los documentos que representan las actividades realizadas en el ámbito virtual. Esta concepción amplia es conveniente para el respeto y garantía del derecho a saber o del derecho a la prueba (garantía del debido proceso).

⁶² Los correos electrónicos pueden graficar la aplicación de normas jurídicas, el desarrollo de procesos de toma de decisiones, el (mal) uso por parte de funcionarios públicos del propio correo oficial (recurso institucional), la sucesión de hechos jurídicos relacionados a la función pública, etc.

públicas⁶³. En cambio, son documentos privados los creados por individuos que no ostentan esa condición (Copa 2016: 451-452).

Las consecuencias de la distinción entre documentos públicos y privados es el principio de presunción de autenticidad, del que goza el primero cuando es incorporado como medio de prueba por una de las partes en un proceso judicial como sustento de sus pretensiones⁶⁴. El juez supone que el contenido del documento público es cierto⁶⁵, salvo que sea desvirtuado por otro medio de prueba o se observe su falsedad o nulidad. El documento privado, en cambio, no puede probar por sí mismo los hechos que la parte afirma, salvo que la otra parte reconozca su contenido o éste se compruebe a través de otros elementos de prueba (Copa 2016: 458-459).

Los correos electrónicos pueden ser documentos públicos o privados, en tanto este servicio de comunicación electrónica puede ser utilizado por funcionarios públicos, notarios o por particulares. Cuando un empleado público envía un mensaje a través de su cuenta institucional a otro funcionario o a un particular, dicho *email* recibe la calificación de documento público.

El Estado emite, recibe y conserva documentos para realizar sus atribuciones o competencias conforme al ordenamiento jurídico. La información que contienen los documentos puede contribuir a que el poder público sea ejercido en satisfacción del interés general.

1.2.2. La calificación de los documentos bajo posesión del Estado como información pública

Los documentos bajo tenencia del Estado tienen en común su pertenencia a la categoría de información pública. Tal como se analiza en el siguiente capítulo, los artículos 3.1 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003), así como el artículo 61.1 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237, publicado el

⁶³ El artículo 235 numeral 3 del Código Procesal Civil comprende un supuesto abierto de documento público por habilitación de ley.

⁶⁴ Ledesma ha explicado que los documentos públicos “(...) prueban su contenido por sí mismos”, permiten que los “(...) autores queden identificados sin necesidad de comprobación alguna” y tienen “(...) fecha cierta (...) que no necesita ser justificada” (2015: 647).

⁶⁵ Se asume probada la correspondencia entre el hecho (*actum*) y la representación (*dictum*). De acuerdo al artículo 6 numeral 4 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley 27815, publicada el 13 de agosto de 2002), el empleado público se rige por el principio de veracidad, que significa que “(...) se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos”.

31 de mayo de 2004), acogen el criterio de la posesión para definir el concepto de información pública.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional peruano al respecto:

12. (...) Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas [en general, en las decisiones públicas], salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva⁶⁶.

La denominación de información pública en la que se subsumen los documentos públicos y privados, según el criterio de la posesión, se debe a que el material informativo del que disponen las autoridades estatales revela su actuación en el cargo, facilita la participación de las personas y contribuye al ejercicio de derechos fundamentales. Todos los documentos en general son susceptibles de estar bajo posesión de la Administración Pública para la realización de sus actividades y labores.

Es importante señalar que no puede asimilarse los conceptos de documento público y de información pública, puesto que responden a criterios de clasificación diferentes. Mientras que el documento público destaca la presunción de veracidad de su contenido, la información pública refiere la relación que tiene cierto documento con la organización, función o actividad públicas.

Un documento privado que ingresa a la base de datos o archivos del Estado, en ese sentido, no obtiene la calificación de documento público del artículo 235 del Código Procesal Civil sino de información pública (o documento de acceso público) y, por tanto, debe ser suministrada a los individuos, salvo que corresponda la aplicación de una excepción al derecho⁶⁷.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 6 de abril de 2004 en el Expediente 2579-2003-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Julia Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura.

⁶⁷ Los documentos privados suelen ser remitidos por particulares a las entidades públicas en cumplimiento de los requisitos establecidos en procedimientos administrativos, a través de los cuales la Administración Pública emite declaraciones que afectan derechos, intereses u obligaciones. El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el carácter público de estas informaciones: “4. (...) no se trata de informaciones vinculadas al ámbito estrictamente particular o privado de quienes las proporcionan, sino a determinados requisitos exigibles en el ámbito de los procedimientos administrativos municipales seguidos ante la corporación municipal demandada [o de cualquier proceso de toma de decisión pública]. Siendo esto así, su carácter particular deja de ser tal, para convertirse en documentos con carácter público que no se encuentran exceptuados de reserva o protección legal alguna (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 0644-2004-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por la Inmobiliaria Las Lomas de Monterrico S.A. contra la Municipalidad de Santiago de Surco).

En relación a los documentos en soporte electrónico como los *emails*, éstos se encuentran en las bandejas de entrada de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos, que constituyen bases de datos bajo control o tenencia del Estado. Por tanto, como se aprecia en el próximo capítulo, también adquieren la calificación de información pública, ya sea que hayan sido emitidos por un funcionario público, un notario o un particular.

1.2.3. La obligación del Estado de conservar los documentos bajo su control

En la legislación peruana el artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece la responsabilidad de las reparticiones públicas de crear, organizar y mantener registros o archivos donde se almacenen los documentos que poseen, puesto que contienen información pública.

Artículo 21.- Conservación de la información

Es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea.

La entidad de la Administración Pública deberá remitir al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. **El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública**, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información y de acuerdo a la normatividad por la que se rige el Archivo Nacional (subrayado añadido).

De acuerdo al artículo 23 del reglamento de la ley previamente invocada, la conservación es una tarea que corresponde, en específico, al órgano de administración o gestión de archivos de cada entidad⁶⁸. El artículo 24 de este mismo reglamento señala que los repositorios pueden diseñarse a través de medios electrónicos.

En la legislación archivística, se puede hallar una definición de los documentos que son organizados, administrados y gestionados en archivos. Así, el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos (Decreto Supremo 008-92-JUS, publicado el 27 de junio de 1992) establece:

⁶⁸ Artículo 23.- De la gestión especializada de la información

“El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley estará a cargo del Órgano de Administración de Archivos de la Entidad o del órgano o unidad orgánica que se le hayan asignado las funciones de gestión de archivos de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de la entidad. El Órgano de Administración de Archivos, el órgano o unidad orgánica que haga sus veces garantizarán el acopio, la organización y la conservación de la información de todas las dependencias de la Entidad”.

Artículo 5.- **Documento archivístico es aquel que contiene una información de cualquier fecha, forma y soporte, producido o recibido por persona natural o jurídica, institución pública o privada en el ejercicio de su actividad y cualquier otro que se genere como resultado del avance tecnológico** (subrayado añadido)⁶⁹⁷⁰.

El Tribunal Constitucional peruano ha interpretado la obligación de conservación como una conducta proactiva de las entidades públicas consistente en contar

9. (...) con mecanismos **de archivos confiables y de fácil acceso** al ciudadano (...) Un sistema de administración acorde con los estándares del Estado Democrático y Social de Derecho debe, pues, estar organizado de forma tal que este tipo de **pedidos no encuentren improvisados los archivos**, pues se trata de información pública indispensable para dar cumplimiento al principio constitucional de transparencia⁷¹ (subrayado añadido).

Asimismo, ha recalcado que la obligación de conservar persigue la finalidad de proteger tanto la integridad, la seguridad como la accesibilidad de la información, y que la utilización de las tecnologías de la información debe ser incorporada para garantizar en la mayor medida posible las acciones de conservación:

9. (...) este órgano colegiado considera necesario explicitar los siguientes mandatos contenidos en el derecho de acceso a la información pública:

(1) Si una entidad pública posee la información que se le solicita en un determinado soporte o formato, cuando menos tiene la obligación de entregarla en ese mismo soporte, a menos que se trate de uno palmariamente caduco o que hace impracticable su acceso (mandato definitivo).

⁶⁹ Esta tesis considera que esta definición de documento de archivo no solo incluye la información que se genera o recibe en el ejercicio de una función pública (asuntos oficiales) sino también aquella que proviene de una actividad privada realizada a través de recursos públicos o durante el horario de trabajo (asuntos extraoficiales como comunicaciones amicales o familiares de funcionarios públicos por intermedio de correos de cuentas institucionales, indirectamente relacionados a la función pública). El derecho de acceso a la información pública exige que los ciudadanos tengan la oportunidad de controlar la actuación de los funcionarios en sus cargos, lo cual se logra cuando aquellos acceden a información que les permite conocer el uso (in)debido o el tiempo invertido en el manejo del servicio institucional de correo electrónico (recurso público).

⁷⁰ Se debe añadir que el almacenamiento de documentos electrónicos en las entidades de la Administración Pública es una técnica que habilita la Directiva 016-2002-INEI/DTNP (aprobada por Resolución Jefatural 386-2002-INEI, de 31 de diciembre de 2002), a modo de respaldo de información bajo posesión de las instituciones públicas o de los archivos públicos, como una medida para salvaguardar su integridad y seguridad (artículo 6.4.2).

⁷¹ Sentencia dictada el 8 de septiembre de 2010 en el Expediente 06070-2009-PHD/TC sobre acción de hábeas data interpuesto por don Julio Elías contra don Daniel Mantilla, entonces alcalde de la Municipalidad provincial de Nazca.

(2) Las **entidades públicas tienen el deber de mantener en condiciones idóneas la información que poseen: es decir, en condiciones que permitan su acceso, uso y aprovechamiento efectivo y futuro.** Esto último implica que las entidades – en el marco de sus demás deberes y compromisos constitucionales– **deben actualizar los medios o soportes en los que la información pública se encuentra almacenada,** salvaguardando en todo caso la **integridad y fidelidad** de su contenido (mandato de optimización).

(3) **Las entidades públicas tienen el deber de crear y conservar toda información en soportes actuales y bajo estándares accesibles.** En otras palabras, **deben facilitar que la información que poseen pueda ser entregada y reproducida de la forma más sencilla, económica, idónea y segura posible** (mandato de optimización) (subrayado añadido)⁷².

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, en el ámbito interamericano, ha resaltado la obligación que corresponde a los Estados de conservar registros o archivos con la información bajo su dominio:

La Relatoría estima que **los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia también implican un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de información por parte del Estado** sobre el ejercicio de sus funciones, **de forma tal que permita a las personas obtener información,** entre otros, sobre las instituciones, sus funciones y competencias, quienes las integran, así como **sobre las actividades que realizan para cumplir sus mandatos.**

(...) En este sentido, es importante enfatizar que, para lograr una efectiva vigencia del derecho de acceso a la información, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para que se garantice este derecho, de forma tal que se **creen y mantengan registros públicos de manera eficiente y efectiva. Ningún registro podrá ser destruido arbitrariamente. Se requiere de una política pública que preserve y desarrolle una memoria corporativa en las instituciones gubernamentales** (2007: 116 & 118) (subrayado añadido)⁷³.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 14 de julio de 2014 en el Expediente 04865-2013-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Jene Ríos contra la Municipalidad distrital de El Tambo. Fundamento jurídico 9.

⁷³ Este análisis tiene sus antecedentes en la Declaración de Principios de Lima, del 2000, celebrado por autoridades estatales y las Relatorías Especiales para la Libertad de Expresión de la CIDH y de la ONU, que establece en su principio 2: “Es responsabilidad gubernamental crear y mantener registros públicos de manera seria y profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. Ningún registro podrá ser destruido arbitrariamente. Se requiere de una política pública que preserve y desarrolle una memoria corporativa en las instituciones gubernamentales”. Esta posición ha sido reiterada en la Declaración Conjunta de 2004 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, OSCE y OEA, en la que señalaron que “[l]as autoridades públicas deberán tener la obligación de cumplir con las normas mínimas de gestión de archivos. Se establecerán sistemas para promover normas más elevadas con el paso del tiempo”.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Opinión y de Expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que corresponde a los Estados crear y mantener archivos donde se conserve la información bajo su posesión para garantizar el derecho de acceso a la información pública, reflexión formulada a partir de la importancia que tienen para el ejercicio del derecho a la verdad (2013: párrafo 55)⁷⁴⁷⁵.

En análisis de Gózar, este mandato consiste en garantizar las condiciones que permitan el mantenimiento de la integridad física (o digital) del documento, así como en brindar un tratamiento técnico-archivístico que permita su adecuada administración (sistematización, transferencia, etc.) por parte de personal administrativo capacitado (2014).

El derecho a saber en su dimensión de principio que informa el ordenamiento jurídico incide de esta forma en el conjunto de atribuciones del Estado, asignándole una competencia consistente en conservar los documentos bajo su tenencia, a

⁷⁴ En específico, ha señalado que “(...) los países que se encuentran en un proceso de justicia de transición tienen obligación concreta de garantizar activamente la conservación y divulgación de la información referente a las violaciones graves de los derechos humanos y el derecho humanitario que tuvieron en el pasado” (2013: párrafo 55). Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha establecido implícitamente esta obligación en su Observación 34 al prescribir que “[l]os Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información” (2011: párrafo 19).

⁷⁵ En el ámbito del sistema de la ONU, es importante recoger los principios y alcances de la Carta sobre preservación del patrimonio digital, proclamada en 2003 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Este instrumento de derecho internacional recomienda a los Estados adoptar medidas normativas e institucionales, de la mano de los progresos tecnológicos, para conservar y hacer accesibles para el público los documentos en soporte electrónico que, debido a su valor cultural, jurídico, testimonial, etc., constituyen patrimonio digital, de relevancia para la sociedad internacional (artículos 1, 2, 3, 4 y 8). Ciertamente, esta tesis considera que los correos electrónicos institucionales pueden calificar en la categoría de patrimonio digital, puesto que contienen, en muchos casos, conocimientos o saberes que contribuyen a la educación, a la cultura, o que expresan el pensamiento de los funcionarios públicos acerca de la gestión pública en un tiempo y lugar determinados. La eliminación por el simple transcurso del tiempo facilita la desaparición de esta clase de recursos que traen beneficios económicos, intelectuales, etc. a la sociedad, con potencialidad para integrar el patrimonio digital, y que agencias especializadas como la UNESCO (del cual el Perú es Estado miembro) buscan proteger. En el ámbito nacional, el artículo 2 inciso a) de la Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley 25323, publicada el 11 de junio de 1991) establece que las entidades que prestan labores de archivo en la Administración Pública tienen la función de proteger y defender el Patrimonio Documental de la Nación, categoría bajo la cual puede incluirse el patrimonio digital, debido a su definición amplia, según el artículo 4 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos: “El Patrimonio Documental de la Nación es el conjunto de documentos de valor permanente y forma parte del Patrimonio Cultural de la Nación conservados en los archivos públicos y privados del ámbito nacional que sirven como fuente de información para la investigación en los aspectos históricos, sociales, económicos, políticos y legales. No es materia de transferencia a ningún título sin conocimiento y autorización expresa del Archivo General de la Nación a excepción del heredero”.

efectos de garantizar una serie de condiciones que favorezcan el suministro de material informativo.

La conservación en archivos públicos supone tanto reglas concretas (mandatos prescriptivos consistentes en no eliminar la información de manera arbitraria o crear archivos, etc.) como mandatos de optimización (utilizar las tecnologías adecuadas para su tratamiento de conformidad con los últimos avances).

En el sistema jurídico peruano, los correos electrónicos que obran en poder de las entidades públicas también son documentos de archivo o de registro, ya que se encuentran bajo posesión de las instituciones públicas y permiten conocer la actuación de los servidores públicos en sus cargos públicos⁷⁶.

Por tanto, se observa que el correo electrónico es reconocido por el derecho peruano como un documento que, en los supuestos de hallarse bajo tenencia del Estado, expresa o incorpora hechos o datos sobre la función pública, adquiere la condición de información pública y, por tanto, se mantiene resguardado o conservado en archivos o registros, donde se sujeta a técnicas de sistematización que favorecen su acceso por parte de los ciudadanos.

A manera de conclusión del primer capítulo, se debe destacar que el correo electrónico es un servicio de Internet que se caracteriza por su capacidad de gestionar información y de comunicar contenido multimedia en soporte digital, de manera rápida y a distancia.

Su utilización permite potenciar el ejercicio de derechos fundamentales en los ámbitos virtual y físico (en y a través de la Red). Tal es el caso del derecho de acceso a la información pública, dado que el *email* permite incrementar la cantidad de información disponible sobre la función pública (asegura accesibilidad y difusión dinámica).

Debido a su relevancia para el principio de Estado democrático y social de Derecho, en tanto aporta a una gestión pública eficiente, eficaz, transparente y participativa, la Constitución y las políticas nacionales de gobierno electrónico exigen que el correo electrónico sea incorporado en el funcionamiento de las entidades de la

⁷⁶ Sar y Loyola coinciden en que el sistema jurídico peruano reconoce la obligación de las entidades públicas de conservar los correos electrónicos de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos en archivos. Citan el artículo 5 del reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos –sobre documentos de archivo-, el artículo 6.4.1 de la Directiva 016-2002-INEI/DTNP (aprobada por Resolución Jefatural 386-2002-INEI) –sobre creación de bases de datos en entidades para respaldar la información que procesan- y el artículo 2 Declaración de la UNESCO sobre patrimonio digital –sobre conservación de documentos digitales para garantizar su acceso- (2018: 571-572).

Administración Pública, tanto a nivel interno (coordinación intra o interinstitucional) como externo (vínculo entre el Estado y los ciudadanos).

De este modo, el servicio de correo electrónico se emplea para la organización, sistematización, conservación y entrega de información bajo tenencia de las instituciones públicas, así como para la presentación y recepción de solicitudes de información por canales electrónicos, consecuencias que favorecen la tramitación del procedimiento administrativo de acceso a la información pública de un modo oportuno, a bajo costo, confiable, completo y en diversos soportes.

La regulación provista al uso del correo electrónico en las entidades del sector público en la Directiva 005-2003-INEI/DTNP del INEI destaca su fin institucional (a favor del ejercicio de las funciones públicas, distinguiéndose así del correo privado), su uso individual (es decir, las actividades propias de la gestión de la cuenta corresponden al titular de la misma, y no es compartida), y su sujeción al ordenamiento jurídico (los actos realizados mediante este servicio, en el ámbito virtual, deben respetar los mandatos de cumplimiento establecidos).

En torno al tema de la adecuación de la Directiva a la Constitución, se observa la ausencia del principio de transparencia o del derecho de acceso a la información pública, en tanto se omite afirmar que la información almacenada en las bandejas de las cuentas institucionales debe ser entregada a los ciudadanos.

Lo que es peor, establece obstáculos expresos para que este recurso institucional sea empleado en favor del derecho a saber, puesto que ordena la eliminación de los correos electrónicos almacenados en las cuentas institucionales en un plazo muy breve (30 días) e incorpora una regla ambigua sobre privacidad de las cuentas, las cuales han dado lugar a que cuatro Ministerios interpreten que el acceso a correos institucionales no es una facultad protegida por el derecho a saber.

Continuando la revisión del tratamiento de los correos electrónicos en el ordenamiento jurídico peruano, se comprueba que la información generada y recibida por dicho medio tiene la condición de documento, puesto que son objetos materiales que expresan o incorporan hechos, datos o actividades humanas. Se caracterizan por su forma electrónica y su grafía multimedia (gráfica y/o sonora).

En el caso particular de los funcionarios públicos, los correos electrónicos que envían o reciben desde sus cuentas institucionales tienen la aptitud de expresar actividades, razonamientos, interpretaciones sobre sus labores públicas, o incorporar datos o hechos sobre una situación relativa o relevante para la función pública.

En virtud de la legislación en materia de derecho de acceso a la información pública, los correos que estén almacenados en las bandejas de entrada de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos tienen la categoría de información pública, en tanto se encuentran bajo control o tenencia del Estado.

Esta información que las entidades públicas poseen para realizar sus atribuciones o competencias debe ser conservada en archivos o registros públicos accesibles y confiables, debido a que es una obligación del Estado realizar actuaciones proactivas que garanticen la disponibilidad de la información objeto de acceso por el derecho a saber.



CAPÍTULO II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El segundo capítulo tiene como tarea principal argumentar que el derecho de acceso a la información pública abarca la facultad subjetiva de solicitar y recibir los correos electrónicos almacenados en las bandejas de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos.

Como se detalló en el capítulo anterior, el correo electrónico es reconocido por el Estado como un medio para optimizar el derecho de acceso a la información pública y que, al incorporarse a la gestión pública, registra datos o hechos relevantes para la función pública.

Para ello, en esta sección de la tesis, se analiza el contenido del derecho de acceso a la información pública, para lo cual resulta pertinente definir los distintos aspectos del referido bien constitucional: sus fundamentos, su naturaleza jurídica, su ámbito subjetivo, sus alcances y su objeto.

Asimismo, se verifica que la información almacenada en las bandejas u buzones de las cuentas institucionales de los funcionarios públicos se subsume en el supuesto de hecho de las normas que definen el concepto de información pública, dándose lugar a que su acceso sea una facultad tutelada por el derecho.

Por último, se analizan las obligaciones de respeto y garantía que corresponden al Estado en materia del derecho de acceso a la información pública, identificándose la asignación de prestaciones obligacionales consistentes en atender solicitudes de acceso a correos electrónicos depositados en las cuentas institucionales de funcionarios públicos, en entregar dicha información requerida en caso no se aplique una excepción, en conservar la información existente en las bandejas de los correos institucionales, etc.

Este capítulo echa mano de las normas y pautas interpretativas que integran el bloque de constitucionalidad y de los estándares internacionales en materia de acceso a la información pública, de modo que pueda delimitarse los aspectos de este derecho y evaluarse posteriormente las decisiones denegatorias de los cuatro Ministerios estudiados.

2.1. Aspectos del derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico peruano

En este apartado se definen las características del derecho de acceso a la

información pública, de conformidad con el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en la materia, de modo que puedan establecerse apropiadamente las facultades que conforman el contenido del referido bien constitucional y se precisen las condiciones o presupuestos para su ejercicio.

El bloque de constitucionalidad es una doctrina que permite determinar si una norma jurídica es conforme a la Constitución Política vigente, tanto a nivel formal como material. Es una herramienta útil que permite identificar las normas y las pautas de interpretación adecuadas para comprender el ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución.

Se compone de un conjunto de preceptos heterogéneos (disposiciones constitucionales y legales) y pautas interpretativas, de origen nacional e internacional, que desarrollan, por mandato de la propia Constitución, los elementos de un derecho fundamental⁷⁷.

Este parámetro está conformado, en primer lugar, por normas constitucionales que, en virtud del principio de supremacía jurídica de la Constitución, se ubican en el vértice del ordenamiento jurídico peruano⁷⁸. Las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas conforme al principio de fuerza normativa de la Constitución, de modo que sean proposiciones implicativas obligatorias o vinculantes⁷⁹. La Constitución, los tratados y la costumbre sobre derechos humanos pertenecen a este plano normativo.

⁷⁷ El bloque de constitucionalidad incluye no solo normas de rango constitucional sino de rango legal que, por mandato de la propia Constitución, tienen asignada la tarea de desarrollar o completar materias específicas como la estructura o funciones de entidades previstas en el orden constitucional o el ejercicio de derechos fundamentales, entre otros tópicos, debido a que las normas constitucionales tienen una redacción abierta. Estas normas legales pueden regular el tema asignado de manera material (precisando contenidos) o formal (estableciendo requisitos o condiciones a procedimientos de creación de normas de su mismo rango). Tiene sustento normativo en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, “14. (...) en referidas ocasiones, ese parámetro puede comprender a (...) determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición [la incorporación al bloque] sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...)” (Sentencia dictada el 11 de noviembre de 2004 recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra una serie de ordenanzas aprobadas por la Municipalidad Distrital de Surco).

⁷⁸ La legislación está sometida a los principios de supraordinación, entre los cuales figura el de constitucionalidad, que indica que “(...) los preceptos constitucionales tienen el rango más alto y, por consiguiente, prevalecen sobre las demás normas (...)” (Blancas 2017: 51).

⁷⁹ La fuerza normativa de la Constitución refiere que la norma suprema tiene eficacia jurídica vinculante – inmediata y directa-, de modo que pueda cumplir con las funciones del Estado democrático y social de Derecho: la protección de los derechos fundamentales de las personas y la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución. En tanto norma abierta y dinámica, la fuerza normativa de la Constitución exige al legislador y a la justicia constitucional la interpretación de sus disposiciones, optimizando sus principios y derechos. En ese sentido, la fuerza normativa constitucional se desarrolla respecto al bloque de constitucionalidad (Landa 2011: 8 y ss.).

En segundo lugar, se encuentran las leyes de desarrollo constitucional. En tercer lugar, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como la dictada por tribunales internacionales de derechos humanos, al igual que las opiniones consultivas que éstos puedan emitir.

Este parámetro, en relación al derecho a saber, está conformado por los artículos 2 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Asimismo, se integra el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Código Procesal Constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), órgano de control de la CADH, al igual que las opiniones consultivas emitidas por esta última.

Por su parte, los estándares internacionales establecen modelos de comportamiento que debe seguir un Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales. Están compuestos por tratados y costumbre sobre derechos humanos, por la jurisprudencia y opiniones consultivas de un tribunal internacional.

Asimismo, forman parte los instrumentos de carácter no vinculante como recomendaciones, declaraciones, informes, resoluciones de órganos de los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos. Ofrecen pautas de interpretación o de aclaración de las disposiciones en la materia.

Este parámetro, en relación al derecho de acceso a la información pública, está conformado por la CADH, el PIDCP⁸⁰, la DADDH y la DUDH⁸¹, por la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH⁸², por los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de

⁸⁰ Los tratados de los cuales el Perú es parte ingresan directa y automáticamente al orden jurídico estatal, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución peruana vigente. No requieren algún acto de transformación o incorporación por parte del legislador nacional para operar en el territorio peruano. Al respecto, Salmón considera que “(...) la Constitución peruana ha optado por un modelo monista” (2014: 277). Tienen rango constitucional en virtud del artículo 3 de la Constitución, que acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales. Este es un razonamiento al que ha llegado el Tribunal Constitucional peruano, logrando subsanar una deficiencia de la Constitución que no se pronuncia expresamente sobre el rango que ostentan los tratados en materia de derechos humanos. El máximo órgano de interpretación constitucional ha señalado que “30. Los ‘derechos de naturaleza análoga’ [implícitamente presentes en el texto constitucional] pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza ‘constitucional’” (Sentencia dictada el 25 de abril de 2006 en los Expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, sobre acciones de inconstitucionalidad interpuestas por los Colegios de Abogados de Arequipa y del Cono Norte de Lima contra el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura). Estos derechos incorporados a través de normas convencionales son dotados de mayor efectividad mediante la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece criterios interpretativos de seguimiento obligatorio para los agentes del Estado (Salmón 2002: 78).

⁸¹ Las normas internacionales consuetudinarias que han sido reconocidas por el Estado peruano (en su práctica y convicción de obligatoriedad) ingresan al ordenamiento jurídico interno de manera directa. En esa línea, Salmón sostiene que “(...) la costumbre internacional, de manera general, se aplica de forma inmediata en los ordenamientos estatales, lo que significa que no requiere de ningún acto de incorporación por parte de estos. Por lo que, desde el momento mismo de formación de la norma consuetudinaria, esta sería plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano sujetándose únicamente a los cauces de creación de la costumbre internacional, es decir, a la confluencia de los dos elementos constitutivos de la misma: la práctica material de los Estados y la *opinio iuris* que la acompaña” (2002: 76). En general, desde el punto de vista de las fuentes normativas de derecho internacional, toda norma consentida o reconocida como vinculante por el Estado es parte del derecho interno, independientemente de la forma cómo es elaborada o de la fuente de la que proviene (García-Corrochano 2013: 126).

⁸² La jurisprudencia de la Corte IDH también es componente del bloque de constitucionalidad, tal como ha sido señalado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, **así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos** constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (subrayado añadido). A propósito de las opiniones consultivas, se debe destacar que, en tanto el Perú ha reconocido la competencia de la Corte IDH para interpretar los derechos prescritos en la CADH, debe sujetarse a sus razonamientos. De acuerdo al artículo 64 de dicho instrumento: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (...)”.

Derechos Humanos (CIDH), por las declaraciones, actos concertados y resoluciones realizados por la Organización de Estados Americanos (OEA).

De igual manera, forman parte las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del PIDCP, las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) y los informes de la Relatoría Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

El reconocimiento jurídico, interpretación y aplicación del derecho de acceso a la información pública conforme al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales coadyuva a su goce efectivo por parte de las personas que están bajo la jurisdicción del Estado peruano.

2.1.1. Definición

El derecho de acceso a la información pública es el conjunto de facultades protegidas que tiene toda persona –natural o jurídica- para solicitar y recibir información de manera oportuna, completa y accesible que se encuentra en posesión de las entidades públicas o que deba generarse por éstas para cumplir con obligaciones legales, constitucionales o internacionales. Su contenido se relaciona al ejercicio de funciones públicas.

Entre las fuentes normativas que regulan este derecho, el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución dispone que “(...) [t]oda persona tiene derecho (...) [a] **solicitar sin expresión de causa la información** que requiera y a **recibirla de cualquier entidad pública**, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido” (subrayado añadido).

Este precepto constitucional es implementado por el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, TUO de la Ley de Transparencia), que desarrolla las referidas facultades en coherencia con el principio de publicidad, que ordena al Estado la adopción de una conducta garantista del derecho:

Artículo 3.- Principio de publicidad

Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad (...).

Artículo 7.- Legitimación y requerimiento inmotivado

Toda persona tiene derecho a **solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa** para el ejercicio de este derecho” (subrayado añadido).

Además, el derecho a saber y su garantía jurisdiccional o medio de protección –el hábeas data-, contemplados en la Constitución, son desarrolladas por el Código Procesal Constitucional, el que reúne las facultades de solicitar y recibir en la acción de acceder:

Artículo 61. Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) (...) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

(...) **[a]cceder a información que obra en poder de cualquier entidad pública**, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y **cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material** (subrayado añadido)”

En relación al artículo 2 inciso 5 de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que los atributos mencionados son inherentes a la persona, y que originan una serie de obligaciones al Estado consistentes en atender los requerimientos ciudadanos y entregar la información solicitada:

3. (...) En un primer extremo, es aquel **atributo por el cual toda persona o ciudadano puede solicitar ante cualquier entidad u órgano público** la información que requiera sin que para ello tenga que justificar su pedido. En un segundo extremo, **facilita que el órgano o dependencia estatal requerido proporcione la información solicitada** en términos, mínima o elementalmente, razonables, lo que supone que esta **deberá ser cierta, completa, clara y, además, actual**. A tales efectos, se genera en quien la solicita la obligación de asumir los costos que supone diligenciar y concretizar su solicitud (subrayado añadido)⁸³.

Mientras tanto, los instrumentos normativos de derecho internacional abordan las facultades señaladas, de modo amplio, teniendo como base su tratamiento sobre los derechos a una comunicación libre (libertad de expresión y libertad de información).

Así, el numeral 2 del artículo 19 del PIDCP reconoce los atributos de buscar o recibir como característicos del derecho a saber: “(...) [t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de **buscar, recibir y**

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 2 de junio de 2004 en el Expediente 007-2003-AI/TC sobre recurso de inconstitucionalidad interpuesto por don Isaías Vásquez, entonces alcalde de la Municipalidad Provincial de Sullana, contra el inciso 22 del artículo 9 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

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” (subrayado añadido).

En igual sentido que el anterior tratado, el artículo 13 numeral 1 de la CADH sostiene que “(...) [t]oda 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”.

Asimismo, el artículo 19 de la DUDH incluye ambos atributos subjetivos: “(...) [t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de **investigar y recibir informaciones y opiniones**, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (subrayado añadido); mientras que el artículo IV de la DADDH es más escueto al establecer que “(...) [t]oda persona tiene derecho a la **libertad de investigación**, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (subrayado añadido).

En relación al artículo 13 de la CADH, la Corte IDH ha manifestado que dicho precepto “(...) protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información (...)”⁸⁴.

De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, este derecho se ejerce tanto de manera activa como pasiva, puesto que las personas realizan una conducta consistente en buscar o requerir que demuestra una iniciativa, y reciben información incluso ante la ausencia de una solicitud, a través de medios de comunicación institucionales (2016: párrafo 164)⁸⁵.

Las facultades de solicitar y recibir no se ejercen respecto a información que no es administrada, poseída o controlada por las entidades afectadas. En otras palabras,

⁸⁴ Sentencias de la Corte IDH dictadas el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 197; y el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 77.

⁸⁵ El Tribunal Constitucional peruano también ha analizado el grado de participación que conllevan las facultades tuteladas por este derecho. A diferencia de esta Relatoría, el órgano de control constitucional asevera que se trata de un derecho que cuenta con un carácter negativo, en tanto consiste en una conducta de recepción de información –más no cubre actos posteriores como puede ser la difusión que haga el ciudadano con la información-, y con un carácter activo, dado que implica una acción desempeñada por los sujetos para satisfacer una necesidad informativa (Sentencia dictada el 21 de julio de 2005 en el Expediente 3619-2005-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Héctor Chávez contra la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador).

tal como señala el tercer párrafo del artículo 13 del TUO de la Ley de Transparencia, los sujetos pasivos no tienen la obligación de producir o crear información inexistente al momento de atender la solicitud presentada por las personas o de efectuar evaluaciones o análisis nuevos de la información que tengan⁸⁶.

Sin embargo, partiendo de una interpretación pro homine del derecho de acceso – que corresponde por tener una naturaleza fundamental-, se reconocen determinados supuestos en que los atributos del derecho exigen que las entidades generen información inexistente al momento de presentarse la solicitud.

Por ejemplo, si se trata de material informativo que la entidad debe poseer para cumplir alguna función a la que está sujeta, el derecho al acceso exige su creación⁸⁷; si se trata de documentación que existía previamente pero se extravió o se eliminó arbitrariamente, el derecho ordena su búsqueda diligente, recuperación o reconstrucción⁸⁸. Asimismo, si un documento no existe, pero puede ser elaborado

⁸⁶ El Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la absolución de consultas, la determinación de responsabilidades o la motivación de una resolución no están cubiertas por el derecho (Sentencia dictada el 16 de febrero de 2007 en el Expediente 315-2007-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Castor Torres contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo).

⁸⁷ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha resaltado que el derecho a saber proyecta en el Estado una obligación de producir, recolectar y registrar información que sea necesaria para el respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, la misma que debe ser puesta a disposición de la ciudadanía. Por ejemplo, debe crear documentación que permita el cumplimiento de obligaciones legales, constitucionales e internacionales en materia de protección del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación: “(...) en materia de acceso a la información para la prevención de la violencia y discriminación contra las mujeres, los Estados tienen la obligación específica de producir estadísticas y otras clases de información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra las mujeres” (2015: párr. 43-48). Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido que el alcance de la obligación de entregar abarca también la información que le corresponde producir en ejercicio de sus funciones, aunque no la tenga físicamente: en una causa razonó que una Municipalidad tenía la responsabilidad de otorgar información sobre el cálculo o liquidación del presupuesto ejecutado en unas obras públicas –que al momento de tramitarse la solicitud no disponía-, y que, mientras realizaba las acciones para producirla, comunicara al solicitante el plazo en que se reunirán los datos (Sentencia dictada el 29 de marzo de 2010 en el Expediente 02845-2008-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Roger Rosales contra don Gustavo Ortiz, en ese entonces Secretario General de la Municipalidad distrital de Huaura, fundamento jurídico 9). En igual sentido, en otra causa estipuló que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) tenía la obligación de suministrar información –que alegaba no tener- acerca de los montos de las aportaciones realizadas por los empleadores de un pensionista, puesto que “10. (...) una de sus funciones – y quizá la de mayor importancia– es (...) la realización de las acciones de control, revisión, verificación y fiscalización de aportes y derechos pensionarios, motivo por el cual la información requerida debería estar en su poder” (Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2005 en el Expediente 7440-2005-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Juan de Dios contra la ONP).

⁸⁸ La Corte IDH ha referido que la declaratoria de inexistencia de información por parte de una entidad estatal vulnera el derecho a saber si ésta no ha fundamentado que adoptó todas las medidas necesarias para determinar su existencia (Sentencia dictada el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros - Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 211); mientras tanto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que los órganos públicos deben recuperar o reconstruir los documentos que fueron ilegalmente destruidos o sustraídos de su posesión (2010: párrafo 28).

con facilidad mediante la recopilación o reunión de datos que posee la institución, las facultades tuteladas demandan la producción del material informativo (Castro 2008: 31).

En la era de la sociedad de la información, estas facultades subjetivas se fortalecen por el desarrollo de las tecnologías digitales que se caracterizan por su capacidad para gestionar contenidos multimedia relacionados al Estado y comunicarlos a los ciudadanos, de manera rápida, a distancia y a bajo costo. Así, en consonancia con el artículo 30 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, los individuos emplean canales electrónicos, como el correo electrónico, para solicitar y recibir información pública en y a través del Internet.

La disponibilidad de las TIC (en específico, del Internet y correo electrónico) permite, por un lado, que el ejercicio del derecho en el mundo físico se potencie y, por el otro, da lugar a la faceta digital del derecho, debido a que su ámbito de reconocimiento y goce efectivo se extiende al espacio virtual. Así ocurre con el derecho a saber, cuyas facultades pueden realizarse plenamente en dicho entorno virtual.

En coherencia con lo anterior, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que el Internet y sus servicios (entre los que se encuentra el correo electrónico) son instrumentos que deben ser utilizados en favor de la satisfacción del derecho a saber y constituyen ámbitos sujetos al principio de transparencia, por tanto, el Estado orienta sus actuaciones a facilitar el suministro de información que haya generado tanto en el ámbito físico como en el virtual:

Internet se ha posicionado como “uno de los instrumentos más poderosos del siglo XXI para exigir más transparencia en la conducta a quienes ejercen el poder, **acceder a información** y facilitar la participación ciudadana activa en la forja de sociedades democráticas”. La conformación de una sociedad de información integradora requiere de la **capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento**, con el fin de que los ciudadanos participen de la discusión sobre asuntos públicos y formen parte del proceso de toma de decisiones. **Internet ofrece un nuevo escenario para el desarrollo de políticas de transparencia** activa y de difusión de informaciones e ideas de toda índole (...)

El acceso a información pública a través de internet empodera a los ciudadanos para participar activamente en los procesos de decisión de un Estado democrático. **Por sus características, internet permite aumentar la cantidad de información públicamente disponible, difundirla masivamente y a bajo costo, y publicarla en forma dinámica**, permitiendo que se trabaje con y sobre ella. (2016: párr. 175-176) (subrayado añadido).

Las facultades tuteladas por este derecho originan una serie de prestaciones obligacionales por parte del Estado y demás sujetos pasivos. Una de ellas es la divulgación de la información mediante procedimientos sencillos, rápidos y de bajo costo, a cargo de funcionarios capacitados, o mediante canales de difusión unidireccional creadas por las entidades participantes, como los portales de transparencia.

El derecho a saber o de acceso a la información pública, en ese sentido, se diferencia de otros derechos por las atribuciones que concede a los individuos: en concreto, presentar solicitudes de acceso y recibir la información requerida que puede ser, en principio, toda la que está relacionada al ejercicio de funciones públicas (los criterios que definen el concepto de información pública se precisan en el apartado relativo al objeto del derecho).

Como todo bien constitucional, puede ser restringido siempre que ello suponga una decisión razonable y proporcional (los requisitos de validez de las restricciones se delimitan en apartado relativo a respuesta fundamentada que aplique régimen de excepciones).

Este derecho se fortalece por intermedio de las TIC, ya que estos instrumentos tecnológicos contribuyen a que las facultades protegidas se realicen en y a través del espacio virtual, así como amplían la cantidad de información pública accesible, puesto que el material informativo sobre la función pública no solo se genera en el ámbito físico sino también en el digital.

Por otro lado, el derecho a saber también tiene una dimensión objetiva, es decir, constituye un valor material que sostiene e impulsa todos los ámbitos del derecho peruano. Bajo esta perspectiva, este derecho no solo configura pretensiones subjetivas sino también establece la obligación correspondiente al Estado de adoptar prestaciones positivas encaminadas a asegurar su mayor nivel de protección⁸⁹.

2.1.2. Fundamentos

Este derecho se encuentra basado en principios constitucionales que sostienen el sistema de derechos fundamentales y el sistema político, como el de dignidad, el

⁸⁹ Sentencia dictada el 6 de diciembre de 2002 por el Tribunal Constitucional en el Expediente 01042-2002-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Miguel Cabrera en contra de la Municipalidad distrital del Rímac (Fundamento jurídico 2.2). En relación a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, Díaz sostiene que los valores supremos del ordenamiento jurídico tienen una preeminencia interpretativa en la resolución de conflictos normativos y son el fundamento de normas regla (2009: 69 y ss.). Por su parte, Landa señala que este carácter jurídico complementa las pretensiones subjetivas protegidas por el derecho e involucra la fuerza constitucional positiva y negativa del Estado para su tutela (2011: 20).

democrático y el de transparencia⁹⁰. Estos valores permiten entender los aspectos de este derecho⁹¹.

2.1.2.1. Principio de dignidad

La dignidad, tanto en su dimensión positiva como negativa, se encuentra presente como sustento del derecho de acceso a la información pública. De acuerdo a Bidart, la dignidad se despliega “(...) negativamente, como resguardo a las ofensas que la denigran o la desconocen, y positivamente, como afirmación positiva del desarrollo integral de la personalidad individual” (1991: 76).

En el campo del derecho de acceso a la información pública, la dimensión positiva de la dignidad se halla presente porque supone la atribución de un poder a las personas que les permite satisfacer demandas informativas, en coherencia con sus planes de vida y su autonomía (libre desarrollo de la personalidad).

El carácter instrumental de esta garantía de las personas resalta la dimensión positiva de la dignidad, ya que el conocimiento sobre el funcionamiento o desempeño del Estado permite a los ciudadanos ejercer derechos individuales de naturaleza política o civil como el de vivir libres de violencia y discriminación, la participación política o el debido proceso; o hacer exigibles los de carácter social, económico y cultural, tales como el de pensión o salud; o garantizar derechos colectivos, como relativo al territorio, correspondiente a los pueblos indígenas.

En relación a la dimensión negativa, la dignidad exige que las personas reciban un trato coherente a su condición de ser humano o de sujetos titulares de derechos y obligaciones. Desde esta perspectiva, el derecho a saber exige su respeto y garantía al Estado y a los particulares⁹². Este mandato se configura en el

⁹⁰ Además de los principios de la dignidad, de transparencia y democrático, el derecho de acceso a la información pública se fundamenta en la igualdad y no discriminación, así como en la libertad. No obstante, esta investigación ha decidido ahondar en los tres primeros, dado que son los más pertinentes para argumentar que la facultad de acceder a correos electrónicos institucionales está contenida en el derecho a saber.

⁹¹ Tal como indica Díaz, para entender la delimitación del contenido y los alcances de los derechos, lo cual se pretende realizar en el presente capítulo, resulta clave determinar el fundamento o el valor del que deriva: “[e]l fundamento cobra una importancia significativa de cara a esa delimitación, pues del mismo pueden deducirse, vía interpretativa, algunas consecuencias que ayuden a esa compleja delimitación” (2009: 45).

⁹² El rechazo a proporcionar información pública a sectores marginados o excluidos de la sociedad –como las personas en condiciones de pobreza- puede empeorar su situación al impedirles el conocimiento de sus derechos, de los mecanismos de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales como la educación, la salud, etc. y, en general, de cualquier política que incida directamente en sus vidas. Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, el menoscabo de este derecho coloca a ciertos grupos humanos “(...) en una situación de vulnerabilidad respecto a posibles actos abusivos de particulares y acciones de corrupción por parte de entes estatales y sus funcionarios” (2002: párrafo 22).

establecimiento de un régimen limitado de excepciones, cuya aplicación debe realizarse de manera razonable y proporcional.

La dignidad se encuentra recepcionada en el artículo 1 de la Constitución: “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Su perfil constitucional es el de un valor que fundamenta el sistema constitucional, protegiendo una serie de ámbitos de libertad en los que las personas satisfacen necesidades inherentes a su condición humana. De acuerdo al Tribunal Constitucional peruano, la dignidad es un “14. (...) presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales”⁹³.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH ha coincidido en que el derecho de acceso a la información pública promueve el ejercicio de derechos fundamentales⁹⁴. Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que el acceso a esta clase de información “(...) fomenta la autonomía de las personas y (...) les permite la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión”, así como contribuye a que participen en la formulación de políticas o medidas estatales que afectan el desarrollo de su personalidad (2002: párr. 17 & 24).

Además, ha sostenido que este derecho “(...) posee un carácter facilitador del ejercicio de otros derechos humanos, es decir, el acceso a la información es, en muchos casos, imprescindible para que las personas puedan hacer efectivos otros derechos (2015: párrafo 14); aporta de manera fundamental a que las personas puedan “(...) saber con exactitud cuáles son sus derechos y qué mecanismos existen para protegerlos” (2012: párrafo 4); y contribuye a desterrar prácticas corruptas que impactan desfavorablemente en la satisfacción de necesidades elementales (2002: párrafo 21)

La relación entre el derecho de acceso a la información pública y la dignidad ha sido estudiada por la doctrina: El acceso “(...) asegura la esfera de libertad y autonomía necesaria para su libre desarrollo” (Castro 2008: 14), contribuye a una

“(...) mejor calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad (...) [,] incide a favor del principio

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 11 de noviembre de 2003 en el Expediente 0008-2003-AI/TC sobre recurso de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001. Asimismo, las normas convencionales de derecho internacional integrantes del ordenamiento jurídico destacan, de modo general, el carácter central de la dignidad en la defensa de los derechos fundamentales y en la vigencia de la democracia.

⁹⁴ Sentencia de la Corte IDH dictada el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 198.

de autonomía personal, ya que el libre acceso facilita la posibilidad de contar con más información para que cada ciudadano pueda elegir su propio plan de vida” (Basterra 2006: 50-52).

El derecho a saber, entonces, se sostiene en el principio de dignidad, puesto que, al proveer a las personas de información de su propio interés, de manera oportuna, completa y accesible, permite que éstas puedan tomar decisiones que consolidan su autonomía e integridad.

2.1.2.2. Principio de transparencia

El principio de transparencia consiste en facilitar a las personas el conocimiento de la organización y funcionamiento del Estado: remuneraciones, actividades y resultados de los funcionarios públicos, procesos de toma de decisión, las decisiones adoptadas y evaluadas, presupuestos asignados y ejecutados, mecanismos para ejercer derechos fundamentales y acceder a servicios públicos, etc.

Se trata de un principio implícito en la cláusula de Estado social y democrático, fundado en los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución⁹⁵, que resalta la existencia de un sistema político, cultural y económico orientado a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y a la rendición de cuentas. De acuerdo a Rubio, dicho principio “(...) abarca la transparencia en el manejo de las decisiones públicas y los derechos vinculados a la comunicación (...)” (2013: 334).

Debido a su vínculo con este principio, la transparencia encierra exigencias para que el Estado oriente su organización y actuación a satisfacer el bienestar general o para que su poder (delegado por el pueblo) tenga tanto legitimidad de origen (se verifique cumplimiento de las reglas de acceso al poder) como de ejercicio (se compruebe que su empleo sea conforme al orden constitucional y legal).

⁹⁵ En primer lugar, el artículo 43 reconoce que el Estado tiene un sistema político democrático y que interviene en la vida social para garantizar el efectivo goce de derechos fundamentales. En segundo lugar, el artículo 3 estipula que hay una serie de derechos implícitos en la Constitución que se fundamentan en dicho modelo político consensuado por el pueblo. En tercer lugar, el artículo 45 recoge la noción de soberanía popular, que precisa que la fuente del poder público recae en la población. El fundamento de la transparencia en el principio de Estado democrático y social ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su sentencia dictada el 5 de septiembre de 2010 en el Expediente 00565-2010-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Julio Elías contra don Daniel Mantilla, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca (Fundamento jurídico 5).

Se relaciona estrechamente con los principios constitucionales de buena administración⁹⁶ y proscripción de la corrupción⁹⁷, ya que es una herramienta puesta a disposición de las personas para controlar que las decisiones adoptadas por sus representantes estén orientadas al bien común y no supongan prácticas irregulares o corruptas.

En ese sentido, no se limita a visibilizar el comportamiento de los agentes públicos, sino que demanda el establecimiento de condiciones para un ejercicio probo, ético y responsable de la función pública. Siguiendo al Tribunal Constitucional al respecto:

5. (...) 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**. Una de las manifestaciones del principio de transparencia es, sin duda, el derecho de acceso a la información pública que este Colegiado tiene desarrollado en su jurisprudencia (véase, entre otras, la STC 1797-2002-HD/TC). No obstante, el principio de transparencia no agota aquí sus contenidos, en la medida en que **impone también una serie de obligaciones para los entes públicos no solo con relación a la información, sino en la práctica de la gestión pública en general** (subrayado añadido)⁹⁸.

Existen disposiciones constitucionales que reconocen ámbitos específicos de transparencia en el Estado: procesos judiciales donde se determine responsabilidad de funcionarios públicos o donde se discuta la tutela de un derecho fundamental

⁹⁶ El máximo intérprete de la Constitución ha sostenido que el principio de buena administración se relaciona a la transparencia porque ésta establece reglas para que los funcionarios públicos que toman decisiones trascendentes para la marcha de la administración no asuman ciertos cargos privados que impidan el cumplimiento íntegro de sus funciones. Evitando prácticas corruptas, el principio de transparencia consigue que los funcionarios públicos estén verdaderamente al servicio de la Nación, como lo manda el artículo 39 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 18 de febrero de 2005 en el Expediente 2235-2004-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Grimaldo Chong contra don Raúl Espinoza, juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Sullana, y contra doña Ana Jiménez, secretaria del referido juzgado. Fundamento jurídico 10).

⁹⁷ El Tribunal Constitucional ha explicado que el principio de proscripción de la corrupción, que ordena a los poderes públicos y a las personas a combatir de manera organizada este fenómeno social, se relaciona al principio de transparencia, el cual irradia tanto en el Estado como en el sector privado, debido a que ésta dispone que las entidades privadas creadas para satisfacer el bienestar general y que obtienen beneficios patrimoniales del Estado, como las instituciones receptoras de fondos de cooperación internacional que gozan de exoneraciones tributarias, deban dar a conocer sus proyectos, programas y actividades con el propósito de garantizar el adecuado desarrollo de sus funciones sociales (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 29 de agosto de 2007 en los Expedientes acumulados 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por don Luis Sirumbal y 8439 ciudadanos y Congresistas de la República, contra una serie de artículos de las Leyes 28925 y 28875. Fundamentos jurídicos 51-59).

⁹⁸ Sentencia dictada el 5 de septiembre de 2010 en el Expediente 00565-2010-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Julio Elías contra don Daniel Mantilla, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca.

(artículo 139 numeral 4), leyes promulgadas (artículo 109), y remuneraciones que perciben los servidores públicos (artículo 40). En su condición de principio o valor orientador del orden jurídico, la transparencia tiene eficacia en toda la vida en sociedad. Se concretiza, por tanto, más allá de estos supuestos invocados.

El TUO de la Ley de Transparencia establece una serie de consecuencias jurídicas a este principio (mandatos prescriptivos y de optimización): su artículo 3 establece la regla consistente en que toda actuación de las entidades públicas está expuesta al conocimiento de la sociedad (por ejemplo, la información bajo su tenencia⁹⁹) y que su secreto es la excepción; y asigna al Estado la obligación de adoptar las condiciones materiales, normativas e institucionales para el cumplimiento efectivo de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública.

El Tribunal Constitucional ha añadido a lo anterior que el principio de transparencia configura la obligación correspondiente al Estado de suministrar información accesible (implica previa gestión de información en archivos de fácil manejo y atención eficiente a la solicitud), relevante (supone que documentos sean útiles para el control social), de calidad (contrastable por el ciudadano) y confiable (conlleva seguridad de que entidad de la que proviene la información es transparente)¹⁰⁰. Esta es una característica del modelo transparente de gestión y actuación.

En relación a los efectos jurídicos del principio de transparencia, la Corte IDH ha apostado por la regla consistente en que toda la información bajo tenencia del Estado puede ser objeto de acceso en virtud del derecho a saber, al señalar que "(...) en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades se rijan por

⁹⁹ El Tribunal Constitucional ha coincidido en que toda la información bajo posesión o tenencia del Estado se presume accesible. Al respecto, se puede citar la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009 en el Expediente 04912-2008-HD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Rodrigo Villarán contra el Director General de Administración del Congreso de la República (Fundamento jurídico 5), a la sentencia dictada el 25 de mayo de 2010 en el Expediente 02814-2008-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Ernesto Mendoza contra doña Diana Rodríguez, entonces Jefa de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura del Distrito Judicial de la Libertad (ODICMA) (Fundamento jurídico 8), a la sentencia dictada el 11 de julio de 2013 en el Expediente 02213-2012-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Johans Lloclla contra don Pedro Valcárcel, Decano de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad San Antonio Abad del Cusco (Fundamento jurídico 7), y a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2015 en el Expediente 03994-2012-HD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don David Deza contra Electro Puno SAA (Fundamento jurídico 10).

¹⁰⁰ Se puede citar la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2010 en el Expediente 00565-2010-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Julio Elías contra don Daniel Mantilla, entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca (Fundamento jurídico 5).

el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un régimen restringido de excepciones”¹⁰¹.

Asimismo, dicho órgano del sistema interamericano de protección de derechos humanos ha concretizado el principio de transparencia en la obligación del Estado de demostrar que cualquier limitación al derecho de acceso a la información cumple con los requisitos de legitimidad así como en la obligación de optar por el goce efectivo del derecho en caso de duda o vacío legal¹⁰².

Estas exigencias han sido complementadas por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, que ha declarado que el principio de transparencia demanda el establecimiento por ley de excepciones claras y precisas al derecho a saber, respecto de las cuales debe proveerse una interpretación restrictiva. Además, ha sostenido que la entrega de información debe realizarse de manera accesible, oportuna y completa y que, en caso de duda o vacío legal, debe tutelarse el derecho de acceso a la información pública (2016: párr. 164 & 168; 2015: párr. 23-25; 2009a: párr. 10 & 13).

La transparencia tiene doble carácter: estructural, en tanto tiene presencia en el diseño organizacional del Estado, y funcional, puesto que guía el funcionamiento del mismo en los hechos (Rubio 2013: 335). En consecuencia, tanto las normas orgánicas como las prácticas deben adecuarse a fines orientados a “(...) que los ciudadanos puedan visualizar el funcionamiento de la Administración y, en general, el ejercicio del poder público (...)” (Ministerio de Justicia 2014: p. 19), y a adoptar una “(...) posición servicial de la administración, aportando (...) información (...)” (Castro 2008: 6) o poniéndola a disposición de las personas y no ocultándola o cubriéndola bajo un manto de secreto (Romero 2009: 196).

La transparencia actúa como un “(...) principio rector de la función pública (...)” (Defensoría del Pueblo 2001: 197), que ordena a las entidades que realizan estas actividades a erigirse como “(...) casas de cristal en cuyo interior pueden escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear canales permanentes y fluidos de comunicación e intercambio de información con los administrados (...)” (Romero 2009: 197).

El conjunto de reglas y principios que encierra la transparencia apunta al establecimiento de un “gobierno del público en público”, tal como indica Norberto

¹⁰¹ Sentencias de la Corte IDH dictadas el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 199; y el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 92.

¹⁰² Sentencias dictadas por la Corte IDH el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 93; y el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 230).

Bobbio (citado en Defensoría del Pueblo 2005: 207), donde se reconozca y ejerza “(...) [el] derecho a saber, de controlar y el derecho del administrado a ser actor, no simple espectador de la vida administrativa” (Romero 2009: 196).

En la gestión pública, los procesos de toma de decisiones se sujetan al principio de transparencia, lo que tiene como consecuencia que se expongan a la luz los actos de gestión de intereses que buscan influenciar en la formación de la voluntad estatal, lo cual permite enrumbiar la actuación de los órganos públicos hacia la buena administración, debido a que promueve la imparcialidad y la razonabilidad en la adopción de decisiones, es decir, que estas se sujeten a razones objetivas (normativa, principios y hechos), en coherencia con el interés general. La transparencia desincentiva decisiones basadas en favores, prejuicios o preferencias personales, que constituyen actos irregulares o ilícitos¹⁰³.

En el contexto de la sociedad de la información, el principio de transparencia tiene eficacia en el ámbito virtual, generado por la creación de las tecnologías digitales como el Internet y el correo electrónico. Las TIC son incorporadas al funcionamiento del Estado debido a que contribuyen a la protección de bienes constitucionales, tal como lo demuestra la adopción de políticas públicas de gobierno electrónico en el Perú¹⁰⁴. Como consecuencia, los órganos públicos gestionan contenido multimedia de manera rápida, a distancia y en diversos soportes, incrementando la cantidad de información sobre la función pública.

En este escenario, la transparencia exige que las actuaciones de órganos públicos y la información tratada en el ámbito virtual sean divulgadas a las personas; que las herramientas tecnológicas sean empleadas para proveer las condiciones de goce efectivo del derecho a saber, es decir, se orientan a la organización, sistematización, conservación y entrega de información bajo tenencia de las instituciones públicas, así como a la presentación y recepción de solicitudes de información por canales electrónicos, entre otros aspectos.

El derecho de acceso a la información pública, en resumen, es una manifestación del principio de la transparencia, en tanto se trata de una pretensión subjetiva

¹⁰³ Tal como Roca señala, conocer cómo los funcionarios públicos toman decisiones, de qué manera manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan permite “(...) eliminar aquellos espacios de opacidad que tradicionalmente han constituido campo abonado para la proliferación de malas prácticas, cuando no de corrupción (...)” (2017: 186).

¹⁰⁴ Como se analizó en el capítulo anterior, la Agenda Digital Peruana 2.0, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública y la Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013-2017 reconocen que las TIC tienen un impacto favorable en derechos y principios constitucionales (como el derecho a saber y el principio de transparencia), razón por la cual establecen lineamientos y objetivos para su utilización en la gestión pública. Su implementación, sin embargo, suscita críticas y cuestionamientos. Esta tesis ha expuesto en el capítulo anterior que la Directiva 005-2003-INEI/DTNP establece obstáculos al derecho de acceso a la información pública.

consistente en buscar y recibir información sobre la organización y actuación de los órganos públicos, la que puede encontrarse en el ámbito físico o virtual.

2.1.2.3. Principio democrático

El principio democrático es un componente de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, desempeña los roles de fundamentador y articulador del Estado¹⁰⁵. En relación a la primera dimensión, destaca que el poder público emana del pueblo y que, por lo tanto, su organización y funcionamiento tiene como fin la defensa de la persona. Se relaciona así al principio de dignidad (artículo 1 de la Constitución).

La segunda dimensión, partiendo de lo anterior, resalta que la participación de las personas, de manera individual o colectiva, en la vida social debe ser una verificarse en los hechos.

14. (...) **El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º 17 de la Constitución” (subrayado añadido)**¹⁰⁶.

Se trata de reconocer y promover, por ejemplo, que las personas sometan a escrutinio el accionar de sus autoridades (o de los particulares que influyen en ellos), discutan asuntos públicos y compartan oportunamente sus ideas en los procesos

¹⁰⁵ En su rol como principio que fundamenta el Estado social y democrático de Derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio democrático adquiere una faz fundacional porque opera como una exigencia destinada a reconocer que el Estado constituye una organización del poder al servicio de las personas y de sus derechos fundamentales. La voluntad de las personas de alcanzar el respeto y garantía de su libertad forma parte del contenido de la Constitución que crea el Estado, cuyas funciones emanan del pueblo. Mientras tanto, el principio democrático como articulador del Estado demanda que las personas gocen de ámbitos de participación en la vida del Estado y en la sociedad (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 2 de febrero de 2006 en el Expediente 0030-2005-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28617, Ley que establece la Barrera Electoral (fundamentos jurídicos 19 al 22).

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 26 de agosto de 2008 en el Expediente 00005-2007-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la Justicia Militar Policial. Se puede añadir los artículos 31 y 35 de la Constitución como base normativa de dicha afirmación.

de toma de decisiones estatales, las que podrán así reflejar sus necesidades y demandas.

La democracia, en tanto sistema que privilegia el diálogo y el entendimiento en un ambiente de reconocimiento de la diversidad, incentiva la circulación de información y de ideas para que cada individuo confronte sus pensamientos con los de los otros y participe en la adopción de decisiones de relevancia para la comunidad (Rubio 2013: 340).

La información, desde esta perspectiva, ostenta un papel clave para una sociedad democrática, como señala Espinoza-Saldaña:

(...) información no implica solamente el conocer (en buena medida la cultura humana es un cúmulo de información), sino también **nos da instrumentos para tomar decisiones, controlar las actuaciones de otros, influir o condicionar las más diversas conductas humanas**. En pocas palabras, **información es poder**. Pero no solamente es poder, sino también un **presupuesto para la plena vigencia de todo Estado Constitucional** que se precie de serlo, pues la información ha devenido hoy en una garantía de los derechos en general (2009: 253) (subrayado añadido).

En relación con la actividad estatal, la información en manos de los ciudadanos tiene "(...) una misión evidente: la de permitir el control de dicha actividad y su sometimiento a la legalidad, limitando la arbitrariedad" (Ministerio de Justicia 2014: 19), lo cual refuerza el concepto de legitimidad democrática y otorga a las personas la capacidad de emitir juicios sobre el gobierno (Basterra 2006: 51).

En esta lógica, el derecho de acceso a la información pública se fundamenta en la dimensión articuladora del principio democrático porque el empleo de información accesible, comprensible, de calidad, confiable, oportuna y relevante sobre la gestión pública permite que los ciudadanos ejerzan un control social sobre sus representantes y accedan a procesos de formación de la voluntad estatal, en los cuales presentan sus demandas y propuestas (supuestos de participación en la vida política de la Nación).

3. (...) **Un derecho como este nos permite monitorear y controlar la gestión pública**, más aún cuando según el artículo 39 de la Norma Fundamental, todos los funcionarios y servidores están al servicio de la nación (...). **La información pública es necesaria para la formación de la opinión y la construcción de un debate informado, lo cual redundará en la posibilidad de la participación ciudadana en los asuntos públicos** y en el fomento de la transparencia en la gestión del Estado,

mejorando la calidad de sus instituciones y contribuyendo a su eficiencia (subrayado añadido)¹⁰⁷.

A nivel individual, este derecho permite que cada persona se forme una opinión propia sobre la actuación de sus autoridades y, a nivel colectivo, contribuye a la formación y mantenimiento de una opinión pública orientada a promover la protección de los derechos fundamentales, la transparencia y demás componentes de la democracia en la organización y funcionamiento del Estado¹⁰⁸.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH ha expuesto que el acceso a información sobre la gestión pública permite que las personas “86. (...) puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”¹⁰⁹. Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, ha expuesto:

Ciertamente, los derechos políticos tienen como presupuesto la existencia de un debate amplio y vigoroso para el cual **es indispensable contar con la información pública que permita evaluar con seriedad los avances y las dificultades de los logros de las distintas autoridades**. Sólo a través del acceso a la información bajo el control del Estado es posible **que los ciudadanos puedan saber si las funciones públicas están operando de forma adecuada** (subrayado añadido) (2009a: párrafo 5).

Debido al impacto favorable de las tecnologías de la sociedad de la información en la modernización de la gestión pública y en el goce efectivo de derechos fundamentales, el Estado peruano ha incorporado instrumentos como el Internet y el correo electrónico a su organización y funcionamiento, tanto a nivel interno (coordinación intra o interinstitucional) como externo (vínculo entre los órganos públicos y las personas).

La actuación de las entidades públicas en el ámbito virtual, al igual que en el físico, está sujeto al control o fiscalización por parte de los individuos y de la sociedad, lo que previene la realización de actos irregulares o corruptos. En esa línea, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en 2007, ha señalado que los Estados que utilizan las TIC se rigen bajo el principio de responsabilidad:

¹⁰⁷ Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2005 por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 7440-2005-PHD/TC, sobre acción de hábeas data interpuesto por don Juan de Dios contra la ONP.

¹⁰⁸ Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1797-2002-HD sobre acción de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra don Valentín Paniagua, entonces Presidente de la República, fundamentos jurídicos 10-11.

¹⁰⁹ Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151.

6. El Gobierno Electrónico se inspira en los principios siguientes:

(...) f. Principio de responsabilidad: de forma que la **Administración y el Gobierno respondan por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que de los realizados por medios tradicionales**. De acuerdo con dicho principio, las informaciones oficiales que se faciliten por medios electrónicos no pueden beneficiarse de una cláusula general de irresponsabilidad, ni incorporar una cláusula especial de esta naturaleza. En caso contrario, se dejará constancia con caracteres muy visibles y reiterados de que se trata de una página o portal electrónico no oficial y que no forma parte del sistema de Gobierno Electrónico (subrayado añadido)¹¹⁰.

Como ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el Internet (y sus servicios como el correo electrónico) contribuye a fortalecer la participación activa y directa de los integrantes de la sociedad en la toma de decisiones públicas y en la discusión sobre asuntos públicos (2016: párrafo 175).

Una consecuencia de la eficacia de este principio constitucional es, a nivel interno, la Ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública de Gestión de Intereses (publicada el 12 de julio de 2003), que establece en su artículo 6 que los procesos de toma de decisión pública están expuestos al escrutinio público y a la participación activa y directa de las personas¹¹¹.

El suministro de información a las personas en la etapa predecisional no solo contribuye a una participación informada, oportuna y eficaz (ya que existe posibilidad de que las demandas de las personas sean verdaderamente incluidas en la decisión final) sino que, como explica Roca, permite que la diversidad de voces presentes en la sociedad intervenga en estos procesos (configurándose así la igualdad en el acceso a procesos deliberativos) (2017: 192-193).

El principio democrático aplicado a los procesos de toma de decisión exige que el *lobby* o la gestión de intereses –caracterizado por realizarse a puertas cerradas– adopte una conducta transparente y no concentre estos espacios de interacción con las autoridades; se trata de garantizar que la pluralidad de grupos existentes en la sociedad también goce de las oportunidades para presentar sus demandas y necesidades a las instancias estatales.

¹¹⁰ Este principio del Gobierno Electrónico está recogido expresamente en el artículo 41 numeral 1 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Decreto Supremo 052-2008-PCM).

¹¹¹ Artículo 6.- De la transparencia en la decisión pública:

“El proceso de decisión pública es transparente, por lo tanto, todas las actividades mencionadas en el artículo 4 de la presente Ley serán accesibles al público de acuerdo a los términos y en la forma establecidos en la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

En este contexto, el derecho de acceso a la información pública permite supervisar el (in)debido funcionamiento de los órganos públicos y acceder a espacios deliberativos de formación de decisiones estatales, tanto en el ámbito virtual como en el ámbito físico, optimizando el principio democrático.

2.1.3. Naturaleza jurídica

En virtud de la identificación de sus facultades concretas de actuación y de sus fundamentos constitucionales, se advierte que este derecho tiene una naturaleza fundamental y autónoma, que lo diferencia respecto a otros bienes constitucionales que rigen en el ordenamiento jurídico.

2.1.3.1. Derecho fundamental

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental porque contribuye directamente al desarrollo integral de las personas mediante la protección de facultades dirigidas a realizar sus planes de vida, a ejercer una serie de libertades, a participar en la discusión de decisiones que afectan sus vidas en comunidad y a controlar el accionar de sus autoridades¹¹².

Como consecuencia de su carácter fundamental, la interpretación y aplicación de las normas que consagran este derecho debe ser conforme al principio pro hominen, es decir, su protección debe gozar de la mayor eficacia o fuerza expansiva posible. Asimismo, el sistema jurídico peruano le otorga una serie de garantías de diversa índole¹¹³.

¹¹² Esta tesis toma como referencia la definición de derecho fundamental elaborado por Peces Barba: "(...) facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción" (citado en Bidart 1991: 227) (subrayado añadido).

¹¹³ Aplicando la clasificación de Nogueira sobre garantías de los derechos fundamentales (2003: 103 y ss.), los medios de defensa del derecho de acceso a la información pública son de naturaleza normativa (requisitos de legitimidad establecidos en la legislación para su limitación –principio de reserva legal, contenido esencial, principio de proporcionalidad, etc.-), de control o fiscalización (en el Perú, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene la competencia para supervisar el cumplimiento de la normativa en la materia homónima, el Tribunal Administrativo de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene la facultad de conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos por ciudadanos contra respuestas denegatorias de entidades públicas a solicitudes de información), de interpretación (conjunto de principios de interpretación constitucional como el fuerza normativa, pro homine, etc.), institucionales (las competencias tuitivas de la Defensoría del Pueblo para proteger el ejercicio del derecho a saber) y jurisdiccionales (a nivel interno, existe el recurso de hábeas data ante la justicia constitucional para restituir el derecho de acceso a la información pública y, a nivel internacional, se puede acudir a la jurisdicción de la Corte IDH).

En el ámbito interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha recordado que la Corte IDH, mediante su sentencia dictada en el caso *Claude Reyes y otro vs. Chile*, ha sido el “(...) primer tribunal internacional en reconocer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental (...)” (2015: párrafo 13). En coherencia con lo anterior, el principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH ha manifestado que “[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos”¹¹⁴.

Este derecho no puede ser tratado como uno de configuración legal, en tanto no ha sido concebido como una institución cuyo contenido defina el legislador ordinario y menos las reparticiones de la Administración Pública (en sus respectivas funciones de creación normativa).

2.1.3.2. Derecho autónomo

La otra característica que destaca en el derecho de acceso a la información pública es su naturaleza autónoma, es decir, su contenido propio, fundamentado principalmente en los principios de transparencia, dignidad y de Estado democrático.

Este fin legítimo se singulariza porque tutela el conocimiento ciudadano de una temática específica de la realidad: la organización y actividad estatal, a través de las facultades de buscar y recibir, que establecen obligaciones al Estado para adecuar su estructura orgánica y funcionamiento al suministro de información que genera, obtiene o intercambia. La apertura de esta clase de documentos es presupuesto para el ejercicio de derechos fundamentales, participación y transparencia en los poderes públicos.

En un primer momento, el derecho de acceso a la información pública fue comprendido como una manifestación de los derechos a una comunicación libre, es decir, de las libertades de información y expresión, dado que instrumentos de derecho internacional, ya sea de los sistemas universal (DUDH, PIDCP), europeo (Convención Europea de Derechos Humanos) o interamericano (CADH), lo establecieron implícitamente en sus dispositivos relativos a las libertades informativas.

De acuerdo con Díaz, un derecho autónomo puede ser tal a pesar de compartir elementos con otros derechos. La existencia de una diferencia en los valores

¹¹⁴ Este reconocimiento también ha sido realizado en el Preámbulo de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la Asamblea General de la OEA y en el principio 1 de la Declaración de Principios sobre Derecho de Acceso a la Información Pública del Comité Jurídico Interamericano.

fundantes del derecho determina su carácter autónomo (2009: 46). El derecho de acceso a la información pública, en tanto supone una relación entre el individuo y el Estado, optimiza en especial ciertas dimensiones de los principios en que se basa. La tutela de una facultad –el acceso- y no de otras –como la difusión-, y su ejercicio ante ciertos sujetos –las entidades públicas y no otras -, caracteriza al derecho.

Siguiendo a Castro, “(...) su paulatino tratamiento autónomo parece haberse impulsado por tener virtualidad de ser un instrumento que permite afianzar el régimen democrático y por constituir además una herramienta idónea para garantizar el control de la gestión pública y prevenir las prácticas corruptas” (2008: 8).

Aunque la Corte IDH no ha subrayado la singularidad del derecho a saber, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha sostenido que “(...) es un derecho autónomo fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana (...)” (2016: párrafo 163)¹¹⁵.

En este contexto, se puede precisar que el derecho a saber se diferencia de los derechos a una comunicación libre (libertades de información y expresión, reconocidos en el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución) porque aquel otorga cobertura a la facultad de obtener información proveniente del Estado, mientras que estos son más amplios, ya que abarcan el atributo de recibir libremente opiniones o hechos noticiosos –no solo del Estado sino también de sujetos privados en general-, además de amparar la comunicación abierta de dichos contenidos (Abad 2006: 1233; Zegarra 2009: 316-317).

El derecho a saber se diferencia del derecho de petición, reconocido en el artículo 2 numeral 20 de la Constitución, puesto que aquel implica el establecimiento de una obligación a la entidad pública de entregar la información requerida (siempre que esté bajo su posesión y no esté sujeta a una causal de excepción) mientras que la petición solo exige que la institución admita la solicitud y brinde una respuesta motivada, mas no conceda necesariamente la misma. En este último derecho los

¹¹⁵ En el sistema interamericano, la CIDH ha reconocido que el derecho a recibir información del Estado es un ámbito de libertad que goza de autonomía, a pesar de estar incorporado en el mismo artículo que los derechos a la libertad de expresión e información (artículo 13 de la CADH). La Corte IDH, en cambio, ha señalado que el derecho al seguimiento de información pública es un contenido perteneciente a las libertades informativas. Ha sostenido, en ese sentido, que “76. (...) de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende ‘no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole’” (Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151). Por su parte, en el ámbito universal, la Relatoría Especial para la Libertad de Opinión y de Expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha referido que el derecho de acceso a información “(...) no es simplemente un aspecto del derecho a la libertad de opinión y de expresión, sino una libertad por derecho propio” (1998: párrafo 11).

órganos públicos tienen un margen de discrecionalidad para estimar o no el requerimiento (Zegarra 2009: 316).

Asimismo, el derecho a saber se distingue del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa porque el primero solo conduce a la entrega de información o datos bajo tenencia de las entidades públicas –la cual puede versar sobre personas ajenas al solicitante–, mientras que el segundo permite que el titular del derecho ejerza un haz de facultades: no solo de acceso a sus datos personales almacenados en una bancos de datos públicos o privados sino de rectificación, cancelación y oposición (Zegarra 2009: 317)¹¹⁶.

El carácter fundamental de este bien constitucional exige que el Estado asuma una posición garantista en favor de su ejercicio y su naturaleza autónoma fundamenta su protección a nivel judicial mediante el recurso de hábeas data (contemplado en el numeral 3 del artículo 200 de la Constitución).

2.1.4. Ámbito subjetivo

El reconocimiento de este derecho implica una relación de alteridad, en el sentido que se genera un vínculo entre sujetos que titularizan las facultades de actuación protegidas por este derecho y los sujetos encargados de su satisfacción a través de la asignación de prestaciones (Bidart 1991: 7).

En relación a los sujetos activos, este derecho es atribuido a toda persona natural¹¹⁷, conforme a la Constitución y a las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional. Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, las personas jurídicas de derecho privado también tienen legitimidad activa¹¹⁸.

¹¹⁶ Es interesante advertir que el derecho a la protección de datos personales, al igual que el derecho a saber, puede contribuir a la realización del principio de transparencia, puesto que las personas pueden evaluar el accionar de las entidades públicas en materia de seguridad a partir del acceso a sus datos personales: “36. (...) La acción de hábeas data [o de autodeterminación informativa] como mecanismo de fiscalización de las entidades de seguridad e inteligencia (...), tiene como finalidad verificar la legalidad en la recopilación de datos sobre las personas” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2001).

¹¹⁷ De acuerdo a Basterra, la capacidad jurídica para ser titular de este derecho debe ser reconocida a toda persona natural, dado su carácter iusfundamental (2006: 62). Por tanto, cualquier criterio o motivo prohibido que busque desconocer este estatus a una persona debe ser rechazado (Bidart 1991: 362).

¹¹⁸ Tal como ha expuesto el Tribunal Constitucional, el sustento para que se reconozcan derechos fundamentales a las personas jurídicas radica en el derecho de participación de las personas en forma asociada y los principios de Estado democrático y dignidad. Solo se reconocen derechos que contribuyan a las características de la organización (Sentencia dictada el 4 de agosto de 2006 en el Expediente 4972-2006-PA/TC sobre acción de amparo interpuesto por Corporaciones Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited. Fundamentos jurídicos 9 & 13). El derecho a saber es uno de los atributos necesitados por las personas jurídicas para desarrollar su objeto social. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha expuesto que “3. (...) si la existencia de estas [personas jurídicas] supone, para quienes las integran, la realización de determinados objetivos o finalidades, es perfectamente legítimo que,

En el plano interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha dispuesto que “[t]oda persona que esté presente en el territorio del país [o Estado] debe poder ejercer este derecho. El ejercicio de este derecho no debe exigir que las personas demuestren un interés específico en la información” (2003: párrafo 33).

Con respecto a los sujetos pasivos, el artículo 2 inciso 5 de la Constitución indica que éstos pueden ser “cualquier entidad pública”. Al respecto, el artículo 2 del TUO de la Ley de Transparencia remite su desarrollo al artículo I del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG)¹¹⁹.

Esta cláusula de sujetos pasivos está conformada por entidades estatales, entre las que se puede mencionar los poderes del Estado, órganos constitucionales autónomos, niveles de gobierno, empresas con accionariado estatal¹²⁰, etc. Asimismo, está integrada por personas jurídicas de derecho privado que realizan actividades del sector público o regidas por el derecho público. La Defensoría del Pueblo las ha descrito de la siguiente manera:

(...) nuestra legislación administrativa reconoce como entidades públicas o entidades de la Administración Pública a un conjunto de organismos estatales y entidades que no integran la estructura orgánica estatal (como las empresas privadas), a quienes se les ha encargado la ejecución de los fines estatales a

como garantía para la consecución de tales objetivos, les resulte necesario tomar conocimiento de diversos tipos de información que obren en poder del Estado o en cualquiera de sus organismos” (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 0644-2004-HD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por la Inmobiliaria Las Lomas de Monterrico S.A. contra la Municipalidad de Santiago de Surco). En relación a la capacidad de las personas jurídicas de derecho público (las que actúan a nombre del Estado o pertenecen a él), el Tribunal Constitucional ha descartado que sean titulares del derecho de acceso a la información pública (Sentencia dictada el 30 de septiembre de 2004 en el Expediente 1899-2004-HD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la Municipalidad distrital de Santa Cruz de Cochacra. Fundamento jurídico 2).

¹¹⁹ El artículo I del Título Preliminar de la LPAG enumera las entidades públicas reconocidas en el ordenamiento jurídico peruano: los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los niveles de gobierno (además del Central, el Regional y Local), los órganos constitucionales autónomos, los demás organismos con funciones administrativas de derecho público y las personas jurídicas de origen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de autorización o concesión del Estado.

¹²⁰ Las personas jurídicas de derecho privado que constituyen empresas del Estado también están sujetas al derecho a entregar información, inclusive rigiendo sobre ellas el principio de máxima divulgación, es decir, que toda la información bajo posesión de las mismas, se presume accesible. El criterio mayoritario o minoritario del accionariado estatal no establecen diferencias en la aplicación del referido principio: se operativiza en ambos porque, de acuerdo al Tribunal Constitucional, las empresas estatales de derecho privado suponen la disposición de recursos públicos (acciones en titularidad del Estado) y su actividad empresarial se somete a mecanismos de supervisión estatales (optimización del principio de subsidiariedad) (Sentencia dictada el 10 de diciembre de 2015 en el Expediente 03994-2012-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don David Deza contra la empresa Electro Puno S.A.A. Fundamentos jurídicos 22-25).

través de la prestación de servicios públicos o el ejercicio de diversas funciones administrativas (2001: 58)¹²¹ (subrayado añadido).

En el ámbito regional, el artículo 3 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2010, establece que los sujetos obligados están integrados por órganos estatales y entidades no estatales que realizan funciones públicas o ejecutan recursos públicos sustanciales.

La presente ley se aplica a **toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno** (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) **y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna** (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o **entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo**, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes y se aplica asimismo a las **organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales** (directa o indirectamente), **o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados** (resaltado añadido)¹²².

Según el artículo 9 del TUO de la Ley de Transparencia, las entidades de origen privado que están sujetas a las normas de derecho a saber deben suministrar información a los ciudadanos únicamente sobre “(...) las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce”¹²³.

¹²¹ El Ministerio de Justicia de Perú incluye dentro de los sujetos obligados a las personas jurídicas de derecho privado que reciben fondos públicos (2014: 13). Esta postura es consecuente con el principio de transparencia, que prescribe que una actividad privada que goza de beneficios patrimoniales del Estado (exoneración de tributos) esté obligada a difundir sus programas, proyectos y actividades a la población. Es el caso de las organizaciones receptoras de fondos de cooperación internacional o de los partidos políticos que reciben fondos públicos.

¹²² Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10) de 8 de junio de 2010 de la Asamblea General de la OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

¹²³ Este ámbito subjetivo de aplicación regulado por la legislación en materia de acceso a la información pública no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal Constitucional haya reconocido la eficacia del derecho a buscar información a sujetos que no realizan ningún tipo de función pública pero que poseen información determinante para que las personas ejerzan sus derechos fundamentales o que están afectados al interés público. Se trata, por ejemplo, del caso de una radio no estatal que presta un servicio (privado) de radiodifusión, a la que el Tribunal Constitucional incluye dentro del ámbito subjetivo de aplicación porque sus programas difunden hechos noticiosos, opiniones e informaciones que se presumen de relevancia pública. En virtud del interés público que convoca esta actividad, señala que está obligada a entregar la información emitida en sus programas: “2. (...) Así las cosas, aunque la ley [Ley de Radio y Televisión, Ley 28278] pueda indicar que técnicamente los medios de radiodifusión prestan un ‘servicio privado de interés público’, una lectura a la luz de la Constitución permite sostener que las opiniones e informaciones que se difunden a través de los programas de los medios de radiodifusión, prima facie, son de relevancia pública, por lo que el acceso

El derecho fundamental a acceder, del que son titulares todas las personas, tiene un correlato en obligaciones atribuidas tanto a entidades pertenecientes al Estado como a las que actúan en su nombre (ciertas entidades del régimen privado), lo que muestra que este derecho no solo tiene eficacia vertical (frente al Estado) sino también horizontal (frente a particulares).

2.1.5. Alcances

Este derecho tiene una dimensión individual o subjetiva y otra colectiva o institucional. Las dos resaltan, con enfoques distintos, los valores o fines sobre los que se basan las conductas de buscar y recibir información de carácter pública.

2.1.5.1. Dimensión individual

Esta perspectiva del derecho destaca que sus atributos son disfrutados por la persona a nivel individual o de manera aislada. A través del conocimiento de información sobre la organización y funcionamiento del Estado, cada sujeto tiene la capacidad de realizar su propio plan de vida de manera autónoma o de intervenir en la elaboración de decisiones públicas que afectan su vida diaria. Además, puede ejercer sus derechos fundamentales o hacerlos exigibles.

Esta dimensión ha sido abordada por el Tribunal Constitucional, al señalar que el derecho a saber:

10. (...) se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho, **se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales** (subrayado añadido)¹²⁴.

Tal como han señalado Eguiguren, Bernal y Rubio, "(...) la finalidad que tiene el establecimiento de este derecho específico es permitir información a la persona

a las grabaciones de dicha programación se encuentra protegido por el derecho fundamental de acceso a la información pública (...)" (Sentencia dictada el 26 de agosto de 2010 en el Expediente 01475-2010-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Vilma Bustíos contra don Percy Bermudo, director del noticiero "La hora del cafecito", de radio Kametza, y contra don Richard Medina, gerente de dicha emisora radial).

¹²⁴ Sentencia de Tribunal Constitucional dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 1797-2002-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra el expresidente Valentín Paniagua.

para que todos los efectos de su vida, desde la planificación integral del camino del ser humano en la vida, hasta el ejercicio de los demás derechos” (2010: 279-280).

Al exponer las consecuencias favorables que tiene el conocimiento de información en la situación o circunstancia particular de las personas, este alcance del derecho de acceso a la información pública resalta su fundamento en los principios de dignidad y transparencia.

2.1.5.2. Dimensión colectiva

Esta perspectiva del derecho destaca las consecuencias que tiene su ejercicio organizado en la sociedad: la entrega permanente de información de calidad sobre la gestión pública contribuye a que los individuos, con el conocimiento adquirido, pertenezcan a corrientes de opinión plurales en las cuales discuten asuntos públicos, someten a escrutinio el accionar de sus autoridades (y de los poderes fácticos) y acceden a procesos de formación de la voluntad estatal. En relación a esta dimensión, el Tribunal Constitucional ha considerado que:

11. (...) el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que **garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.**

Desde este punto de vista, **la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo**, que ha de estar **al alcance de cualquier individuo**, no solo 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 (subrayado añadido)¹²⁵.

Este alcance del derecho a saber subraya su fundamento en los principios de Estado democrático y de transparencia. Como señala Eguiguren y otros, la circulación de información sobre asuntos públicos, como el ejercicio del poder, es un presupuesto para la participación colectiva en la vida social

¹²⁵ Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 1797-2002-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra el expresidente Valentín Paniagua. El carácter de bien público o colectivo correspondiente a la información también ha sido señalado por la doctrina (Basterra 2006: 52; Ministerio de Justicia de Perú 2014: 14).

[e]sta dimensión es cívica, ciudadana y consustancial a la democracia, porque radica en **dar al pueblo el poder de información necesario para evaluar la actuación del poder del Estado** y, dado el caso, **tomar las medidas de corrección que estime convenientes**, a través de procesos electorales y la remoción o revocación de autoridades, entre otros. No hay democracia sin información pública de parte de los entes públicos hacia el pueblo y sus ciudadanos (2010: 281) (subrayado añadido).

A propósito de esta dimensión, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública tiene la condición de libertad preferida, categoría que reconoce la eficacia de una serie de normas regla y principio que garantizan su efectividad y protección real. Esta denominación no implica el establecimiento de una relación de supremacía en abstracto del derecho a saber con respecto a los demás bienes constitucionales. Su aplicación, en caso de conflicto con otro fin legítimo en una situación concreta, es siempre el resultado del empleo del test de proporcionalidad¹²⁶.

Entre las consecuencias de su declaratoria como libertad preferida, el Tribunal Constitucional ha señalado que las restricciones a este derecho se deben someter a un control jurisdiccional más estricto, actividad que supone la presunción de inconstitucionalidad de las medidas restrictivas. Para que una norma o acto limitante tenga legitimidad constitucional, ha añadido dicho órgano jurisdiccional, las entidades públicas deben demostrar que la medida adoptada cumple con ser razonable y proporcional¹²⁷, es decir, que sea conforme a los requisitos de validez establecidos por la normativa, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y los estándares internacionales.

De acuerdo a Rubio, la obligación gravada a las entidades públicas consistente en la realización de un control de constitucionalidad estricto "(...) solo quiere decir que desaparece la presunción de constitucionalidad sobre las normas que lo restrinjan o delimiten (...)" (2013: 41).

¹²⁶ Tal como ha explicado el Tribunal Constitucional, la condición de libertad preferida del derecho a saber "11. (...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición (...) ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica" (Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 1797-2002-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra el expresidente Valentín Paniagua).

¹²⁷ Sentencia de Tribunal Constitucional dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 1797-2002-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra el expresidente Valentín Paniagua (Fundamento jurídico 11).

Por su parte, Eguiguren y otros han explicado que el estatus de libertad preferida origina una regla mediante la cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una norma o ante una laguna normativa, debe primar el reconocimiento y ejercicio del derecho de acceso a la información pública (2010: 287). Abad plantea un ejemplo de cómo opera este efecto: “(...) ante la existencia de una duda razonable sobre si la información es pública o no, debe presumirse lo primero. Con ello se pretende dejar atrás una tradición inversa, según la cual ante la duda el funcionario prefiere no entregar la información solicitada” (2006: 1236)¹²⁸.

Estas garantías reconocidas al derecho de acceso a la información pública en su condición de libertad preferida se complementan con aquellas derivadas del principio de máxima divulgación o de transparencia, establecidas por la normativa, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y los estándares internacionales (anteriormente revisados)¹²⁹.

Abordar los alcances del derecho de acceso a la información pública resulta de suma importancia para advertir los principios que están en juego. No se trata, sin embargo, de privilegiar una dimensión sobre la otra: tanto la individual (principio de dignidad) como la colectiva (principio de Estado democrático) se interrelacionan y deben ser valoradas de cara a la protección del derecho.

2.1.6. Objeto del derecho

La información pública se define como los documentos, datos o material informativo que se vincula a una entidad pública y que esta debe entregar a las personas. En el caso de las entidades estatales, se considera información pública a toda aquella que se encuentra bajo su tenencia (criterio de la posesión), mientras que en la situación de las entidades de origen privado tienen dicha calidad la que versa sobre funciones públicas delegadas (criterio del contenido).

Ambos criterios se sustentan en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución, que establece que “(...) [t]oda persona tiene derecho (...) [a] solicitar sin expresión de causa la **información que requiera** y a recibirla de cualquier entidad pública (...)”

¹²⁸ La Defensoría del Pueblo coincide en esta apreciación (2005: 22).

¹²⁹ Como se analizó en el apartado relativo al principio de transparencia, existen una serie de reglas o principios aplicables al derecho de acceso a la información pública: i) toda información bajo tenencia de las entidades públicas está expuesto al conocimiento de la sociedad, es decir, se presume su accesibilidad; lo contrario, a modo de excepción, es el secreto; ii) obligación correspondiente al Estado de adoptar las condiciones adecuadas para el goce efectivo del derecho a saber; iii) obligación gravada al Estado consistente en suministrar información accesible; iv) obligación asignada al Estado relativa a demostrar que cualquier limitación establecida al derecho cumple con los requisitos de legitimidad; v) establecimiento de excepciones claras y precisas por ley, respecto de las cuales se provea una interpretación restrictiva; y vi) en caso de duda o vacío legal, se tutele el derecho de acceso a la información pública.

(subrayado añadido). Este precepto otorga a la persona la libertad de decidir qué información proveniente de una entidad pública desea recibir.

En el caso de las entidades estatales, las personas pueden conocer toda la clase de información que poseen (salvo que corresponda la aplicación de una excepción) porque se trata de órganos que están al servicio de Nación, cuyo poder proviene del pueblo. La información bajo tenencia evidencia cómo opera la función pública¹³⁰.

En cambio, en el caso de las entidades de origen privado obligadas frente al derecho, los individuos solo pueden acceder a información sobre prestación de servicios públicos, tarifas y funciones administrativas, porque son las únicas actividades de derecho público que realizan. Las otras labores que desempeñan pertenecen a su ámbito privado o son de interés específico de sus miembros.

En ambos casos no resulta relevante para la denominación de una información como pública la clase de objeto material (la grafía o el soporte), el nombre formal del documento, su carácter bruto o procesado, la autoría, la pertenencia a una serie documental o las características de la base de datos

El criterio de la posesión aplicable a las entidades estatales está reconocido en los artículos 3.1 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia y 61.1 del Código Procesal Constitucional, mientras que el criterio del contenido asignado a las entidades de origen privado está establecido en el artículo 9 del TUO de la Ley de Transparencia. Ambos criterios han sido complementados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los estándares internacionales.

Esta tesis encuentra que el criterio de la posesión ha sido contestado o cuestionado por ciertas entidades estatales. Ante esta situación, resulta pertinente explicar sus fundamentos en la normativa, en la doctrina jurisprudencial y en los estándares internacionales en materia de derecho a saber.

A nivel normativo, el artículo 3 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, en aplicación del principio de publicidad, sostiene que “[t]oda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley (...)” (subrayado añadido).

El Tribunal Constitucional, a través de su doctrina jurisprudencial, ha esclarecido el contenido de esta regla: “4. (...) este derecho ha sido desarrollado por el legislador

¹³⁰ De acuerdo al artículo 45 de la Constitución, “[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. Las actuaciones de los servidores públicos deben, según el artículo 44 del mismo instrumento normativo, “(...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...); y promover el bienestar general (...)” porque, como señala el artículo 39 del referido cuerpo normativo, “[t]odos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

por medio de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuyo artículo 3° se señala que **toda información que posea el Estado es considerada como pública (...)**¹³¹ (subrayado añadido).

Como se aprecia, el sentido interpretativo otorgado al artículo citado difiere ligeramente de su redacción: para el máximo intérprete de la Constitución, el carácter público de una información, sobre la base del criterio de la posesión, no es una presunción sino una calificación adoptada por la norma; en realidad, lo que se presume es la eficacia del derecho en todas las situaciones de posesión; en caso de corresponder la aplicación de una excepción, el derecho no se ejerce temporalmente¹³².

De esta manera también lo ha comprendido la Corte IDH, en consonancia con el principio de máxima divulgación, al colocar la presunción en el ámbito del ejercicio del derecho: “(...) en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la **presunción de que toda información es accesible, sujeto a un régimen restringido de excepciones**”¹³³.

El criterio de la posesión también tiene un sustento normativo en el artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia:

Las entidades de la Administración Pública **tienen la obligación de proveer la información requerida** si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato,

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 4 de septiembre de 2009 recaída en el Expediente 00330-2009-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Jesús Álvarez contra el Gobierno Regional de Arequipa. En igual sentido interpretativo del artículo 3 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las sentencias recaídas en Expedientes 05982-2009-HD/TC (fundamento jurídico 6), 04145-2009-HD/TC (fundamento jurídico 6), 02097-2016-HD/TC (fundamento jurídico 5), 00849-2010-HD/TC (fundamento jurídico 6), 04139-2011-HD/TC (fundamento jurídico 8), 00441-2012-HD/TC (fundamento jurídico 8), 03672-2013-HD/TC (fundamento jurídico 4), 01410-2011-HD/TC (fundamento jurídico 6), 04788-2011-HD/TC (fundamento jurídico 5) y 03994-2012-HD/TC (fundamento jurídico 10).

¹³² Esta distinción entre la calificación de información pública –sobre la base del criterio de la posesión– y el acceso efectivo a la información, puede hallarse en el artículo 19 del TUO de la Ley de Transparencia, que regula el supuesto de información parcial, aplicable cuando en un documento existen fragmentos protegidos por el régimen de excepciones: así, pese a que un determinado documento tenga la condición de información pública (en tanto se encuentra bajo la tenencia de una entidad estatal), ello no asegura que se trate necesariamente de información de acceso público, debido a que de manera excepcional, podría verificarse la aplicación de límites válidos al derecho.

¹³³ Sentencias de la Corte IDH dictadas el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 199; y el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 92.

siempre que haya sido creada u obtenida por ella o **que se encuentre en su posesión o bajo su control.**

Asimismo, para los efectos de esta Ley, 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 (subrayado añadido).

Estos dos párrafos del artículo 10 citado, interpretados de manera sistemática con las demás normas de la ley básica invocada, han motivado al Tribunal Constitucional a abrazar el criterio de la posesión, por encima de otros criterios como el de financiamiento o el de materias específicas.

12. (...) El Tribunal Constitucional considera que la exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente restrictiva de aquello que debe considerarse como “información pública”. **Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva (resaltado añadido)**¹³⁴.

Asimismo, el criterio de la posesión tiene un respaldo en el artículo 61 numeral 1 del Código Procesal Constitucional:

(...) toda persona puede acudir a dicho proceso [el hábeas data] para: (...) **[a]cceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública**, ya se trate de la que **generen, produzcan, procesen o posean**, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos **y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión**, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética **o que obre en cualquier otro tipo de soporte material** (subrayado añadido).

Al respecto de esta disposición, el Tribunal Constitucional ha referido que: “5. (...) Tal como lo señala el artículo 61 inciso 1, de dicho código, [se protege] el acceso a la información **en poder de una entidad pública** (...) (subrayado añadido)”¹³⁵,

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 6 de abril de 2004 en el Expediente 2579-2003-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Julia Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura. La referencia a funciones administrativas en esta sentencia obedece a la clase de información sobre la cual versó el objeto de la demanda: información relativa a una entrevista y a informes sobre el desempeño de una jueza en su cargo, a efectos de la adopción de una decisión administrativa, consistente en determinar su ratificación o no por parte del Consejo Nacional de la Magistratura. La intención del Tribunal Constitucional, en ese sentido, no fue la de limitar el acceso a información sobre decisiones administrativas.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 7 de diciembre de 2005 en el Expediente 07440-2005-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Juan de Dios contra la Oficina de Normalización

reiterando de este modo el criterio de la posesión como el elemento que atribuye el carácter público a una información.

Castro ha señalado que los dos instrumentos citados constituyen la base normativa vigente en el Perú para el empleo del criterio de la posesión:

(...) tanto la Ley de Transparencia y Acceso a la Información como el Código Procesal Constitucional hacen referencia al *criterio de la Posesión* para definir a la Información Pública. Por ello, prescriben que la información pública no solo es la que *generan o producen* las entidades públicas, sino que incluye además aquella *obtenida* por dichas entidades, así como la que *procesan, poseen o se encuentra bajo su control* (cursivas no son mías) (2008: 23).

En tanto el objeto es un aspecto correspondiente a un derecho constitucional (el derecho a saber, consagrado en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución), es importante recordar que el operador del derecho debe sujetar su labor interpretativa a los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa, concordancia práctica y pro homine.

Como ha explicado el Tribunal Constitucional, el principio de fuerza normativa de la Constitución consiste en “12. (...) e). (...) respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (...) y a la sociedad en su conjunto”¹³⁶.

En relación al principio de unidad, ha sostenido que “5. (...) las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario (...)”.

Respecto al principio de concordancia práctica, dicho órgano jurisdiccional ha reflexionado que, “6. (...) exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes”¹³⁷.

Previsional. Otras sentencias que interpretan el artículo 61 inciso 1 del Código Procesal Constitucional en el mismo sentido (aunque siempre de manera muy escueta) son las recaídas en los expedientes 03156-2009-HD/TC (fundamento jurídico 6), 05254-2009-HD/TC (fundamentos jurídicos 2 y 6), 01581-2010-HD/TC (fundamento jurídico 5), 01410-2011-HD/TC (fundamento jurídico 5), 05173-2011-HD/TC (fundamento jurídico 4) y 00441-2012-HD/TC (fundamento jurídico 7).

¹³⁶ Sentencia dictada el 8 de noviembre de 2005 en el Expediente 5854-2005-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Pedro Lizana contra el Jurado Nacional de Elecciones.

¹³⁷ Sentencia dictada el 30 de junio de 2003 en el Expediente 1013-2003-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por don Héctor Faisal contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima y contra la Juez del Quinto Juzgado Penal Especial de Lima

Por último, sobre el principio pro homine, ha manifestado que “16. (...) impone que en lugar de asumirse una interpretación restrictiva e impedirse u obstaculizarse el ejercicio del derecho de acceso a la información, se opte por aquella interpretación que posibilite o favorezca el ejercicio de tal derecho”¹³⁸.

Por lo tanto, el sentido que se otorgue al objeto del derecho a saber debe guardar coherencia con principios y valores constitucionales (como la dignidad, la transparencia y el Estado democrático) y debe asegurar el carácter obligatorio de las normas constitucionales en todo ámbito –analógico como virtual-.

De igual manera, el significado que reciba el concepto de información pública (aspecto relacionado al contenido constitucional del derecho a saber) debe resultar de la optimización de las normas constitucionales, y debe ser favorable a su eficacia y aplicación.

En ese sentido, el criterio de la posesión resulta el más idóneo para determinar el objeto del derecho aplicable a entidades estatales, ya que supone la realización de principios constitucionales a un mayor nivel, en comparación a otras pautas.

En el ámbito interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha acogido el criterio de la posesión para entidades estatales, destacando la importancia de una concepción amplia de información pública que permita el suministro de información en diversos tipos de soporte.

El derecho de acceso a la información protegido por la Convención Americana **contiene implícitamente una amplia comprensión de la palabra “información”** y los Estados deben acompañar esta amplitud con sus propias leyes. **El público debe tener acceso a todos los registros en poder de los órganos del Estado, independientemente de su origen.** La información puede haber sido producida por un órgano diferente, pero, aun así, debe ser accesible. La fecha de la producción también es irrelevante. Además, la “información” **comprende todo tipo de sistemas de almacenamiento o recuperación, incluyendo documentos, películas, microfichas, vídeos, fotografías y otros** (2003: párrafo 35) (subrayado añadido).

Por su parte, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Público en su preámbulo dispone que “(...) el derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio”.

¹³⁸ Sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009 en el Expediente 04912-2008-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Rodrigo Villarán Contavalli contra el Director General de Administración del Congreso de la República.

Además, la Declaración de Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en 2008, establece en su principio primero que “[t]oda información es accesible en principio. (...) toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones (...)”, y en su principio tercero que “[e]l derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”¹³⁹.

En el ámbito del sistema universal de derechos humanos, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ha sostenido que “(...) toda la información en posesión del Estado pertenece al público, con excepciones limitadas y matizadas que deben ser justificadas por las autoridades estatales (2013: párrafo 50).

Dicho procedimiento especial ha añadido que el derecho a buscar y recibir información se extiende a cualquier clase de información sobre las actividades del Estado, en cualquier tipo de registro o almacenamiento (como el soporte electrónico) (2004: párrafo 44), y que el reconocimiento amplio de este derecho contribuye a su aplicación eficaz (2013: párrafo 85).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, en su Observación General 34, ha coincidido en formular una concepción amplia del objeto de acceso como toda aquella información que “(...) comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción” (2011: párrafo 18)

En relación a la doctrina, existe concordancia entre diversos autores sobre la definición de información pública a partir del criterio de la posesión. Así, invocando los principios o valores constitucionales, Romero ha sostenido que:

(...) una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los **administrados o las personas pueden acceder a cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte**, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc. (2009: 184) (subrayado añadido).

Según Eguiguren y otros, “(...) la información a la que se tiene derecho es la que se halla en manos de quienes ejercen función pública y de los organismos

¹³⁹ Resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) de 7 de agosto de 2008 del Comité Jurídico Interamericano.

correspondientes” (2010: 279). Por su parte, Zegarra ha coincidido al señalar que “[d]e forma general, el derecho de acceso a la información pública permite a los ciudadanos contar con datos que obran en las entidades públicas (...), sin importar cuál sea el soporte en el que se guarde” (2009: 315 & 327).

Asimismo, Espinoza-Saldaña ha referido que “(...) en el caso peruano se entiende por información pública a aquella que se encuentra en poder de una entidad estatal o que dicha entidad pueda eventualmente tener bajo su control en algún momento” (2009: 259). En igual sentido, Landa ha expuesto que “[e]l derecho de acceso a la información pública protege el acceso sin restricciones a la información almacenada en algún tipo de registro o documento que obra en poder del Estado (...) en cualquier tipo de soporte físico o digital (USB, discos compactos, etcétera)” (2017: 66 & 77).

Por último, el Ministerio de Justicia de Perú ha explicado que “[s]e entiende por información pública a todo tipo de dato o informe que constituya parte del acervo con el que cuenta el Estado (...) que de alguna forma se encuentre en sus manos (...)” (2014: 16). Por otra parte, ha descartado que el soporte específico de la información determine su carácter público: “(...) la forma o soporte (impresiones en papel, grabaciones, soporte electromagnético o digital) en la que la información está contenida, almacenada o archivada resulta irrelevante para determinar su naturaleza pública” (2014: 26).

De este modo, toda información relacionada a las distintas funciones públicas correspondientes al Estado (funciones de gobierno, legislativas o de creación normativa, jurisdiccionales o resolutivas, institucionales, administrativas, etc.) que se encuentre bajo la tenencia de éste, tiene la condición de pública. Así también una información que un sujeto privado crea y remite al Estado tiene carácter público porque ingresa a su acervo documentario a propósito o con la finalidad del ejercicio de una función pública. Además, puede tratarse de datos brutos o procesados¹⁴⁰.

En caso de que un documento bajo tenencia de órganos públicos no sea producto del ejercicio de funciones públicas (sino de actos irregulares o infracciones normativas), el criterio de la posesión le concede la condición de información pública, lo que permite al ciudadano controlar cómo opera la entidad, si cumple o no sus labores (ello se revisa en detalle en el capítulo tercero).

¹⁴⁰ Basterra resalta que dentro del ámbito de protección de este derecho se encuentra la facultad de acceder “(...) a las fuentes primarias de información, es decir los documentos elaborados por la propia administración que documentan y justifican sus acciones” (2006: 88-89). Al respecto, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH ha apuntado que “(...) en principio, el derecho de acceso a la información permite el acceso al dato procesado (sea en forma de estadística, de indicador o en cualquier otra) y al dato bruto, es decir, al dato registrado por la administración pero aún no procesado ni clasificado” (2010: párrafo 81).

El contenido amplio del concepto de información pública permite que las personas cuenten con herramientas para el ejercicio de sus derechos fundamentales, el conocimiento de los pormenores de la actuación de sus autoridades y la participación en procesos de toma de decisión o en la supervisión del ejercicio del poder.

Con la elección del criterio de la posesión, se trata de alcanzar la optimización de los principios de dignidad, transparencia y Estado democrático¹⁴¹. Esta interpretación es coherente con los demás bienes constitucionales (como la intimidad o vida privada), que se encuentran tutelados en el régimen de excepciones al derecho a saber.

Con el avance de las tecnologías digitales que favorecen el tratamiento de información de manera rápida, a distancia y a bajo costo (entre las que se encuentra el correo electrónico), los sujetos obligados manejan mayor cantidad de documentos en soporte electrónico, los cuales expresan hechos o datos relacionados a sus funciones o actividades, y se encuentran bajo su resguardo.

Tal como ha sido expuesto, el objeto del derecho a saber abarca la información en soporte electrónico, que se caracteriza por representar contenido multimedia (voz, texto, video, imagen fija). Su inclusión es coherente con una interpretación dinámica del derecho, ya que a efectos de mantener su eficacia se incorporan los cambios y transformaciones acontecidos en la sociedad (Bidart 1991: 401)¹⁴².

Sin embargo, los criterios de la posesión y del contenido no son las únicas pautas vigentes sobre el objeto del derecho. De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, información pública también es la que una entidad pública debe producir, recolectar o capturar para cumplir sus prestaciones obligacionales (criterio de obligación): "(...) los Estados tienen la obligación de garantizar la disponibilidad y el acceso a la información, a través de la recolección, registro o producción de aquella información que es necesaria para el cumplimiento de obligaciones internacionales, constitucionales y legales" (2015: párrafo 43)¹⁴³.

¹⁴¹ En tanto la Constitución peruana tiene entre sus fines la defensa de la persona y de sus derechos fundamentales, y dado que la facultad de acceso contribuye al desarrollo integral de la persona, este derecho exige asumir la interpretación más favorable a su eficacia, lo que exige la adopción de un concepto amplio de información.

¹⁴² De este modo se puede reconocer una faceta digital al derecho de acceso a la información pública que supone extender la eficacia de las facultades de solicitar y recibir información a través de medios electrónicos y en el mundo virtual.

¹⁴³ En virtud de este criterio, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha sostenido que los Estados que son parte de la Convención de Belém do Pará deben crear o producir información sobre las medidas progresivas adoptadas para prevenir la violencia contra la mujer y garantizar el derecho de acceso adecuado, efectivo y oportuno a la justicia (estadísticas e información sobre las causas, consecuencias y

El Tribunal Constitucional ha recurrido a este criterio en ciertas ocasiones: al exigir, por ejemplo, a una Municipalidad que suministre información a un ciudadano sobre el cálculo o liquidación del presupuesto ejecutado en unas obras públicas (que al momento de tramitarse la solicitud de acceso no tenía) por constituir información que legalmente le corresponde tener¹⁴⁴.

Un criterio adicional ha sido expuesto por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH el cual considera como información pública la relativa al uso o ejecución de fondos destinados por el Estado a entidades privadas. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de transparencia tiene eficacia en el sector privado cuando se trata de actividades financiadas con beneficios patrimoniales del Estado (exoneraciones de tributos)¹⁴⁵.

El alcance del objeto del derecho de acceso a la información pública, a partir de los criterios formulados (posesión, contenido, obligación, fondos públicos) ha sido sintetizado por la referida Relatoría de la CIDH:

[e]l derecho de acceso a la información recae sobre la **información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos**, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y **la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar** en cumplimiento de sus funciones (2009b: párrafo 21) (subrayado añadido).

Se aprecia entonces que el objeto del derecho se caracteriza por su amplitud (variedad de criterios y de soportes) que coadyuva a que las personas puedan realizar sus planes de vida de manera autónoma, conocer cómo actúan sus autoridades y participar en la vida social a través de la fiscalización y del acceso a procesos deliberativos estatales.

frecuencia de la violencia así como datos sobre eficacia de las medidas adoptadas para hacerle frente) (2015: párr. 45 & 48).

¹⁴⁴ Sentencia dictada el 29 de marzo de 2010 en el Expediente 02845-2008-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Roger Rosales contra don Gustavo Ortiz, en ese entonces Secretario General de la Municipalidad distrital de Huaura, fundamento jurídico 9. En igual sentido, en otra causa el Tribunal Constitucional ordenó a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) entregar información a un pensionista sobre los montos de las aportaciones realizadas por sus empleadores ya que la ONP tiene la obligación de controlar, revisar, verificar y fiscalizar los aportes realizados (Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2005 en el Expediente 7440-2005-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Juan de Dios contra la ONP. Fundamento jurídico 10).

¹⁴⁵ Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en los Expedientes acumulados 009-2007-PI/TC y 010-2007-PI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por don Luis Sirumbal y 8439 ciudadanos y Congresistas de la República, contra una serie de artículos de las Leyes 28925 y 28875 (Fundamentos jurídicos 51-59).

2.1.7. Contenido constitucionalmente protegido

El contenido esencial o constitucionalmente protegido constituye “(...) el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste (...)” (citado en Nogueira 2003: 107). Destaca las singularidades de este derecho y sus fundamentos.

Se aprecia que hay una serie de aspectos que caracterizan al derecho de acceso a la información pública y que son indispensables para que cumpla su propósito: garantizar el desarrollo integral de la persona y la existencia de una sociedad democrática.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, las facultades de solicitar (sin expresión de causa) y recibir reconocidas en este derecho pertenecen a su contenido constitucionalmente protegido.

3. (...) La Constitución Política del Estado ha consagrado (...) el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo **contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública** (...). Pero es además otra característica del derecho en cuestión la **ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información**; este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional (...) (subrayado añadido)¹⁴⁶.

Asimismo, siguiendo al Tribunal Constitucional, el costo razonable (en caso de que la respuesta involucre la reproducción o el copiado de información) forma parte del contenido esencial del derecho.

4. Que (...) **si la Constitución Política del Perú establece en su artículo 2º, inciso 5),** que toda persona tiene derecho: “A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido (...)”, **no cabe duda alguna que la exigencia referida al costo del pedido se manifiesta como un elemento de configuración directa, perteneciente al contenido constitucionalmente relevante de dicho derecho.**

5. **Que por consiguiente la discusión acerca de lo desproporcionado o excesivo que pueda resultar el cobro de la información solicitada no puede considerarse un asunto de contenido meramente legal,** como lo ha entendido la

¹⁴⁶ Sentencia dictada el 6 de abril de 2004 en el Expediente 2579-2003-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Julia Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura.

jurisdicción ordinaria, sino de incidencia constitucional evidente que, como tal, exige del juzgador constitucional un análisis sobre el fondo de la controversia planteada (subrayado añadido)¹⁴⁷.

En relación a este aspecto, el artículo 27 numeral 1 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública ha coincidido al señalar que “[e]l solicitante solo pagará el costo de reproducción solicitada (...). La información enviada de manera electrónica no podrá tener ningún costo”, añadiendo en el numeral 2 de dicho precepto que “[e]l costo de reproducción no podrá exceder del valor del material en el que se reprodujo la información solicitada”.

Además, según el Tribunal Constitucional, las características propias de la información pública (adecuadas para cumplir los fines del derecho) también integran el contenido constitucionalmente protegido:

16. (...) el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados (...). A criterio del Tribunal, no sólo **se afecta el derecho de acceso a la información** cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también **cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar [de manera veraz, actual y clara], en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa** (subrayado añadido)¹⁴⁸.

En relación a esta sentencia emblemática, Eguiguren y otros explican que la información disponible al ciudadano debe ser veraz (contener verdad), completa (referirse a todos los aspectos del hecho), actual (no solo del pasado sino del

¹⁴⁷ Sentencia dictada el 22 de marzo de 2002 en el Expediente 4468-2006-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por la Compañía Administradora de Restaurantes Machines S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Siguiendo la línea jurisprudencial de este órgano garante de la Constitución, la tasa que debe solventar el solicitante debe ser proporcional o razonable, es decir, debe ser un cobro que está fundamentado única y directamente en el gasto que supone la reproducción, y no en actividades de búsqueda, pago de remuneraciones o infraestructura. No puede fijar un monto propio del mercado (con ánimo de lucro). El servicio de fedateo o certificación es gratuito (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 23 de julio de 2014 en el Expediente 01847-2013-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Luciano Valderrama contra, en ese entonces, el Fiscal de la Nación, el Fiscal Supremo Titular de la Segunda Fiscalía Suprema y el Fiscal Adjunto Supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno. Fundamento jurídico 6).

¹⁴⁸ Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 1797-2002-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra don Valentín Paniagua, entonces Presidente de la República.

presente), precisa (tratar sobre el tema solicitado y no caer en ambigüedades) y probada (acreditar hasta donde sea posible su calidad) (2010: 283)

A propósito de las características de la información pública, es importante observar otra sentencia el Tribunal Constitucional en la que explicó que el Estado debe suministrar información accesible (implica previa gestión de información en archivos sistematizados que permitan su búsqueda de cara a brindar una atención eficiente a la solicitud)¹⁴⁹, relevante (supone que documentos sean útiles para el control social), de calidad (contrastable por el ciudadano) y confiable (conlleva certeza de que entidad de la que proviene la información tiene una administración transparente y organizada)¹⁵⁰.

En el ámbito interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha complementado que la información debe ser suministrada de manera oportuna o en plazo razonable, gratuita o a bajo costo, completa y accesible (lenguaje comprensible y claro, garantista de los derechos a la igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas y de las personas con discapacidad) (2016: 172 & 177; 2009b: párr. 24 & 26).

A modo de desarrollo del carácter accesible de la información, se puede citar el artículo 6 numeral 1 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, que establece cuál es el comportamiento que debe adoptar el responsable de transparencia de las entidades públicas para facilitar el ejercicio del derecho: “El Oficial de Información deberá hacer esfuerzos razonables para ayudar al solicitante en relación con la solicitud, responder a la solicitud de forma precisa y completa y, de conformidad con la reglamentación aplicable, facilitar el acceso oportuno a los documentos en el formato solicitado”.

En relación al soporte en que se entrega la información, el Tribunal Constitucional ha coincidido en reconocer la existencia de un mandato correspondiente a los sujetos pasivos de reproducir la información en el soporte solicitado por los

¹⁴⁹ El Tribunal Constitucional ha recalcado que el artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia, relativo a la conservación de la información pública, exige que los archivos creados para resguardarla deben estar organizados para proteger la integridad y seguridad de los documentos, así como para asegurar su máximo provecho por parte de los ciudadanos (lo cual involucra la utilización de las tecnologías digitales para entregar la información en soportes sencillos y económicos) (Sentencia dictada el 14 de julio de 2014 en el Expediente 04865-2013-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Jene Ríos contra la Municipalidad distrital de El Tambo. Fundamento jurídico 9).

¹⁵⁰ Se puede citar la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2010 en el Expediente 00565-2010-PHD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Julio Elías contra don Daniel Mantilla, entonces Alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca (Fundamento jurídico 5).

ciudadanos, a menos que la entrega en el formato requerido haga impracticable el acceso¹⁵¹.

La información puede ser solicitada en formato electrónico o digital, tal como ha explicado la Asamblea General de la OEA en su Resolución de Asamblea General 1932, en la que ha alentado a los Estados miembros “(...) para que, a través de su respectiva legislación nacional y otros medios apropiados, adopten medidas necesarias para facilitar la disponibilidad electrónica de la información pública”¹⁵².

Como ha explicado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el Internet constituye una herramienta tecnológica que permite acrecentar la información pública disponible para las personas (2016: párrafo 176), ya que su uso por parte de los órganos públicos permite la circulación a distancia y oportuna de datos o documentos en soporte electrónico, incluso almacenados en el ámbito virtual.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el encausamiento de una solicitud de información al procedimiento administrativo de acceso a la información pública pertenece al contenido constitucional del derecho. Se trata de una obligación de las entidades públicas de interpretar favorablemente los elementos de la solicitud para su trámite y resolución (remitir los pedidos de información a sus funcionarios responsables de transparencia, aunque el solicitante no los haya identificado correctamente, para que sean atendidos de manera proactiva)¹⁵³.

En relación a este aspecto, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública ha manifestado en su artículo 24 numeral 1 que “[l]a autoridad pública que recibe una solicitud deberá realizar una interpretación razonable acerca del alcance y la naturaleza de la solicitud”. Ello incluye, tal como ha detallado en su artículo 25 numeral 1 que “[e]n caso de que la autoridad pública determine, de manera razonable, que no es ella la autoridad responsable de contestarla, deberá, de la manera más rápida posible (...) enviar la solicitud a la autoridad correcta para que ésta procese la solicitud”.

La garantía del contenido esencial del derecho de acceso a la información pública, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, abarca esta serie

¹⁵¹ Sentencia dictada el 14 de julio de 2014 en el Expediente 04865-2013-PHD/TC sobre el recurso de hábeas data interpuesto por don Jene Ríos contra la Municipalidad distrital de El Tambo. Fundamento jurídico 9.

¹⁵² Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 de la Asamblea General de la OEA. Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia.

¹⁵³ Sentencia dictada el 10 de junio de 2013 en el Expediente 00313-2013-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Javier Sicchar contra don Víctor Valdivieso, entonces decano de la Facultad de Ingeniería Económica y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Ingeniería.

de aspectos indispensables que permiten que esta esfera de libertad pueda cumplir sus fines

2.2. Los correos electrónicos depositados en cuentas institucionales de funcionarios públicos como ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública

Los correos electrónicos son servicios de comunicación de Internet que permiten a sus usuarios el intercambio de contenido multimedia en soporte digital, de manera rápida, a bajo costo y a distancia. Su empleo por parte de entidades estatales, regulado principalmente en la Directiva 005-2003-INEI/DTNP del INEI, involucra las comunicaciones desarrolladas en el marco de procesos de toma de decisiones estatales.

Debido a su impacto favorable para una gestión pública eficiente, eficaz, transparente y participativa, el Estado ha incorporado dicho servicio a su funcionamiento, tanto a nivel interno (coordinación intra o interinstitucional) como externo (relación entre ciudadanos y el Estado).

Esta herramienta tecnológica asegura que la información enviada y recibida se encuentre almacenada y gestionada en el buzón o bandeja de entrada. Estas bases de datos se encuentran bajo el control de sus usuarios, quienes pueden acceder a los mismos desde cualquier dispositivo.

2.2.1. Se trata de información que se encuentra bajo la posesión de órganos públicos

Como consecuencia de sus beneficios, las entidades estatales crean cuentas de correo electrónico a sus funcionarios con el propósito de cumplir sus objetivos, competencias y obligaciones (supuesto distinto al correo privado). Al ser provistos, se crea un nuevo espacio de actuación en el que el titular de la cuenta –el funcionario público- realiza una serie de actividades humanas destinadas a satisfacer el interés público (dimensión virtual del correo electrónico).

En dicho ámbito el empleado público realiza actos, toma decisiones, participa en procesos deliberativos, expresa razonamientos o interpretaciones sobre sus labores públicas, interactúa con particulares (representantes de empresas, gestores de intereses, etc.) o incorpora datos o hechos sobre una situación relativa al ejercicio del poder público. Esta información queda representada en los correos electrónicos almacenados en la bandeja de entrada de la cuenta institucional del funcionario público.

El buzón de la cuenta institucional está bajo la posesión de su titular (quien es el único que tiene acceso, ya que el uso es individual) y bajo el control de la entidad pública a la que pertenece, ya que tiene la competencia de administrar el servicio de correo electrónico institucional de su personal.

Debido a que los denominados *emails* institucionales son empleados para el ejercicio del poder público, el cual emana del pueblo y está al servicio del mismo, las actividades desarrolladas en este ámbito se encuentran vinculadas a principios y derechos fundamentales: la dignidad, la transparencia, el Estado democrático y el derecho de acceso a la información pública.

Teniendo en cuenta que esta tesis evaluará en el siguiente capítulo las respuestas de cuatro entidades estatales (que rechazan el suministro de *emails* oficiales), sustentará que el acceso ciudadano al correo institucional está protegido por el derecho a saber a partir del criterio de la posesión (sin desconocer la eficacia en el correo electrónico de los otros tres criterios relativos al objeto del derecho)¹⁵⁴.

En tanto el principio de la posesión explica que la información bajo tenencia de los órganos estatales recibe la calificación de pública, se infiere entonces que los correos electrónicos depositados en los buzones institucionales ostentan también tal condición. Su condición de medio de comunicación cerrada o su uso individual no son óbices para reconocer la vigencia de normas de acceso a la información pública.

Los efectos jurídicos de principios de dignidad, transparencia y Estado democrático (que sustentan el derecho a saber) se aplican al correo electrónico bajo tenencia de funcionarios públicos: i) se reconoce el mandato consistente en que el acceso a dichos documentos es la regla y su secreto, la excepción; ii) la obligación del Estado de adoptar las condiciones materiales, normativas e institucionales para garantizar su acceso a los ciudadanos; iii) la obligación del Estado de suministrar los *emails* de forma accesible (previa gestión en las bandejas o en otros archivos organizados), relevante, de calidad y confiable.

Asimismo, como consecuencias jurídicas, iv) el Estado tiene el deber de demostrar que cualquier limitación al acceso a correos electrónicos bajo su tenencia cumple con ser razonable y proporcional, v) el deber de optar por el goce efectivo del derecho en caso de duda o vacío legal, y vi) el deber de establecer excepciones claras y precisas por ley al acceso a correos electrónicos.

¹⁵⁴ Esta tesis está de acuerdo en que los correos electrónicos de las cuentas institucionales de funcionarios públicos también pueden ostentar la condición de información pública, siguiendo la lógica de los criterios del contenido, la obligación y el financiamiento público (vistos en el acápite sobre objeto del derecho).

El acceso a correos electrónicos bajo control del Estado permite que las personas puedan realizar sus proyectos de vida de manera autónoma, puedan intervenir en la elaboración de decisiones estatales que afectan sus vidas diarias y puedan ejercer sus derechos fundamentales (optimización del principio de dignidad).

El suministro de *emails* contribuye a que las personas puedan conocer cómo operan o actúan sus representantes y autoridades en la toma de decisiones públicas o en cualquier ámbito de la gestión pública, así como saber acerca de las gestiones de intereses promovidas por particulares, que suelen materializarse en correos electrónicos. Este reconocimiento trae como consecuencia que los funcionarios públicos sustenten sus decisiones en el derecho (y en el bienestar general) y no en favores, prejuicios o preferencias personales (optimización del principio de transparencia).

La apertura de correos electrónicos coadyuva a que los individuos supervisen las acciones adoptadas por los servidores públicos, se formen una opinión sobre asuntos públicos y participen de manera colectiva en los procesos deliberativos en curso, presentando oportunamente y con argumentos sus demandas y necesidades a las autoridades, con las mismas oportunidades que los gestores de intereses o representantes de empresas, que suelen concentrar los espacios de decisión (optimización del principio de Estado democrático)¹⁵⁵.

2.2.2. Se trata de un derecho que puede estar sujeto a régimen de excepciones

El derecho de acceso a información pública ejercido en correos electrónicos no es absoluto ya que admite la aplicación razonable y proporcionada del régimen de excepciones. El acceso a *emails* se efectúa cuando en el caso no incurre alguna causal de limitación. En caso exista un correo parcialmente afectado por una norma de restricción, se debe aplicar el criterio de la divisibilidad.

Una de las excepciones que suele invocarse para restringir el derecho de acceso a la información pública es la intimidad. Ante todo, se debe partir de la premisa que no es posible concebir la cuenta de correo electrónico institucional como un ámbito abstracto o formal de la vida privada del funcionario público, ya que éste voluntariamente ha decidido ingresar al sector público y, en consecuencia, sujetarse a normas y principios que rigen la gestión pública.

¹⁵⁵ El acceso a *emails* en poder de los órganos públicos significa para los ciudadanos una puerta de ingreso a los procesos deliberativos (tanto a nivel interno -coordinación intra o interinstitucional- como externo -relación entre ciudadanos y el Estado-) ya que en la actualidad la formulación o elaboración de decisiones se desarrolla por intermedio de dicho medio tecnológico.

Ciertamente, debido a su uso cotidiano y a la costumbre, la cuenta institucional es empleada en ciertas ocasiones por el funcionario público para sus asuntos privados, (lo cual, por cierto, constituye un mal uso de ese recurso público). En estos escenarios, cuando un correo concreto se vincula a la esfera íntima o de vida privada del trabajador público y no se relacione al ejercicio de sus funciones, previa aplicación del principio de proporcionalidad al caso, se puede excluir del acceso ciudadano el mensaje, los archivos adjuntos y la identidad del interlocutor que dialoga con el servidor público¹⁵⁶.

Por otra parte, una excepción en constante relación con el acceso a *emails* es el derecho de protección de datos personales, ya que las solicitudes de acceso a esta clase de documentos pueden incluir la dirección electrónica (conformada por el nombre de usuario y de dominio) de los interlocutores, que es un dato que identifica o hace identificable a una persona.

En general, cuando se trata de la dirección de una cuenta de correo institucional, el derecho a saber debe prevalecer sobre el de autodeterminación informativa, ya que se trata de un dato personal generado a propósito de la condición de funcionario público del titular para el ejercicio de funciones públicas.

En el supuesto de direcciones de correo privado (particulares que se comunican con autoridades), también debe prevalecer el derecho de acceso a la información pública sobre el derecho a la protección de datos personales cuando el contenido del *email* decide hacerse público (por aplicación del derecho a saber o, en caso exista un conflicto con intimidad, mediante el ejercicio de ponderación).

Solo podrá denegarse el suministro de la dirección de correo del particular que se comunica con una autoridad cuando el correo en su integridad versa sobre aspectos de la vida privada del funcionario público o del propio particular y corresponda su denegatoria mediante la aplicación del test de proporcionalidad.

En relación a los alcances del derecho a saber en relación a los *emails* institucionales, a nivel del Poder Judicial, existen dos resoluciones (estudiadas en el capítulo cuarto) que amparan el acceso ciudadano a dicha documentación, ya que se trata de información pública (partiendo de la aplicación del criterio de la posesión).

De igual manera, sobre fundamentos similares, la Defensoría del Pueblo se ha mostrado a favor de reconocer el suministro de correos institucionales (su informe

¹⁵⁶ La aplicación de la excepción del derecho a la intimidad se estudia a mayor detalle en el capítulo tercero.

al respecto es revisado en el capítulo cuarto). Ambas instituciones reconocen la aplicación del régimen de excepciones.

No obstante, aparte de las respuestas denegatorias esgrimidas por cuatro entidades del Poder Ejecutivo (comentadas en el siguiente capítulo), existe una sentencia de una sala superior (analizada en el capítulo cuarto) que se opone al suministro de *emails* de cuentas oficiales porque, desde su perspectiva, no califican como información pública y están, más bien, protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

A nivel de la doctrina, Abad ha explicado que los *emails* de cuentas institucionales, a la luz del ordenamiento jurídico peruano, deben ser suministrados a los ciudadanos siempre que su contenido verse directamente sobre el ejercicio de funciones públicas¹⁵⁷. En el supuesto que aborden asuntos íntimos o privados, ajenos a la función pública, ha expuesto que se debe aplicar la excepción de intimidad y no del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (2014).

A propósito de los denominados “Cornejo-leaks”, se han planteado pedidos de información para que algunos Ministros entreguen copia de sus correos electrónicos. ¿Será posible hacerlo? ¿Se estará afectando su intimidad o el secreto de sus comunicaciones?

(...) Veamos un ejemplo. **La Oficina de Logística de un Ministerio remite un orden de servicios por correo electrónico disponiendo la contratación de una consultoría**, al amparo de la Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo 20.1.2.) **¿Dicha orden de servicios estará protegida por el secreto de las comunicaciones y no debe ser entregada? La respuesta es negativa.** Sin embargo, el tema no es tan simple. Hay que considerar algunos supuestos que permitan la entrega de la información.

Debería tratarse de la cuenta de un correo institucional. Es decir, asignada por la entidad pública a un funcionario o servidor público. **No nos referimos a cuentas privadas.** Se trata de una cuenta de propiedad de una entidad pública y asignada al cumplimiento de fines institucionales.

La información solicitada debería **estar referida clara y directamente al ejercicio de funciones públicas** a cargo de funcionarios o servidores públicos.

(...) Finalmente, **debería excluirse toda posible comunicación privada que pudiera afectar el derecho a la intimidad.** Cuando un correo electrónico con información sobre temas de índole pública comprenda temas de naturaleza privada,

¹⁵⁷ Abad ha invocado el segundo párrafo del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia, que establece que la información puede estar en soporte digital (2014).

debería excluirse esta última información o tacharla para evitar su divulgación (Abad 2014)¹⁵⁸.

Por su parte, Mendoza ha señalado, sobre la base de la legislación peruana, que el derecho de acceso a la información pública exige que las personas reciban los *emails* de cuentas oficiales de sus autoridades, siempre que su contenido trate acerca del ejercicio de competencias públicas¹⁵⁹. En caso que la información aborde un aspecto íntimo o privado, ajeno a la función pública, debe denegarse su entrega (en virtud de la excepción de intimidad y no de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas) (2015: 33-35).

(...) existe un interés general en la transparencia de los actos de la administración pública, y dado que como parte de los mismos se realizan coordinaciones mediante correo electrónico, los mensajes que se envíen y reciban por tal conducto deben ser de acceso ciudadano. (...) si bien contienen información que conlleva asuntos relativos al interés general, pueden tener contenido que incluya las opiniones personales o mensajes adicionales a los temas de coordinación política entre funcionarios (temas de intimidad) (2015: 34-35).

De manera adicional, Mendoza ha indicado que se debe excluir las opiniones o apreciaciones que emitan los servidores públicos a través de dicho servicio, argumento que para esta tesis se acerca a la invocación de la excepción de privilegio deliberativo (estudiada en el siguiente capítulo, a propósito de la respuesta denegatoria del Ministerio de Energía y Minas) (2015: 35)¹⁶⁰.

Mientras tanto, para Sar y Loyola los *emails* de cuentas oficiales constituyen información pública en el marco del ordenamiento jurídico peruano¹⁶¹, sujetos a un

¹⁵⁸ Esta tesis, en su capítulo tercero, sostiene que los ciudadanos, en virtud del derecho de acceso a la información pública, también tienen la posibilidad de conocer los correos de cuentas institucionales que no versan directamente sobre el ejercicio de funciones públicas (es decir, aquellos de contenido privado o íntimo). Aplicando el principio de proporcionalidad, propone que los ciudadanos conozcan la cifra numérica de los *emails* institucionales de contenido privado existentes, ya que es una manera de permitir que las personas evalúen el manejo o uso in(debido) que realizan los servidores públicos de un recurso público (como es la cuenta oficial de email) o, en otras palabras, si realizan efectivamente, durante su horario de trabajo, las funciones que se les ha asignado.

¹⁵⁹ Para afirmar que el derecho a saber protege el acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales, Mendoza ha citado los artículos 3.1 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia y el artículo 61 del Código Procesal Constitucional (2015: 34).

¹⁶⁰ Mendoza lo ha indicado de la siguiente manera: "(...) si desde ahora en adelante, el funcionario público se ve obligado a entregar la información almacenada en su correo electrónico institucional, esta actuación debería llevarse a cabo utilizando filtros, con la finalidad de entregar solamente la información requerida, mas no las opiniones o sugerencias que podrían estar adjuntas al contenido del correo electrónico que es materia de solicitud" (2015: 35).

¹⁶¹ Siguiendo a Sar y Loyola, los *emails* de cuentas institucionales se subsumen en la norma que, para ellos, regula el objeto del derecho a saber: los dos párrafos del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia (2018: 569).

régimen de excepciones aplicable de acuerdo al contenido de los correos (intimidad, por ejemplo) y en el que queda descartado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (2018: 570 & 573).

2.2.3. Formalidades en la presentación de solicitudes de acceso a correos electrónicos

Con respecto a la presentación de una solicitud para acceder a correos electrónicos bajo tenencia del Estado es necesario, aplicando el artículo 10 del Reglamento del TUO de la Ley de Transparencia, que el individuo brinde información de contacto (nombres y apellidos, número de documento de identificación en caso de ser mayor de edad, firma o huella digital y domicilio) y exprese de manera precisa y concreta la información requerida.

Los requisitos de admisibilidad de las solicitudes tienen como finalidad que la entidad requerida esté en la capacidad de identificar la información solicitada que se encuentra en su posesión, y no pueden interpretarse como una exigencia al ciudadano de individualizar el documento objeto de interés (es decir, no se le debe exhortar a que precise fecha de creación, número de oficio, tipo de soporte o denominación específica del documento, etc.).

En consecuencia, tal como ha sostenido Castro, una solicitud está bajo el amparo del derecho de acceso a la información pública no solo cuando identifica plenamente un documento concreto sino también cuando es determinable (2008: 26). En relación a solicitudes que han tenido niveles de generalidad aceptables, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha apuntado a reconocer que una solicitud es adecuada cuando relaciona la información a una función pública ejercida

en situaciones concretas¹⁶² o a la actuación de un empleado público en periodos de tiempo determinados¹⁶³.

En una causa que refleja una interpretación favorable de las formalidades previstas para las solicitudes de información, el Tribunal Constitucional amparó un pedido de copias –entendido como impreciso por la Municipalidad a la que iba dirigido- relativo a todos los documentos sobre las comunicaciones cursadas por dicha entidad a un ciudadano o a un comité acerca de la convalidación de una ordenanza expedida por ella.

6. (...) Al respecto, cabe precisar que la emplazada no ha negado que dicha documentación exista; simple y llanamente ha argüido que lo requerido es impreciso. No obstante ello, **este Colegiado considera que en la medida que lo solicitado hace referencia a "todos los documentos", ello en modo alguno puede ser calificado como impreciso**, puesto que no se le ha pedido que discierna qué documentos entregar y cuáles no sobre la base de algún criterio; muy por el contrario, **se ha requerido que brinde copias fedateadas del íntegro de la información relacionada a un asunto en particular.**

Pretender que, en el presente caso, el demandante especifique, puntual y concretamente, qué documentos son los que peticiona de antemano, resulta a todas luces irrazonable por una cuestión de asimetría informativa. Es la

¹⁶² El Tribunal Constitucional ha amparado esta clase de solicitudes en varias de sus decisiones recaídas en procesos de hábeas data. Entre ellos, pedidos de información sobre el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial aplicada a las controversias generadas por las expropiaciones de la Reforma Agraria (no consideró necesario que solicitud estableciera el número preciso de procesos en trámite, el nombre de fundos, la ubicación o el número de procesos concluidos) (Expediente 02193-2006-HD/TC, fundamento jurídico 5); sobre el ejercicio de función administrativa del Ministerio de Salud para contratar un proveedor determinado (no consideró necesario que pedido estableciera el número de expedientes de adjudicación para brindar información sobre documentos relacionados a las características del servicio contratado) (Expediente 04885-2007-HD/TC, fundamentos jurídicos 5-6); sobre ejercicio de función administrativa de la Municipalidad Provincial de Piura para elaborar planos y documentos sobre áreas externas de un mercado (no consideró necesario que pedido precisara el número de expedientes de los documentos, la unidad emisora o la fecha de creación) (Expediente 00734-2015-HD/TC, fundamento jurídico 5); sobre ejercicio de función fedataria de notario para originar documentos de actos determinados (no consideró necesario que pedido especificara fecha de expedición de los documentos) (Expediente 04566-2004-HD/TC, fundamento jurídico 3); etc.

¹⁶³ El órgano de control de la Constitución ha señalado que las solicitudes que requieren información sobre las actuaciones de una entidad pública de manera abstracta o general también están amparadas por la normativa de transparencia. Entre ellos, pedidos de información sobre todos los documentos que los administradores de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) en el procedimiento de intervención al Banco Nuevo Mundo, en el ejercicio de sus funciones, hayan puesto en conocimiento del Banco Interamericano de Finanzas (BIF) en un lapso de tiempo (no consideró necesario que el pedido identificara documentos específicos, con fecha de creación determinada ni materia concreta) (Expediente 1219-2003-HD/TC, fundamento jurídico 14) o sobre el ejercicio de la función administrativa del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad SA. (Sedalib) para contestar acciones legales en materia laboral planteadas en su contra en un periodo de tiempo determinado (no consideró necesario que pedido precisara el número de expedientes, los nombres de los demandantes o que identificara los tribunales que conocían las demandas) (Expediente 02313-2014-HD/TC, fundamento jurídico 6).

emplazada la que conoce qué documentos son los que se encuentran relacionados a si se efectuó tal comunicación, en la medida que los ha producido y custodia (subrayado añadido)¹⁶⁴.

Es importante recalcar que las formalidades en la presentación de solicitudes de información están formuladas para facilitar la búsqueda de los documentos requeridos, y no suponen una carga a las personas consistente en acreditar la existencia de la información pedida, en tanto la asimetría de la información, situación que favorece al funcionario público, sobretodo en contextos de secretismo, impide que los individuos sepan de la elaboración de los documentos de su interés o de sus detalles.

En ese sentido, las personas pueden presentar solicitudes de acceso a correos determinados de la cuenta institucional de un funcionario público (en caso conozcan la fecha de emisión o recepción, nombre o dirección electrónica de la persona con quien interactúa el servidor público, asunto tratado; lo cual ocurre excepcionalmente, dado el carácter cerrado del servicio de correo electrónico).

Así también los individuos pueden presentar solicitudes de acceso a correos determinables de la cuenta institucional de un empleado público, brindando elementos sobre las funciones públicas que ejerce en hechos concretos o en un periodo de tiempo determinado. A modo de ejemplo, un ciudadano puede requerir los correos intercambiados entre un funcionario público y representantes de empresas sobre la elaboración de normas para el sector hidrocarburos.

Además, esta tesis considera que también procede una solicitud en la que un particular pide acceder a todos los correos electrónicos de la cuenta institucional de un trabajador público, sin mencionar una función pública o materia en especial, especificando simplemente un periodo de tiempo determinado. Ello se debe, en realidad, a que el ciudadano tiene interés en conocer la actuación integral del funcionario público (las diversas funciones que despliega) en su casilla institucional, en un plazo de tiempo concreto, lo cual es legítimo.

A modo de regla general, el artículo 24 numeral 2 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública ha establecido que los sujetos obligados deben adoptar una posición proactiva en casos en que consideren que el pedido es

¹⁶⁴ Sentencia dictada el 13 de enero de 2014 en el Expediente 04203-2012-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Nazario Flores contra la Municipalidad Provincial de Yauli. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha expuesto que en el caso que una solicitud de información determinable involucre un volumen considerable, la entidad requerida debe comunicar al ciudadano la información con la que cuenta sobre la materia y, a partir de ello, la persona precise la documentación de interés (Auto dictado el 14 de marzo de 2016 en el Expediente 01900-2012-PHD/TC, sobre solicitud de represión de actos homogéneos presentada por Nuevo Mundo Holding SA. contra la SBS. Fundamento jurídico 15).

ambiguo, lo cual involucra requerir al solicitante que brinde más elementos que permitan la localización de la información.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 11 literal g) del TUO de la Ley de Transparencia, en caso que la solicitud requiera información de significativo volumen o que demande capacidad operativa o de recursos humanos que la entidad carece, ésta puede plantear una prórroga debidamente fundamentada¹⁶⁵.

Existen medidas y prácticas que corresponde adoptar a las entidades públicas para atender de modo oportuno los pedidos de información. Ciertamente, la búsqueda y entrega puede realizarse eficientemente si la institución cuenta con un archivo o un registro organizado y sistematizado de sus documentos, al cual puedan acceder de manera directa los ciudadanos (Castro 2008: 28).

La obligación de garantizar el derecho a saber exige la implementación de un sistema de conservación de los correos electrónicos de las cuentas institucionales, a diferencia de lo que dispone la Directiva 005-2003-INEI/DTNP del INEI, que apuesta por la eliminación de todos los *emails* en un plazo breve.

De acuerdo al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México (INAI), es recomendable que las entidades públicas generen

(...) carpetas relativas a temas específicos cuando el intercambio de información se haga a través de correos electrónicos de servidores públicos. Se recomienda la creación de carpetas o buzones especiales para almacenar correos electrónicos relacionados con temas específicos; esto eventualmente facilita la localización y el acceso a la información correspondiente. Esto es particularmente importante cuando los correos electrónicos se utilicen en un procedimiento, trámite o gestión, o bien como medio de intercambio de información para temas concretos (2007: 18-19).

Asimismo, dicho órgano garante del derecho a saber en México sugiere que se reubiquen en carpetas ad-hoc o se eliminen los *emails* que no se relacionen a las atribuciones públicas de la entidad, como los que contienen actividades de interés privado del funcionario público o publicidad de bienes y servicios (2007: 18).

En el contexto de la sociedad de la información y del gobierno electrónico resulta necesario reconocer que el acceso a los correos de las cuentas institucionales de funcionarios públicos está dentro del ámbito de protección constitucional del

¹⁶⁵ Las instituciones públicas tienen la obligación de garantizar el derecho a saber, lo que involucra adoptar medidas idóneas y progresivas para atender las solicitudes de información con la capacidad logística adecuada y con el personal competente. Si la entidad que invoca una prórroga no ha tomado ninguna medida en favor de proveer estas condiciones, la ampliación del plazo para responder constituye un obstáculo para el derecho a saber.

derecho a saber y, por consiguiente, surge la obligación de los agentes estatales de adoptar una conducta favorable a su efectividad.

El derecho a saber (que comprende el acceso a correos electrónicos institucionales), debido a su condición de principio o valor fundamental que orienta e impulsa el ordenamiento jurídico, establece una serie de prestaciones en la posición de las entidades públicas para respetar y garantizar el ejercicio de esta garantía. Debido a que se analiza las respuestas de cuatro Ministerios en el siguiente capítulo, esta tesis se centra en las obligaciones correspondientes a los órganos estatales.

2.3. Las obligaciones del Estado respecto al derecho de acceso a la información pública ejercido en correos electrónicos de bandejas institucionales de funcionarios públicos

Frente al derecho a saber, existen obligaciones de respeto (conductas negativas, de no hacer) y de garantía (conductas positivas, de hacer y dar) que corresponden a las entidades estatales a efectos de lograr el pleno ejercicio y efectividad de sus facultades: solicitar y recibir información pública, las cuales son inherentes a la dignidad humana, la transparencia y al Estado democrático.

2.3.1. Obligaciones de respeto

El Estado debe omitir la realización de conductas que restrinjan o impidan el ejercicio del derecho a saber, en tanto las normas de rango constitucional estipulan que el Estado tiene como fin el respeto de la dignidad del ser humano y de los derechos que derivan de la misma (artículo 1 de la Constitución). La contestación de solicitudes de información pública y la respuesta fundamentada para denegar la entrega de información son dos prestaciones negativas que corresponden a los agentes estatales¹⁶⁶.

2.3.1.1. Obligación de contestar los pedidos de información

El Estado debe atender las solicitudes de acceso presentadas por los ciudadanos, sea en sentido favorable o no, de acuerdo a las circunstancias de cada caso y de conformidad con las garantías del derecho. Tal como ha referido el Tribunal

¹⁶⁶ El Tribunal Constitucional ha señalado que estas dos conductas deben ser realizadas por el Estado para proteger el derecho de acceso a la información pública: “7. (...) las vulneraciones del derecho al acceso a la información pública pueden clasificarse en dos tipos: a) por omisión: cuando la solicitud no es contestada; y, b) por acción: cuando se niega arbitraria y expresamente la información solicitada o se condiciona la entrega de la información a un pago desproporcionado” (Sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009 en el Expediente 04912-2008-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Rodrigo Villarán Contavalli contra el Director General de Administración del Congreso de la República).

Constitucional: “12. (...) genera la obligación por parte de la Administración de contestar, sea afirmativa o negativamente, la solicitud planteada. (...) la omisión injustificada genera una lesión al derecho de acceso a la información pública”¹⁶⁷.

De acuerdo al artículo 11 literal b) del TUO de la Ley de Transparencia y al artículo 5 literal a) de su reglamento, los responsables u oficiales de transparencia de las entidades públicas tienen un plazo máximo de 10 días hábiles para contestar –a través de un procedimiento administrativo- las solicitudes de información pública, que se empiezan a contabilizar a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud.

En supuestos excepcionales y taxativos (establecidos en el referido artículo 11 literal b), los órganos públicos pueden prorrogar el periodo de contestación por única vez, comunicando esta situación al solicitante de manera debidamente fundamentada. Dicha norma habilita a las autoridades a establecer el plazo adicional que consideren adecuado. No existe, sin embargo, alguna limitación cuantitativa en su establecimiento.

De acuerdo a la Corte IDH, los Estados tienen “231. (...) la obligación de garantizar la efectividad de un procedimiento adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”¹⁶⁸.

Conforme a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, las instituciones públicas “(...) tienen la obligación de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes formuladas (...)” (2016: párrafo 172), es decir, deben emitir una decisión en un plazo razonable y corto, de manera gratuita y en el soporte requerido, en el que se aborden todas las pretensiones formuladas por el solicitante.

Según dicho mandato temático, la contestación debe determinar si la información requerida está dentro del ámbito de protección del derecho a saber o no (respuesta sustantiva o de fondo) en un plazo razonable (2008: párrafo 157). Asimismo, ha sostenido que debe ser brindada en lenguaje accesible para las diversas

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 7 de septiembre de 2009 en el Expediente 04912-2008-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por Rodrigo Villarán Contavalli contra el Director General de Administración del Congreso de la República.

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte IDH dictadas el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219. En los mismos términos se pronunció el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 163.

comunidades lingüísticas y para las personas con discapacidad en un plazo corto (2016: párrafo 177; 2009b: párrafo 24).

Por otro lado, el artículo 6 numeral 1 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública prescribe que el responsable de transparencia de cada entidad obligada debe orientar a las personas en la admisión y resolución de sus solicitudes de información. De esta manera, pueden aclararse pedidos que no identifican o no hacen identificable la documentación de interés.

Si la información se encuentra bajo posesión de las instituciones estatales, entonces su accesibilidad se presume. Por tanto, la contestación es favorable a la solicitud. En caso la información no exista y la entidad no tiene obligación de tenerla, la respuesta es desfavorable a los intereses del solicitante (aunque la entidad debe acreditar que realizó esfuerzos razonables para comprobar su inexistencia). En el supuesto que la documentación exista pero no pueda entregarse porque se aplica proporcionalmente una excepción, entonces también la respuesta es desestimatoria.

En consecuencia, en virtud de esta obligación, toda solicitud de acceso a correos de la bandeja institucional de funcionarios públicos debe ser contestada por los responsables de transparencia de cada entidad pública, de manera oportuna, accesible y completa.

2.3.1.2. Obligación de dar una respuesta fundamentada que aplique válidamente el régimen de excepciones en caso que la información deba ser excluida del conocimiento público

En el caso que una solicitud de información requiera una respuesta denegatoria debido a la aplicación de una norma del régimen de excepciones al derecho a saber, las entidades públicas deben adoptar una decisión motivada a través de la cual el solicitante verifique el cumplimiento de una serie de condiciones o parámetros de validez.

Las prerrogativas del derecho de acceso a la información pública no son absolutas. De acuerdo a las circunstancias de cada caso, siguiendo el principio de proporcionalidad, las entidades estatales pueden denegar la entrega de información bajo su posesión¹⁶⁹. Si bien es cierto la regla es la publicidad, en determinadas situaciones excepcionales las normas sobre secreto, reserva o confidencialidad deben ser aplicadas proporcionalmente para tutelar otro bien constitucional.

¹⁶⁹ Tal como reflexiona la Defensoría del Pueblo, los límites al derecho de acceso tienen como fundamento "(...) la necesidad de hacer compatible su vigencia con la de otros derechos fundamentales o bienes que también cuentan con respaldo constitucional y por ende reclaman protección a ese nivel" (2005: 149).

Esta obligación supone que el Estado emplee el test de proporcionalidad para limitar el derecho a saber, es decir, que recurra a un procedimiento que sirve de parámetro de validez o legitimidad de cualquier medida interventora en el derecho de acceso a la información pública. De acuerdo al Tribunal Constitucional, toda restricción a un derecho fundamental debe ser conforme a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad¹⁷⁰.

Los pasos o tramos que integran el test de proporcionalidad, desarrollado por el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial, son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como ha señalado Rubio, las etapas del test “(...) son preclusivas y cancelatorias: siguen un cierto orden y debe terminar una para pasarse a la otra” (2011: 26).

En virtud del principio de máxima divulgación y de su dimensión colectiva, las limitaciones al derecho a saber se sujetan a dos reglas adicionales: i) establecimiento de las limitaciones en una ley del Congreso de manera clara y precisa, y ii) presunción de inconstitucionalidad de los actos restrictivos.

La aplicación del test de proporcionalidad en las intervenciones al derecho exige que toda restricción aplicada cumpla con estar prevista en una ley del Poder Legislativo o en la Constitución, con perseguir un fin constitucionalmente relevante, con la previa constatación de que ese objetivo permitido se encuentra amenazado de manera cierta e inminente (de entregarse la información), con representar una medida adecuada para el logro de ese fin, con ser indispensable así como con ofrecer una mayor satisfacción al fin perseguido que afectación al derecho a saber. En caso el órgano público no fundamente adecuadamente la afectación, se confirmará su inconstitucionalidad.

El cumplimiento de estas condiciones o requisitos debe verificarse en la respuesta fundamentada (tanto en normas como en hechos) que presente de manera escrita

¹⁷⁰ “26. (...) Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales” (Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2005 en el Expediente 4677-2004-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú contra la Municipalidad Metropolitana de Lima). Ambos principios, reunidos en el test de proporcionalidad, presentan diferencias. Como ha explicado Rubio, la razonabilidad supone que todo ejercicio de poder esté fundamentado en razones objetivas y persiga fines constitucionales, mientras que la proporcionalidad implica comparar la cuantía, volumen o significación de dos elementos (2013: 246-252). De acuerdo a Grández, el principio de proporcionalidad no solo es un valor constitucional que se sustenta en los principios de Estado democrático, dignidad y libertad sino sustenta todo Estado democrático sino también es “(...) una estructura, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos” (2010: 339-346).

la entidad pública que rechaza el suministro de información pública. Tal como ha expuesto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH,

“(…) si el Estado deniega el acceso a información, debe proveer explicaciones suficientes sobre las normas jurídicas y las razones que sustentan tal decisión, demostrando que la decisión no fue discrecional o arbitraria, para que las personas puedan determinar si tal negativa cumple con los requisitos establecidos en la Convención (…)” (2008: párrafo 172)¹⁷¹.

A continuación, se analiza cada condición de validez constitucional que debe cumplir toda restricción al derecho de acceso a la información pública, conforme al test de proporcionalidad, propuesto por el Tribunal Constitucional y fortalecido por los estándares internacionales¹⁷².

a) La causal de excepción debe estar previa y expresamente establecida en la Constitución o en una ley del Congreso de forma precisa y clara

De conformidad con el artículo 17 numeral 6 del TUO de la Ley de Transparencia, todo acto restrictivo al derecho a saber debe tener sustento normativo expreso en la Constitución o en una ley dictada por el Poder Legislativo. Esta previsión es conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que indica que las limitaciones a derechos fundamentales, por mandato del artículo 2 numeral 24 de la Constitución y del artículo 30 de la CADH, deben tener base normativa en una ley¹⁷³.

¹⁷¹ La obligación gravada al Estado de fundamentar las respuestas denegatorias ha sido reconocida por la Corte IDH: “(...) dicho artículo [artículo 13 de la CADH] ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto” (Sentencias dictadas el 24 de noviembre de 2010 en el caso *Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia-* vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 197; y el 19 de septiembre de 2006 en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Serie C No. 151, párrafo 77).

¹⁷² Conforme a la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, cualquier restricción al derecho de acceso debe respetar su contenido esencial, estar regulada en una ley de manera clara, precisa, inequívoca, concreta y conforme a las obligaciones internacionales del Estado, responder a un motivo permitido por el PIDCP, suponer la existencia de una amenaza concreta e individualizada de provocarse un daño considerable al bien protegido por la limitación, tratarse de una medida idónea, necesaria (la menos restrictiva al derecho de acceso que sea capaz de tutelar de manera efectiva el bien constitucional en peligro), y proporcional (que el daño al motivo protegido por la excepción sea mayor que el interés público en conocer la información) (2013: párr. 51-76). En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha considerado en su Observación General 34 estas mismas condiciones (salvo el de respeto al contenido esencial) para determinar la validez de cualquier intervención al derecho a buscar información (2011: párr. 22-34).

¹⁷³ Sentencia dictada el 18 de febrero de 2005 en el Expediente 2235-2004-AA/TC, sobre recurso de amparo interpuesto por don Grimaldo Chong contra el juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Sullana, don Raúl Espinoza.

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, las limitaciones al derecho “(...) deben estar previa y expresamente fijadas en una ley, en tanto medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público; y su consagración debe ser lo suficientemente clara y precisa como para no conferir un nivel excesivo de discrecionalidad a los funcionarios que deciden si se divulga o no la información” (2009b: párrafo 49).

De este modo, el legislador ordinario debe establecer los supuestos normativos taxativos o de lista cerrada que habilitan la denegatoria al acceso ciudadano. Estas causales no solo deben ser previamente determinadas, sino delimitadas o descritas con precisión y claridad en la ley, a efectos de disuadir o evitar interpretaciones extensivas o integración por analogía (configuración de supuestos no establecidos) por parte de los poderes públicos¹⁷⁴. Se trata de reconocer la eficacia del principio de tipicidad en este campo del ejercicio del poder público.

Por ejemplo, en relación a la información secreta, la Declaración Conjunta de las Relatorías de Libertad de Expresión de la ONU, OEA y OSCE de 2004 sostuvo que “(...) las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación "secreta" para evitar la divulgación de información que es de interés público”¹⁷⁵.

Aplicando el razonamiento de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH acerca de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión (2008: párr. 64-66), se puede señalar que las normas legales de restricción al derecho a

¹⁷⁴ El Tribunal Constitucional ha referido que una causal de excepción al derecho puede sustentarse en una norma reglamentaria, siempre que ésta derive directamente de una restricción abierta prevista en la ley. El máximo intérprete se coloca, además, en la situación en que se restringe el derecho a saber para tutelar un fin constitucional, careciéndose de una norma legal habilitadora. Señala que la limitación proporcional procede, en tanto el derecho constitucional que justifica la afectación mantiene su eficacia inmediata, a pesar de que carezca de una norma legal (Sentencia dictada el 14 de septiembre de 2009 en el Expediente 04407-2007-PHD/TC sobre proceso de hábeas data interpuesto por don Francisco Casas contra el Ministro y la Secretaría General del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Fundamentos jurídicos 10-15).

¹⁷⁵ Se puede añadir que la norma legal contemple supuestos o situaciones ilustrativas en las que se suele discutir la aplicación de una excepción, es decir, circunstancias en que la divulgación de una información bajo tenencia del Estado supone una amenaza grave o inminente a un fin legítimo. Tal como el artículo 40 inciso b) de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública dispone: “[I]as autoridades pueden rechazar el acceso (...) “[c]uando el acceso genere un riesgo claro, probable y específico de daño significativo [el cual deberá ser definido de manera más detallada mediante ley]” (los corchetes no son míos). A manera de ejemplo, se pueden citar los supuestos regulados en los artículos 15, 16 y 17 del TUO de la Ley de Transparencia, que enumeran tipos de información en poder del Estado que son susceptibles de generar un perjuicio en caso de ser difundidas. De lo que se trata, como ha referido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, es establecer “(...) de forma taxativa y clara y descriptiva qué tipo de información está sujeta al régimen de excepciones” (2007: párrafo 150).

saber redactadas de manera ambigua, vaga o abierta son incompatibles con la CADH porque pueden servir de sustento de potenciales actos de arbitrariedad y porque disuaden la presentación ciudadana de solicitudes de información pública por un contexto de cultura del secretismo.

Según la Corte IDH, las restricciones al derecho a saber previstas en la ley deben perseguir un objetivo o bien legítimo establecido en la CADH y ser necesarias para su protección¹⁷⁶ o, como ha explicado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, deben ser “(...) legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática” (2015: párrafo 24). Todo acto normativo que restrinja el derecho a saber, por tanto, también debe cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Las causales limitativas establecidas, de acuerdo al artículo 18 del TUO de la Ley de Transparencia, deben ser interpretadas de manera restrictiva por parte de las autoridades públicas¹⁷⁷. Como ha explicado el Tribunal Constitucional, se deriva del artículo 139 numeral 9 de la Constitución la prohibición de interpretar extensivamente las excepciones a un derecho¹⁷⁸.

Esta manera de dar sentido a las disposiciones que afectan el derecho es coherente con el artículo 7 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, que establece que toda interpretación de la legislación debe estar destinada, de manera razonable, a garantizar su mayor efectividad. Se trata, ciertamente, de una consecuencia del principio pro homine.

En el orden jurídico peruano, el artículo 2 numeral 5 de la Constitución contiene supuestos expresos de limitación que tutelan bienes constitucionales como seguridad nacional, intimidad, secreto bancario y reserva tributaria, los cuales han sido delimitados en normas de desarrollo constitucional, como el TUO de la Ley de Transparencia, o en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A su vez, dicho

¹⁷⁶ Sentencia de la Corte IDH dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151. Párr. 89-90. En su Opinión Consultiva OC-6-86, emitida el 9 de mayo de 1986, dicho órgano de supervisión estableció que toda ley formal que restringe un derecho debe ser legítima (perseguir un fin permitido por la CADH), ser necesaria y considerar el equilibrio entre los fines en conflicto (párr. 29-31).

¹⁷⁷ De acuerdo a la Defensoría del Pueblo, el principio de taxatividad se proyecta en la aplicación del régimen de limitaciones al derecho a buscar información: “(...) las excepciones se rigen por el principio de taxatividad, por lo que sólo será posible invocar como causal válida de exclusión, aquella información que califique en los supuestos expresamente tipificados en la ley, configurándose de este modo un sistema de lista cerrada de excepciones” (2005: 151). Su aplicación asegura la existencia de una conexión lógica entre la denegatoria y la causal invocada (2005: 157).

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 6 de abril de 2004 en el Expediente 2579-2003-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Julia Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura. Fundamento jurídico 15.

precepto constitucional habilita al legislador a establecer otras causales que considere proporcionales para la tutela de bienes constitucionales.

Las excepciones establecidas en la ley o en la Constitución peruana pueden aplicarse a información contenida en las cuentas institucionales de funcionarios públicos, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto y de manera proporcional.

El soporte electrónico es irrelevante para la configuración o aplicación de una causal de limitación, puesto que lo realmente importante para ello es el contenido o la materia albergada en el continente o formato. Tal como ha expuesto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, “[t]odas las excepciones que enumere la ley deben estar basadas en el contenido y no en el tipo de documento que se solicita” (2003: párrafo 46).

Por su parte, el artículo 13 del TUO de la Ley de Transparencia es claro en señalar que “(...) [n]o se podrá negar información cuando se solicite que esta sea entregada en una determinada forma o medio, siempre que el solicitante asuma el costo que suponga el pedido”.

En el sistema jurídico peruano existe, sin embargo, una obstaculización al derecho de acceso a información pública por el mero hecho de estar contenida en soporte electrónico: se trata del caso de los *emails* que poseen los funcionarios públicos en sus bandejas institucionales.

Como se señaló anteriormente, la Directiva 005-2003-INEI/DTNP del INEI establece que las entidades públicas tienen la obligación de eliminar todos los *emails* de sus bandejas en un plazo breve de 30 días (artículo 6.1.7). En los hechos, dicha norma infralegal se perfila como una causal de limitación, debido a que se restringe su acceso a través de la depuración (aunque de manera inconstitucional, como se expone en el siguiente capítulo).

Una evidencia latente de la postura que rechaza en abstracto el acceso a toda clase de información contenida en las bandejas institucionales de funcionarios públicos es el artículo 16-A del Reglamento del TUO de la Ley de Transparencia:

Artículo 16-A.- Denegatoria de acceso y procesamiento de datos preexistentes

La información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público. (...) ¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Un antecedente de esta norma podría ser el artículo 5.7 de la Directiva 005-2003-INEI/DTNP, que establece que “[l]a institución debe garantizar la privacidad de las cuentas de correo electrónico institucional de todos los usuarios”. Debido a su redacción ambigua, dicho precepto del INEI ha sido entendido por los Ministerios

Destacando lo señalado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH acerca de la importancia de evaluar las consecuencias que tienen las restricciones no solo en los derechos sino también en el Internet (2013: párrafo 54), se puede indicar que las causales de restricción al acceso a *emails*, en particular, no solo afectan el derecho a saber sino también impactan negativamente en la capacidad del internet –y de la herramienta del correo electrónico en específico– para garantizar este derecho mediante la sistematización y entrega de contenido multimedia en soporte electrónico de manera oportuna, a bajo costo y a distancia. Se suprimen los beneficios que brindan las TIC.

En virtud de esta condición de legitimidad, el acceso a correos de bandejas institucionales de funcionarios públicos solo puede ser rechazado si existe una norma constitucional (abierta) o norma del Congreso (taxativa, clara y precisa) que lo permita. Esta base normativa no solo es formal (cumple con procedimientos establecidos para su creación) sino también sustantiva (ella misma es proporcional), y debe ser interpretada de manera restrictiva. Sin embargo, existen retrocesos en el reconocimiento de estas condiciones, al verificarse la configuración infralegal de limitaciones al derecho.

b) La causal de excepción debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo

La restricción al derecho a saber debe estar sustentada o basada en un bien legítimo desde una perspectiva constitucional, debido a que, como ha razonado el Tribunal Constitucional, “23. (...) [e]s la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales”¹⁸⁰.

En análisis de la Corte IDH, la actuación limitativa “90. (...) debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar ‘el respeto a **los derechos o a la reputación de los demás**’ o ‘la protección de la **seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas**’”¹⁸¹ (subrayado añadido).

estudiados en esta tesis como un reconocimiento de que este servicio constituye un ámbito de la vida privada del funcionario titular.

¹⁸⁰ Sentencia dictada el 29 de octubre de 2005 en el Expediente 045-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, que establece una bonificación a postulantes a la magistratura que hubieren cursado el programa de formación académica (PROFA).

¹⁸¹ Sentencia de la Corte IDH dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 90.

De acuerdo a Rubio, un fin es constitucional no solo cuando está previsto de manera expresa en una norma constitucional sino también “(...) cuando no pueda ser calificado como inconstitucional” (2011: 53), es decir, basta con que sea compatible con los principios o derechos consagrados en la norma suprema para cumplir este paso del test, aunque no esté contemplado en un precepto¹⁸².

Ello, sin embargo, no se condice con lo establecido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que ha sostenido que los únicos fines que la CADH ha autorizado para restringir el derecho a saber son los previstos taxativamente en el artículo 13 de dicho tratado de derechos humanos (2003: párrafo 42; 2008: párrafo 67)¹⁸³. Ciertamente, uno de dichos supuestos es una cláusula abierta de derechos y otro supuesto es el orden público (lo cual termina ampliando el espectro de fines posibles)¹⁸⁴.

Siguiendo a Rubio, la autoridad pública que interviene derechos fundamentales debe manifestar de manera expresa, clara y específica el fin que su medida persigue, así como demostrar su significancia constitucional en el caso concreto¹⁸⁵. En caso no ocurra así, el operador del derecho debe realizar una labor interpretativa para averiguar el propósito subyacente a la restricción: puede revisar la norma habilitante de la afectación, la propia medida examinada o las fuentes documentales alrededor de la misma (2011: 52-54).

El Tribunal Constitucional ha procedido a desentrañar el fin constitucional de denegatorias a pedidos ciudadanos de información cuando las autoridades han manifestado el bien o propósito constitucional de modo deficiente. Así lo hizo cuando evaluó la constitucionalidad de un rechazo del Consejo Nacional de la Magistratura (sobre la base de una norma de su ley orgánica) a una solicitud

¹⁸² Parece razonable exigir que los intereses legítimos que son aceptables constitucionalmente pero que no se encuentran previstos en la Constitución deban contar una ley que les habilite la restricción al derecho a saber.

¹⁸³ Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y Expresión

“(...) 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

¹⁸⁴ Tal como ha reconocido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, se puede denegar razonablemente información relacionada a “(...) vida privada, la defensa nacional, las relaciones exteriores, la prevención, procesamiento y sanción de conductas ilegales (inclusive un comportamiento delictivo), el funcionamiento de la administración pública y los intereses económicos del Estado” (2003: párrafo 43).

¹⁸⁵ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha coincidido en señalar que tanto el contenido del objetivo o fin legítimo como la duración de su aplicación en el caso sea expuesto de manera precisa y rigurosa por parte de la autoridad que propicia la restricción (2003: párrafo 46).

ciudadana para acceder a información almacenada en el registro de procesos de ratificación de jueces¹⁸⁶.

A criterio de esta tesis, toda autoridad pública que restringe el derecho debe exponer el fin que guía su accionar restrictivo en los términos expuestos por Rubio (cumplir, en general, cada una de las condiciones de validez), ya que ello permite que la persona afectada conozca las razones de la limitación a su derecho y pueda interponer un recurso administrativo ante el Tribunal Administrativo de Transparencia y Acceso a la Información Pública o un recurso de hábeas data ante la justicia constitucional.

Por otra parte, la presunción de inconstitucionalidad de la medida restrictiva y la carga correspondiente al Estado de demostrar la legitimidad de las intervenciones que realiza refuerza la exigencia de sustentar expresamente la finalidad que conlleva la afectación.

La omisión de esta obligación significa una vulneración al derecho a saber y, por tanto, los órganos resolutivos o jurisdiccionales deben exhortar a la entidad agresora a modificar sus prácticas y deben requerir la aplicación de las sanciones correspondientes¹⁸⁷.

Según el Tribunal Constitucional, puede trazarse una distinción entre la finalidad y el objetivo de la medida limitativa al derecho: mientras que el primer concepto alude al principio, bien jurídico u otro derecho que la intervención busca proteger, el segundo se refiere al estado de cosas, situaciones jurídicas o acciones que persigue generar la autoridad pública en la realidad. A través del objetivo se logra la finalidad¹⁸⁸.

De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, es importante recalcar la compatibilidad del fin con los valores democráticos: "(...) los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma el contenido de estos objetivos a la hora de justificar una limitación de la libertad de expresión [o del

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 6 de abril de 2004 en el Expediente 2579-2003-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Julia Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura. Fundamento jurídico 15.

¹⁸⁷ Declarar la vulneración al derecho a saber, sin embargo, no impide que el órgano jurisdiccional o resolutivo pueda identificar alguna finalidad legítima detrás de la medida restrictiva y resolver, de acuerdo a las circunstancias del caso y de manera proporcional, que no debe entregarse la información solicitada.

¹⁸⁸ Sentencia dictada el 29 de octubre de 2005 en el Expediente 045-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, que establece una bonificación a postulantes a la magistratura que hubieren cursado el programa de formación académica (PROFA). Fundamento jurídico 37.

derecho a saber]. En todo caso, estos conceptos deben interpretarse de acuerdo a los principios de una sociedad democrática” (2013: párrafo 59)¹⁸⁹.

De este modo, el bien jurídico, principio o derecho que motiva la restricción debe contar con un sentido o significado conforme a los valores y principios constitucionales y, en consecuencia, deben ser interpretados de acuerdo a pautas interpretativas como el de unidad de la Constitución, concordancia práctica, fuerza normativa y pro homine¹⁹⁰. Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el propósito y resultado de la aplicación de una limitación debe ser compatible con el principio de Estado democrático (2016: párrafo 565).

Todo acto restrictivo al derecho de acceso a correos electrónicos de las cuentas institucionales de funcionarios públicos, en consecuencia, debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo. La autoridad que proceda con su emisión debe enunciarlo con claridad y explicar su relevancia para el caso concreto en que es aplicado. Su interpretación debe ser compatible con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

c) El fin constitucionalmente legítimo debe estar amenazado de manera cierta e inminente en caso se produzca la divulgación de la información

La aplicación de una causal de excepción requiere que el fin constitucional subyacente se encuentre amenazado de manera cierta e inminente, en caso se autorice la entrega de la información solicitada. A partir de un análisis sistemático de las excepciones contempladas en el TUO de la Ley de Transparencia (artículos 15 y 16), se observa que la restricción al derecho debe acreditar la amenaza, el riesgo o el peligro a un bien jurídico, principio o derecho, en caso de divulgarse la información requerida.

Tal como ha expuesto el Tribunal Constitucional, este elemento es una condición de validez de las excepciones al derecho a saber que debe ser demostrada por la autoridad pública. A modo de ejemplo, en un proceso de hábeas data cuestionó la denegatoria emitida por una dirección de la Policía (convalidada por jueces de

¹⁸⁹ De acuerdo a la Corte IDH en la Opinión consultiva OC-6-86 de 1986 se pueden invocar fines legítimos para limitar derechos reconocidos en la CADH de manera proporcional. Lo que no se puede es invocar bienes permitidos (como orden público o bien común) para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real a derechos humanos consagrados en la CADH (párrafo 31).

¹⁹⁰ Este acento en el carácter material del fin resulta de especial utilidad en la evaluación de medidas motivadas en la seguridad nacional u orden público. El Estado no puede invocar fines que justifiquen, por ejemplo, como ha explicado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el ocultamiento de información sobre programas de vigilancia que hostiguen a periodistas, opositores o defensores de derechos humanos (2013: párrafo 60), así como tampoco, como establece el principio 2 inciso b) de los Principios de Johannesburgo, para invisibilizar actos de corrupción u otros delitos.

instancias inferiores) para entregar información sobre una relación nominal o numérica de su personal, sobre la base de una supuesta afectación a la intimidad (no demostrada):

9. “(...) los vocales integrantes de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmaron la improcedencia de la demanda, bajo el argumento de que la información solicitada puede afectar razonablemente la seguridad de las personas, por lo que el pedido está incurso en la causal de excepción del derecho a la información pública establecida en el artículo 15° de la Ley N.º 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

10. Tampoco está de acuerdo este Tribunal con dicho argumento. Y es que recogiendo el argumento del actor, sólo se está solicitando una información genérica, tanto así que alternativamente se solicita que los datos a proporcionar sean numéricos. Pero, por otro lado, **no basta con alegarse que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que ello debe ser meridianamente acreditado** (subrayado añadido)¹⁹¹.

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* ante la Corte IDH, la CIDH alegó que la restricción es válida cuando “58. (...) c. (...) la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo (...)”¹⁹². En la misma línea, en el principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, este órgano del sistema interamericano ha indicado que el derecho de acceso “(...) solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”¹⁹³.

De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la amenaza debe ser evaluada teniendo en cuenta las consecuencias de la entrega de la información tanto a corto como a largo plazo. A manera de ejemplo:

(...) la divulgación de soborno sistemático en el Parlamento puede tener consecuencias negativas para la estabilidad del órgano público a corto plazo. Sin embargo, a largo plazo, ayudará a eliminar la corrupción y a fortalecer al poder legislativo. De manera que el efecto global debe ser sustancialmente perjudicial para que se justifique una excepción (2003: párrafo 47).

¹⁹¹ Sentencia dictada el 11 de mayo de 2012 en el Expediente 05173-2011-HD/TC sobre proceso de hábeas data interpuesto por don Luis Castro contra la Dirección de Recursos Humanos de la Policía Nacional del Perú.

¹⁹² Sentencia de la Corte IDH en el referido caso, dictada el 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo 58 c.

¹⁹³ Igualmente, en la Declaración Conjunta de Relatores sobre Libertad de Expresión de la ONU, OEA y OSCE, se señaló que “[l]as excepciones se aplicarán solamente cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos (...)” (2004).

Por otra parte, una restricción también es admisible cuando la divulgación de documentos involucra la vulneración de un derecho. Así, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información pública, en su artículo 40, ha dispuesto que no solo procede una limitación al derecho a buscar información cuando existe una amenaza clara, probable y específica a intereses públicos (seguridad pública, por ejemplo) sino también cuando exista un daño o una violación a intereses privados (derecho a la privacidad, por ejemplo)¹⁹⁴.

En relación a la manera de acreditar la amenaza, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que se requieren razones objetivas y no interpretaciones arbitrarias. En relación a una limitación específica al derecho a la libertad de expresión, ha referido:

(...) la invocación de razones de orden público para imponer restricciones a una persona (responsabilidades ulteriores) originadas en el ejercicio de su derecho a circular información en Internet, **requiere comprobar la existencia de causas reales y objetivamente verificables que planteen, cuando menos, una amenaza cierta y creíble** de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En este sentido, (...) **no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos** que no planteen claramente, por ejemplo, un riesgo cierto y objetivo de disturbios graves (“violencia anárquica”) en los términos del artículo 13.5 de la Convención (2013: párrafo 62) (subrayado añadido).

En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha dispuesto que las autoridades estatales deben demostrar la existencia de una amenaza concreta e individualizada en el caso, así como identificar la relación entre el contenido de la información requerida y la potencial afectación que su divulgación generaría (2011: párrafo 35). En igual sentido, la Relatoría Especial sobre libertad de opinión y expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU se ha pronunciado (2013: párrafo 53)¹⁹⁵.

¹⁹⁴ En ese sentido, Guichot ha recalcado que este requisito exige determinar “(...) si la información solicitada puede provocar un perjuicio efectivo a un bien o derecho de los contemplados en la lista que justifica una limitación al derecho de acceso (...)” (2014: 98).

¹⁹⁵ De manera literal, ha sostenido: “Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión [una de cuyas manifestaciones es el derecho de acceso a la información pública], **deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza** y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, **en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión (o la información que se va a divulgar) y la amenaza**” (2013: párrafo 53).

Por su parte, Guichot ha expuesto que no basta con que el agente estatal invoque un bien legítimo, sino que debe explicar que la divulgación de la información le generaría perjuicio o daño efectivo. Para ello, es razonable que “(...) se argumente que el perjuicio realmente se produciría y en qué consistiría (dentro del carácter por esencia hipotético de estas argumentaciones)” (2014: 116).

La restricción al derecho solo tiene vigencia mientras persiste el perjuicio efectivo o la amenaza cierta y probable a un interés protegido. En ese sentido, como ha referido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la limitación se caracteriza por estar condicionada a la desaparición de su causal (2013: párrafo 46).

Mediante la formulación de esta regla se establece, entonces, que el agente estatal debe comprobar la existencia de un perjuicio o de una amenaza cierta e inminente al fin legítimo que persigue el acto que impide el ejercicio del derecho a acceder a *emails* de las cuentas institucionales de funcionarios públicos, en caso de producirse la divulgación de los documentos requeridos.

d) La medida restrictiva debe ser idónea para la tutela del fin legítimo invocado

La denegatoria o causal restrictiva al derecho a saber debe conducir a la optimización o realización del fin constitucional que persigue. Como ha explicado el Tribunal Constitucional, se trata de identificar una relación de causalidad entre la medida limitativa y el bien que busca tutelarse¹⁹⁶.

Al respecto, Grández ha explicado que “(...) [u]na medida resultará idónea para lograr un fin cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido” (2010: 348). De acuerdo a Rubio, se trata de “(...) probar la conexión entre la intervención en el derecho como causa y el cumplimiento del fin propuesto como efecto de aquella” (2011: 63).

Siguiendo a la Corte IDH, las restricciones impuestas al derecho de acceso a la información pública deben estar “91. (...) orientadas a satisfacer un interés público

¹⁹⁶ Sentencia dictada el 29 de octubre de 2005 en el Expediente 045-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, que establece una bonificación a postulantes a la magistratura que hubieren cursado el programa de formación académica (PROFA) (Fundamentos jurídicos 38-39).

imperativo (...) debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo (...)”¹⁹⁷.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, ha expuesto que la limitación debe ser “(...) idónea para lograr su objetivo” (2013: párrafo 61) o “(...) ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (...)” (2007: párrafo 156).

Según el máximo intérprete de la Constitución, la idoneidad de la intervención no solo debe observarse en términos abstractos sino también en las condiciones concretas de la realidad en que se formula¹⁹⁸. Como ha señalado Rubio, “(...) para determinar la relación medio-fin no solo hay que discurrir abstractamente: adicionalmente, hay que discernir si en los hechos la restricción conduce o no al fin (...) si, dadas las condiciones que impone la realidad, es efectivamente posible que se produzca la relación causa-efecto entre restricción y fin” (2011: 66).

En caso de duda sobre la adecuación de la intervención o cuando “(...) no se puede discernir si conduce al fin (...)” (Rubio 2011: 67), esta tesis considera que la medida resulta inválida como consecuencia de la aplicación de las reglas de presunción de inconstitucionalidad de las afectaciones al derecho a saber y de interpretación favorable a este derecho.

La conducta restrictiva al acceso a correos electrónicos de las cuentas institucionales de servidores públicos, en ese sentido, debe conducir o colaborar a la satisfacción del fin legítimo que justifica precisamente la decisión de colocar la información fuera del alcance ciudadano. La carga de demostrar la relación causa-efecto recae en el funcionario público.

¹⁹⁷ Sentencia de la Corte IDH dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes vs. Chile. Serie C No. 151. En semejante sentido, la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 229.

¹⁹⁸ En un proceso de inconstitucionalidad el Tribunal sostuvo que una ordenanza emitida por la Municipalidad de Miraflores para limitar el horario de atención de establecimientos comerciales no era una medida idónea para la protección de la vida e integridad de visitantes y trabajadores (lo cual fue alegado por la referida Municipalidad) porque partió de una presunción inexacta: existen concurrentes que se divierten de manera moderada, sin excederse de la ingesta de alcohol (Sentencia dictada el 22 de junio de 2007 en el Expediente 007-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las dos ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Miraflores) (Fundamentos jurídicos 32-33). En otro proceso, el Tribunal ha expresado que “23. (...) [p]ara satisfacer el subcriterio de idoneidad planteado debe apreciarse claramente la relación entre los efectos fácticos logrados con dicha medida y si estos conducen efectivamente hacia la optimización de los bienes constitucionales supuestamente tutelados” (Sentencia dictada el 24 de septiembre de 2008 en el Expediente 00850-2008-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por doña Silvia Sáenz contra la Municipalidad de los Olivos).

e) La medida restrictiva debe ser necesaria

La limitación debe ser indispensable para proteger el fin legítimo. No deben existir medios alternativos (a la medida restrictiva adoptada) más benevolentes con el derecho de acceso a la información pública (bien intervenido) que sean igualmente satisfactorios o eficaces para el fin perseguido. Como ha explicado el Tribunal Constitucional:

39. (...) Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios¹⁹⁹.

A modo de ilustración, el Tribunal Constitucional expresó en una causa que el establecimiento de una ordenanza por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima que prohibía en abstracto y de manera absoluta toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con una única salvedad hecha a los eventos tradicionales) era innecesaria, ya que el objetivo consistente en proteger el patrimonio cultural de dicha área urbana era igualmente satisfecho con la evaluación concreta de cada manifestación anunciada de manera previa a la autoridad y la eventual adopción proporcional de medidas restrictivas (que incluso permitiese la reunión con la sola modificación del lugar, fecha u hora previstos).

27. (...) al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan

¹⁹⁹ Sentencia dictada el 29 de octubre de 2005 en el Expediente 045-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, que establece una bonificación a postulantes a la magistratura que hubieren cursado el programa de formación académica (PROFA). En otra causa el Tribunal ha expresado que la medida alternativa debe tener una idoneidad equivalente o superior a la adoptada y generar menor afectación al derecho intervenido (Sentencia dictada el 15 de febrero de 2005 en el Expediente 034-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 5000 ciudadanos (representados por don Luis Maraví) contra unos artículos de la Ley 26271, Ley que regula el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros. Fundamento jurídico 63 b).

justificar la adopción de medidas restrictivas del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa²⁰⁰.

Este razonamiento del máximo intérprete de la Constitución grafica que toda limitación a derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico peruano se debe realizar caso por caso, de acuerdo a las circunstancias o hechos concretos de cada conflicto de bienes constitucionales. Actuar de manera contraria significa asumir una jerarquía abstracta entre derechos e implica contravenir el principio de proporcionalidad, ya que cualquier intervención enmarcada en dicha lógica es innecesaria puesto que, de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso, es posible conseguir una alternativa que signifique una menor afectación al bien intervenido: optimizar ambos derechos.

Incluso, también puede señalarse que esta clase de afectaciones (implementadas desde una perspectiva abstracta) son inidóneas, ya que la autoridad no logra acreditar que su intervención logra la satisfacción del fin perseguido, al omitir la evaluación de las condiciones o elementos de la realidad en que se inserta la medida limitativa. Puede que, de acuerdo a los hechos, en realidad no existe alguna amenaza al bien que intenta protegerse y, por tanto, parta de una presunción inexacta.

Otro ejemplo de medida innecesaria es la denegatoria integral de un documento solicitado, a pesar de que solo cierta información albergada en él está afectada por una causal de restricción. Una alternativa menos gravosa al derecho de acceso a la información pública constituye la divulgación parcial: la versión del documento que tacha los fragmentos clasificados (Guichot 2014: 98).

Debe destacarse que la autoridad pública que restringe un derecho debe realizar todos los esfuerzos razonables para identificar medidas alternativas. En relación al Tribunal Constitucional, Rubio ha sostenido que “[l]a aplicación concreta del examen de necesidad exige del juzgador una diligencia especial para buscar las alternativas hipotéticas y contrastarlas con la restricción sometida a control de constitucionalidad” (2011: 74). Como ha explicado este autor, la diligencia en este tramo del test no supone exigir al Tribunal a que pruebe la inexistencia de medios alternativos (2011: 75)²⁰¹.

Según la Corte IDH, “91. (...) las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática (...). **Entre varias opciones para**

²⁰⁰ Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2005 en el Expediente 4677-2004-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú contra la Municipalidad Metropolitana de Lima

²⁰¹ Se trata de una diligencia razonable que exige utilizar el discernimiento propio, sin negar la posibilidad de recibir sugerencias de terceros (Rubio 2011: 74).

alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido” (subrayado añadido)²⁰². Como ha expuesto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, se trata de elegir la medida que interfiera de la menor manera posible el derecho intervenido (2007: párrafo 156).

En consecuencia, de acuerdo al paso de necesidad, cualquier restricción al derecho a saber debe ser indispensable, es decir, debe constituir la única medida identificada por la autoridad para proteger con una eficacia determinada el fin legítimo que persigue, afectando en lo mínimo el derecho intervenido.

f) La medida restrictiva debe ser ponderada: el grado de satisfacción del fin legítimo que supone la excepción debe ser mayor que la afectación en el derecho de acceso a la información pública

La medida restrictiva debe asegurar que el grado de satisfacción del fin constitucional es mayor que el grado de afectación al bien intervenido. Como ha explicado el Tribunal Constitucional, este paso supone comparar ambos elementos y encontrar una relación directamente proporcional:

40. (...) La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (...) consistirá en una comparación entre el grado de realización y optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención (...). La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (...) Se establece aquí una relación directamente proporcional (...) ²⁰³²⁰⁴.

El máximo intérprete de la Constitución ha calificado las afectaciones y las satisfacciones en niveles grave, medio y leve, y elevado, medio y débil, respectivamente²⁰⁵. En caso de equivalencia o empate entre los dos elementos

²⁰² Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151.

²⁰³ Sentencia dictada el 29 de octubre de 2005 en el Expediente 045-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, que establece una bonificación a postulantes a la magistratura que hubieren cursado el programa de formación académica (PROFA).

²⁰⁴ Rubio ha cuestionado que el Tribunal Constitucional no haya incorporado en el examen de ponderación el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, ya que bajo la lógica de la relación directamente proporcional, una limitación que contraviene el núcleo indisponible de un derecho puede ser convalidada siempre que la satisfacción producida sea mayor: “[e]l grado constitucionalmente tolerable de afectación de un principio o derecho (...) no puede afectar su contenido esencial [y] tiene que ser siempre menor o, cuando menos, correspondiente al grado de satisfacción del otro principio, del otro derecho, o del objetivo constitucional establecido [para que limitación sea admisible]” (2011: 93).

²⁰⁵ Sentencia dictada el 5 de junio de 2008 en el Expediente 579-2008-AA sobre proceso de amparo interpuesto por don César Becerra contra jueces ordinarios que suspendieron la ejecución de una sentencia (Fundamento jurídico 31). De manera semejante se pronunció en la sentencia dictada el 22 de junio de 2007

comparados, el Tribunal Constitucional ha optado por convalidar la medida interventora²⁰⁶.

Según Atienza, la ponderación involucra la creación de una regla abstracta y general que regule la relación de los principios en conflicto, así como la posterior subsunción de los supuestos fácticos verificados en las reglas formuladas (2016: 26). Este autor ha explicado que se pondera cuando no existen reglas que resuelvan una situación de principios enfrentados; cuando, de existir, resulta incompatible con principios y derechos; y, finalmente, cuando existe duda sobre la aplicación de una regla al caso (2016: 28-29).

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, “[es inevitable que los Estados ocasionalmente se encuentren en una situación de tirantez entre la garantía del derecho de acceso a la información y otros intereses válidos del Estado, como la privacidad de las personas y el mantenimiento de la seguridad nacional” (2003: párrafo 10).

Como ha explicado la Corte IDH, en estas situaciones, “91. (...) la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica (...)”²⁰⁷. Según el artículo 44 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, cualquier denegatoria a la apertura de documentación es válida “(...) cuando el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información”²⁰⁸.

en el Expediente 007-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las dos ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Miraflores (Fundamento jurídico 43).

²⁰⁶ El Tribunal Constitucional lo ha manifestado de la siguiente forma: “63 (...) c. (...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental” (Sentencia dictada el 15 de febrero de 2005 en el Expediente 034-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 5000 ciudadanos -representados por don Luis Maraví- contra unos artículos de la Ley 26271, Ley que regula el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros). En una causa, dicho órgano constitucional procedió a convalidar la decisión de un juez de autorizar una prueba de ADN a un imputado en una investigación fiscal seguida en su contra por presunta comisión de delito de violación sexual. El Tribunal consideró que la afectación al derecho a la intimidad del imputado fue grave (implicaba conocimiento de datos sobre su cuerpo) y la satisfacción del interés público en la investigación del delito fue elevada (Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2009 en el Expediente 00815-2007-HC/TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Justo Flores contra fiscal que solicitó una prueba de ADN y juez que la autorizó. Fundamento jurídico 11).

²⁰⁷ Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151. Como ha indicado la propia Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6-86, emitida el 9 de mayo de 1986, se trata de encontrar “31. (...) el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

²⁰⁸ En igual sentido, el artículo 53 inciso c) del referido instrumento dispone que los funcionarios públicos deben justificar “(...) que el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información” para demostrar que la excepción es legítima.

En semejante postura la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha expresado que uno de los requisitos de la proporcionalidad consiste en que la autoridad pública demuestre “(...) que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información” (2015: párrafo 34; 2014: párrafo 54; 2008: párrafo 171)²⁰⁹.

A manera de ejemplo, dicho mandato temático de la CIDH ha comentado que “(...) la información en poder del Estado que revela los sobornos puede ser de carácter particular, pero el interés público en divulgar la existencia de corrupción entre los representantes democráticos debe contrarrestar el objetivo legítimo de privacidad” (2003: párrafo 48).

Debido a la relación estrecha con el principio democrático, la dimensión colectiva del derecho a saber suele ser tomado más en cuenta que la dimensión individual para determinar la situación de este bien legítimo en caso de conflictos con otros fines. Como ha expuesto Guichot, el análisis de proporcionalidad omite valorar el interés particular del solicitante “(...) dado que se trata de un juicio abstracto de ponderación entre la importancia general para la opinión pública del conocimiento de la información y el perjuicio al bien público o privado confrontado” (2014: 119).

Esta tesis discrepa con dicha posición, ya que la valoración de la dimensión individual en la ponderación supone reconocer la eficacia del principio de dignidad. Como ha mencionado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la autoridad pública puede evaluar el impacto individual que tiene una limitación al derecho a saber:

(...) si se conoce la existencia de una limitación legítima al suministro de la información, el solicitante puede describir el interés que tiene en obtener dicha información o una afectación personal, de forma tal que las autoridades puedan realizar el balance entre dicho interés y el posible daño que se ocasionaría con el suministro de la información a otro derecho o fin legítimo que se intenta proteger a través de la referida limitación (2007: párrafo 92)²¹⁰.

²⁰⁹ La Declaración Conjunta de las Relatorías de Libertad de Expresión de la ONU, OEA y OSCE de 2004 ha coincidido con este examen de proporcionalidad al disponer que “(...) las excepciones se aplicarán solamente cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información”.

²¹⁰ Evaluar el interés particular del solicitante, inclusive, resulta de mucha ayuda para que el funcionario público, en el contexto de la ponderación, identifique el grado de afectación a la dimensión colectiva del derecho a buscar datos públicos, en tanto puede determinar la forma en que la información requerida contribuye en la formación de una opinión pública libre e informada. En ese sentido, la Corte IDH en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile tomó en cuenta la motivación de los solicitantes para analizar la relevancia que tenía la información para el interés público (Sentencia de la Corte IDH en el referido caso, dictada el 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo 93).

Esta tesis considera que, en virtud del principio de máxima divulgación, en caso exista duda sobre el bien constitucional que debe prevalecer (el derecho de acceso a la información pública o el otro bien en conflicto), se debe optar por la protección del derecho a saber.

Esta condición de validez de las restricciones al derecho de acceso a *emails* de los buzones institucionales de empleados públicos supone, por lo expuesto, comparar las intensidades de satisfacción y afectación de los intereses en conflicto (el derecho a saber y el fin legítimo subyacente a la intervención). En caso que se verifique una relación directamente proporcional entre ambos elementos, la restricción es válida.

En consecuencia, las condiciones anteriormente descritas integran la obligación estatal de dar una respuesta debidamente motivada a las denegatorias de acceso a correos electrónicos de las cuentas institucionales de funcionarios públicos, en la que se observe el cumplimiento del principio de proporcionalidad. En un Estado social y democrático de derecho, una restricción es válida en el marco de estos parámetros.

2.3.2. Obligaciones de garantía

En relación a las obligaciones positivas, que consisten en la adopción de medidas proactivas, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico de acuerdo a las exigencias del derecho a buscar, implementar disposiciones normativas, realizar funciones de prevención, investigación y sanción de actos vulneratorios y, en general, proveer las condiciones para el ejercicio efectivo del derecho como, por ejemplo, promover una cultura de la transparencia que incluya, entre otras, acciones de capacitación o de supervisión.

Esta clase de obligación emerge del derecho de acceso a la información pública porque este no es solo una esfera subjetiva reconocida a las personas sino también un principio o valor del sistema jurídico, que genera que el Estado adopte una conducta positiva, lo que significa que ponga todos los medios necesarios para su efectividad (Blancas 2013: 42).

Se observa, por tanto, que este derecho también tiene una dimensión prestacional de hacer o dar en favor de los ciudadanos. No basta (y al contrario, es perjudicial) que el Estado asuma una posición omisiva (de no hacer o dar) frente a una necesidad de un ciudadano por informarse.

2.3.2.1. Obligación de establecer un marco normativo tuitivo del derecho de acceso a la información pública

Tal como la Corte IDH ha estipulado, el Estado debe adoptar normas que coadyuven

al reconocimiento y ejercicio pleno del derecho a buscar información, así como derogar aquellas que obstaculizan o limitan su realización²¹¹. Según el artículo 2 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, las instituciones públicas deben estar sujetas a un marco normativo que otorgue la mayor aplicación posible al derecho.

El sistema jurídico del Estado debe consagrar el principio de máxima divulgación o publicidad y sus consecuencias jurídicas (entre las cuales se puede citar el mandato consistente en que el acceso a información pública es la regla y su secreto, la excepción; la obligación del Estado de suministrar información de manera accesible, relevante, de calidad y confiable; la carga correspondiente al Estado de demostrar que cualquier restricción al derecho es proporcional, etc.). Dicho mandato de optimización está reconocido en el artículo 3 del TUO de la Ley de Transparencia.

La regulación estatal debe abrazar una concepción amplia del objeto del derecho, acogiendo, entre otros criterios, el de la posesión, de modo que toda información (en cualquier soporte) depositada en registros bajo posesión del Estado ostente la condición de pública y accesible. Dicho criterio está contemplado en los artículos 3.1 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia y 61.1 del Código Procesal Constitucional.

La legislación debe contar con un mecanismo de exigibilidad del derecho, a través del cual los individuos presenten sus solicitudes de información. Este recurso, como ha explicado la Declaración Conjunta de las Relatorías de Libertad de Expresión de la ONU, OEA y OSCE de 2004, debe ser sencillo, rápido y de bajo costo.

Además, debe caracterizarse por su accesibilidad (lenguaje inclusivo, condiciones de igualdad, disponibilidad de información en el soporte requerido, asesoría a solicitante, exigencia de requisitos básicos, etc.). Por otra parte, el funcionario encargado de su atención debe estar capacitado. Como el artículo 20 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información establece, debe permitir su tramitación presencial o virtual. Dicho procedimiento está regulado en el artículo 11 del TUO de la Ley de Transparencia.

En caso de dictarse respuestas denegatorias (ya sea porque la autoridad alegue la inexistencia o la aplicación de excepciones), la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha recomendado que el sistema jurídico debe habilitar recursos de apelación externa: primero ante un órgano administrativo autónomo y

²¹¹ Sobre la base del artículo 2 de la CADH, la Corte IDH ha reiterado la obligación que corresponde a los Estados de adecuar sus sistemas jurídicos a la protección de este derecho fundamental. (Sentencias de la Corte IDH dictadas el 19 de septiembre de 2006 en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Serie C No. 151, párrafo 101. Igualmente, la dictada el 24 de noviembre de 2010 en el caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil. Serie C No. 219, párrafo 228).

luego ante instancias judiciales (2003: párrafo 37)²¹². Estos mecanismos de protección deben ser idóneos y efectivos, es decir, deben ser adecuados para reparar el daño ocasionado por una denegatoria injustificada y capaces de generar el efecto para el cual fueron creados.

A nivel interno, el artículo 11 literal e) del TUO de la Ley de Transparencia establece la posibilidad de interposición de recurso ante el Tribunal Administrativo de Transparencia y Acceso a la Información Pública, mientras que el artículo 61 del Código Procesal Constitucional reconoce la acción de hábeas data.

De igual forma, la normativa debe atribuir a cada entidad pública la obligación de gestionar y conservar sus archivos y registros de información, con el apoyo de las tecnologías digitales, de modo que pueda garantizarse la accesibilidad. El tratamiento técnico-archivístico es fundamental para que la información sea ubicable con facilidad, esté disponible en diversos soportes, esté a bajo costo, sea segura, etc. Dicha obligación está consagrada en el artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia; por su parte, el artículo 24 de su reglamento señala que los repositorios pueden diseñarse a través de medios electrónicos²¹³.

Adicionalmente, en el supuesto que los entes públicos obstaculicen o limiten arbitrariamente el derecho a saber (dando lugar a la cultura del secreto), tal como ha sugerido la Declaración de Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en su principio 5, el régimen jurídico debe contemplar infracciones y sanciones. El régimen sancionador en esta materia está conformado por los artículos 34 al 37 del TUO de la Ley de Transparencia y por los artículos 28 al 42 de su reglamento.

El ordenamiento jurídico, en consecuencia, debe tutelar el derecho de acceso a la información pública. Ello implica regular de manera favorable una serie de aspectos concernientes a su ejercicio y exigibilidad, de conformidad con sus principios. El acceso a correos electrónicos de las bandejas institucionales de funcionarios públicos debe contar con esta garantía.

²¹² De acuerdo a este mandato temático de la CIDH, las autoridades judiciales, en el marco de un proceso judicial iniciado para recurrir una denegatoria de suministro de información pública, "(...) deben poder acceder a la información in cámara o visitas in loco para determinar, bien si los argumentos de otras agencias del Estado son legítimos o para comprobar si una información que se ha reputado inexistente efectivamente lo es" (2010: párrafo 25). Por otra parte, el artículo 60 literal a) de la Ley Modelo Interamericana ha establecido que el órgano garante del derecho a saber debe contar con una facultad de "(...) revisar la información en posesión de cualquier autoridad pública, incluso mediante inspecciones in situ (...)". Se trata de reconocer competencias a órganos autónomos para evaluar las clasificaciones que realizan las entidades públicas.

²¹³ El artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia dispone que las entidades públicas no pueden destruir la información que poseen.

2.3.2.2. Obligación de implementar normas y prácticas que protejan el derecho de acceso a la información pública

Los órganos públicos deben adecuar sus normas y prácticas a las exigencias del derecho a saber²¹⁴. Ello implica desarrollar y complementar las leyes básicas y adoptar prácticas o actuaciones que sean coherentes con las obligaciones de respeto y garantía que les corresponde observar en el ejercicio diario de sus funciones.

En virtud de esta obligación específica, las entidades públicas deben asegurar que las normas generales de acceso a la información sean incorporadas a su organización y funcionamiento internos²¹⁵. Ello supone, como ha explicado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, “(...) remover los obstáculos legales o administrativos que dificultan el acceso a la información (...) promover la implementación del derecho (...) dentro de todas las entidades y autoridades que lo conforman –mediante la adopción y ejecución de normas, procedimientos y entrenamiento a las autoridades (...)” (2009b: párrafo 43).

Asimismo, los agentes estatales deben interpretar y aplicar las normas (regla y principio) del derecho de manera correcta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los estándares internacionales en la materia²¹⁶. Este comportamiento también se debe observar en el ámbito virtual (donde ahora las entidades actúan en virtud de las políticas de gobierno electrónico). Entre las prácticas compatibles con el derecho se encuentran la de responder de manera fundamentada las denegatorias, la de conservar y gestionar la información, la de emitir disposiciones de administración interna coherentes con el reconocimiento del derecho, etc.

De acuerdo a la Relatoría de la CIDH en materia de libertad de expresión, la obligación de implementar normas y prácticas se puede materializar en el diseño de

²¹⁴ Sobre la base del artículo 2 de la CADH, la Corte IDH recalca la obligación que corresponde a los Estados de desarrollar sus sistemas jurídicos y prácticas a la protección de este derecho fundamental. (Sentencias de la Corte IDH dictadas el 19 de septiembre de 2006 en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Serie C No. 151, párrafo 101. Igualmente, la dictada el 24 de noviembre de 2010 en el caso *Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- vs. Brasil*. Serie C No. 219, párrafo 228).

²¹⁵ La implementación supone el desarrollo de las reglas previstas por la ley básica o la creación de nuevas reglas derivadas de los principios aplicables al derecho.

²¹⁶ Como ha sostenido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en relación al principio de buena fe: (...) resulta esencial que los sujetos obligados (...) interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Es decir, que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal” (2009b: párrafo 15).

una política pública en materia del derecho a saber, que cuente con presupuesto, aborde materias como capacitaciones a autoridades involucrados en el procedimiento de entrega y conservación de documentos, entre otras, y proyecte sus resultados en un plazo razonable (2009b: párr. 39-42).

La implementación de medidas tuitivas del derecho a saber implica, según dicha Relatoría, la creación de un órgano autónomo especializado de carácter administrativo encargado de supervisar y promover el cumplimiento de la normativa vigente en la materia, con facultades para conocer y resolver (de manera vinculante) las controversias suscitadas por respuestas denegatorias de entidades estatales (2014: párr. 7-10)²¹⁷. La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Tribunal Administrativo homónimo cumplen dichas tareas²¹⁸.

Mediante la atribución de esta prestación obligacional al Estado, se busca que el derecho no quede únicamente reconocido en el plano normativo básico, sino que sea aplicado y obedecido a través de la adopción de normas y prácticas en cada institución pública.

El derecho a saber aplicado a correos electrónicos de bandejas institucionales de funcionarios públicos conlleva también la realización de medidas que aseguren su ejercicio (en especial, en la gestión y administración de la información y en el otorgamiento de respuestas denegatorias fundamentadas en las normas de excepción y no en el tipo de soporte).

²¹⁷ De acuerdo al artículo 54 de la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información, esta entidad debe gozar de autonomía "(...) operativa, de presupuesto y de decisión". La Relatoría de la CIDH en materia de libertad de expresión ha destacado la existencia de órganos garantes en la región americana que cuentan con facultades de desclasificar información y de gestionar solicitudes de información de manera online (2014: párrafo 17 y ss.).

²¹⁸ En el ordenamiento jurídico peruano existe la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública que, según el artículo 4 del Decreto Legislativo 1353 (publicado el 7 de enero de 2017), reúne las competencias de supervisión de las normas en ambas materias. Asimismo, existe el Tribunal Administrativo de Transparencia y Acceso a la Información que, de acuerdo al artículo 7 del referido Decreto Legislativo, tiene la facultad de conocer y resolver los recursos de apelación administrativos planteados por las personas contra las respuestas de entidades públicas a sus pedidos de información. Esta tesis encuentra que el modelo institucional de protección del derecho a saber (en el que se insertan ambas entidades) tiene deficiencias ya que la Autoridad Nacional depende administrativamente del Ministro del sector Justicia y carece de competencia para evaluar la compatibilidad de las clasificaciones realizadas por las entidades públicas con los requisitos de legitimidad que debe cumplir toda restricción; y el Tribunal Administrativo tiene funciones sancionadoras limitadas (no está facultado para iniciar procedimientos disciplinarios de oficio o de parte en primera instancia administrativa ni está habilitado para conocer y resolver un caso en segunda instancia cuando el funcionario obtiene una decisión favorable en primera instancia).

2.3.2.3. Obligación de transparencia activa

Los órganos públicos no solo deben atender las solicitudes de información formuladas por las personas sino también deben difundir proactivamente la mayor cantidad de información de la que disponen: tanto la información relacionada a la organización y funciones del Estado como la que permite ejercer derechos fundamentales. Tal como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha sostenido:

El derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, por lo menos en cuanto a: (a) la estructura, funciones y presupuesto de operación e inversión del **Estado**; (b) **la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos**— por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación—; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere (subrayado añadido) (2009b: párrafo 32)²¹⁹.

Por su parte, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública en su artículo 11 numeral 1 ha indicado que la información objeto de divulgación en portales de transparencia abarca, entre otra, la relativa a “(...) t) todas las leyes, reglamentos, resoluciones, políticas, lineamientos o manuales u otros documentos que **contengan interpretaciones, prácticas o precedentes sobre el desempeño del órgano** en el cumplimiento de sus funciones que afectan al público en general” y “(...) y) aquella información que sea **solicitada con frecuencia**” (subrayado añadido)²²⁰.

Es importante advertir que la lista de materias objeto de diseminación activa no debe ser estática sino debe ir a la par de las necesidades informativas de la población, de modo que se incorporen progresivamente nuevos tipos de documentos: por ejemplo, los datos brutos (no procesados) o la información requerida de manera recurrente.

El suministro se realiza por intermedio del Internet y de sus servicios de contenido. Los portales de transparencia, en ese sentido, son un ejemplo del carácter instrumental de las tecnologías digitales en el ejercicio de derechos. La disponibilidad de información en dichos medios, al igual que la entrega a través de respuestas concretas a solicitudes de información, debe ser oportuno, accesible,

²¹⁹ El artículo 5 del TUO de la Ley de Transparencia establece el tipo información que se debe publicar en los portales de Transparencia de entidades estatales.

²²⁰ Asimismo, el artículo 19 numeral 2 de la Ley Modelo recomienda la publicación de información previamente otorgada a través de solicitudes informativas.

completo, actual, preciso y probado. Adicionalmente, la transparencia activa es permanente.

En tanto plataforma de comunicación abierta en Internet (en la que se difunde contenidos de manera ilimitada a individuos indeterminados), el Estado debe garantizar el acceso universal, la descentralización en el acceso y la neutralidad de los portales de transparencia (principios de funcionamiento del Internet).

La transparencia activa constituye, en consecuencia, una manera de optimizar el derecho a saber. En tanto los correos electrónicos de las bandejas institucionales de funcionarios públicos pueden versar sobre la organización o funcionamiento de órganos públicos y el ejercicio de derechos fundamentales, o pueden ser solicitados de manera recurrente por la ciudadanía, pueden ser divulgados en los portales de transparencia.

2.3.2.4. Obligación de generar una cultura de transparencia

En el Perú existe una cultura del secreto que ha entendido que la información pública es propiedad del funcionario público de turno y, por tanto, le ha otorgado a éste la plena discrecionalidad para rechazar u obstaculizar el ejercicio del derecho a saber, con el propósito de defender los intereses de quienes detentan el poder (manteniéndolos exentos de control). Estas conductas alimentan la corrupción. Tal como ha expuesto el Tribunal Constitucional:

9. El principio de publicidad es propio de la cultura de la transparencia, cuyo extremo opuesto es la “cultura del secreto”, costumbre muy arraigada en la realidad de la Administración Pública de nuestro país. (...) supone (erróneamente) que la documentación sobre el funcionamiento de las instituciones públicas le pertenece al servidor público y que se debe evitar que tal información pueda ser develada y expuesta ante la opinión pública. Esta conducta antitética con la democracia constitucional se encuentra no obstante arraigada en numerosos empleados públicos (...)²²¹.

De acuerdo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la cultura del secreto se nutre del desconocimiento ciudadano de los instrumentos normativos que reconocen el derecho a saber y de la ambigüedad o amplitud de su redacción, lo que ocasiona, incluso, que el funcionario público obstruya el acceso por temor a ser sancionado (2003: párrafo 3).

²²¹ Sentencia dictada el 25 de mayo de 2010 en el Expediente 02814-2008-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Ernesto Mendoza contra doña Diana Rodríguez, entonces Jefa de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura del Distrito Judicial de La Libertad.

A propósito de la incorporación de las nuevas tecnologías al Estado, esta costumbre perjudicial se ha extendido al ámbito virtual: se han aprobado normas y se han desarrollado prácticas (aplicaciones e interpretaciones) en la Administración Pública que rechazan el acceso a información proveniente de las bandejas institucionales de funcionarios públicos.

A manera de ejemplo de disposiciones o interpretaciones incompatibles al derecho, esta tesis ha mencionado los artículos 6.1.7 (eliminación de *emails* almacenados en las bandejas institucionales de funcionarios públicos en 30 días) y 5.7 (privacidad de cuentas de correo institucionales) de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP.

Asimismo, se puede citar el artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia (prohibición en abstracto del acceso a los correos de bandejas institucionales de funcionarios públicos) y las respuestas denegatorias de los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Energía y Minas, Economía y Finanzas, y Vivienda y Saneamiento (estas disposiciones e interpretaciones son explicadas y analizadas en el siguiente capítulo).

Ante esta situación estructural, es necesario que el Estado reafirme que la información pública pertenece a las personas²²², que está a su servicio o disposición²²³, que el acceso a esta clase de documentación es un derecho y un principio, y no una gracia de los funcionarios públicos.

En particular, como ha señalado la Relatoría de la CIDH en materia de libertad de expresión, es importante que el Estado realice programas de educación a los ciudadanos, en los que explique en qué consiste el derecho a saber y cómo ejercerlo (2009b: párrafo 38), y que se establezcan sanciones a funcionarios que obstruyen el ejercicio del derecho (2009b: párrafo 56). El Estado podrá erradicar la gestión pública a puertas cerradas si cumple con sus obligaciones de respeto y garantía.

En virtud de esta obligación, en consecuencia, el Estado debe reafirmar que los *emails* depositados en las cuentas institucionales de sus empleados no son propiedad de éstos sino pertenecen a las personas, quienes pueden revisar su contenido. Es imprescindible que las autoridades cumplan con respetar y garantizar su suministro.

²²² Tal como ha reflexionado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, "(...) el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos" (2001: párrafo 17).

²²³ Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha sido muy clara: "(...) la información en poder de las autoridades del Estado no se obtiene para beneficio de los funcionarios que la controlan, sino para beneficio del público en su conjunto" (2003: párrafo 33).

La posición institucional adoptada por cuatro Ministerios del Gobierno Nacional (Justicia y Derechos Humanos, Vivienda y Saneamiento, Economía y Finanzas y Energía y Minas) –de negar la eficacia del derecho de acceso a correos electrónicos institucionales- debe ser examinada y evaluada de acuerdo al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales.

A manera de conclusión del segundo capítulo, se debe destacar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en el bloque de constitucionalidad y en los estándares internacionales, que establecen las normas, pautas de interpretación y modelos de comportamiento que rigen su aplicación.

Este derecho asigna dos atributos a las personas consistentes en solicitar y recibir información pública por parte de entidades públicas. Estas facultades subjetivas se fortalecen con la incorporación del servicio de correo electrónico en la Administración Pública, ya que se amplía la cantidad de información pública accesible, debido a que existen documentos que se generan en el ámbito virtual.

Se fundamenta en el principio de dignidad porque supone la atribución de un poder a las personas que contribuye a su autonomía, a su libre desarrollo y al ejercicio de múltiples derechos. Asimismo, se sostiene en el principio de transparencia debido a que los individuos conocen la organización y ejercicio del poder público. De igual manera, se sustenta en el principio democrático ya que posibilita que los ciudadanos participen en la vida de la Nación al supervisar la actuación de sus servidores públicos y al hacer seguimiento a procesos de toma de decisión pública.

Su contenido constitucionalmente protegido está conformado por sus atributos subjetivos (de solicitar y recibir), por el costo razonable en la reproducción de información, por las características que debe reunir la documentación entregada y por el encausamiento de las solicitudes de información al procedimiento administrativo respectivo.

Este derecho fundamental y autónomo, titularizado por toda persona, tiene doble dimensión: individual porque se trata de atributos que impactan en la circunstancia particular de las personas, y colectiva porque su ejercicio tiene consecuencias en la sociedad (contribuye a formación de opinión pública o a la participación colectiva en la vida de la Nación). A la luz de esta última dimensión, el derecho a saber ha recibido la calificación de libertad preferida.

El objeto del derecho, según el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales, debe ser comprendido de manera amplia (de este modo, optimiza sus fundamentos). Entre los criterios reconocidos para definir información pública está el de posesión, que considera que las personas tienen derecho a obtener todo

documento o dato bajo tenencia de las entidades estatales, independientemente del sistema de almacenamiento o del soporte de la información.

Tal como se expuso en el capítulo anterior, los órganos públicos han incorporado el servicio de correo electrónico a su funcionamiento (tanto a nivel interno como externo). Los *emails* generados y recibidos por las cuentas institucionales de los funcionarios públicos, que expresan o incorporan hechos, datos o actividades relacionadas a la función pública, se encuentran bajo control o tenencia del Estado.

En consecuencia, a la luz del criterio de la posesión, se infiere que los correos electrónicos depositados en buzones institucionales ostentan la condición de información pública. Ello ocasiona que los efectos jurídicos del principio de máxima divulgación le resulten aplicable: se reconoce, en ese sentido, el mandato consistente en que el acceso a dichos documentos es la regla y su secreto, la excepción.

El suministro de *emails* contribuye a que las personas puedan realizar sus proyectos de vida de manera autónoma, a que conozcan cómo actúan sus autoridades en los diversos ámbitos de la gestión pública (por ejemplo, en la gestión de intereses promovida por particulares, que suele materializarse en correos electrónicos), y a que supervisen las acciones adoptadas por los servidores públicos y participen de manera colectiva en los procesos deliberativos en curso.

El derecho de acceso a información pública ejercido en correos electrónicos no es absoluto ya que admite la aplicación razonable y proporcionada del régimen de excepciones. El acceso a *emails* se efectúa cuando en el caso no incurre alguna causal de limitación. En caso exista un correo parcialmente afectado por una norma de restricción, se debe aplicar el criterio de la divisibilidad.

Debido a su condición de principio o valor fundamental del ordenamiento jurídico, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar el derecho de acceso a la información pública (que comprende el acceso a correos electrónicos institucionales), es decir, asumir una posición orientada a alcanzar su máxima protección.

En relación a las obligaciones de respeto, los agentes estatales deben contestar de manera oportuna, accesible y completa las solicitudes de acceso a los correos electrónicos depositados en sus bandejas institucionales y deben brindar una respuesta fundamentada en caso corresponda denegar la entrega de la información requerida (decisión motivada que permita verificar cumplimiento de condiciones o requisitos de validez, a la luz del principio de proporcionalidad).

Respecto a las obligaciones de garantía, las entidades estatales deben establecer un marco tuitivo del derecho de acceso a correos electrónicos de bandejas institucionales de funcionarios públicos (por ejemplo, que atribuya obligaciones de gestión y conservación de información a los sujetos pasivos) y deben implementar normas y prácticas que protejan este derecho (por ejemplo, emitir respuestas denegatorias debidamente fundamentadas en las normas de excepción y no en el tipo de soporte).

Adicionalmente, deben difundir proactivamente la mayor cantidad de información de la que disponen (por ejemplo: documentos que grafican las actuaciones de los funcionarios públicos que impactan a la sociedad) y deben generar una cultura de transparencia (por ejemplo, reafirmar que correos electrónicos de bandejas institucionales no son propiedad de los funcionarios públicos sino pertenecen a las personas).



CAPÍTULO III. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS POR CUATRO MINISTERIOS SOBRE EL ACCESO CIUDADANO A CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES

El tercer capítulo tiene como tarea principal argumentar que el acceso a correos electrónicos de bandejas institucionales no puede denegarse a partir de un concepto restringido de información pública y de la invocación al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, tal como lo plantean cuatro Ministerios, a los que se les requirió acceso a los *emails*.

Como se detalló en el primer capítulo de esta tesis, el servicio de correo electrónico ha sido incorporado al funcionamiento del Estado debido a su carácter instrumental en beneficio de derechos fundamentales. Al integrarse a la gestión pública, registra datos o hechos sobre la función pública, los mismos que se encuentran bajo tenencia de los órganos públicos.

Frente a esta información, el segundo capítulo ha establecido que la posesión ha sido el criterio empleado por el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia de derecho de acceso a la información pública para definir su objeto. En consecuencia, ha deducido que los correos depositados en cuentas institucionales de funcionarios públicos están dentro del ámbito de protección del derecho a saber.

Sin embargo, se han aprobado normas y desarrollado prácticas en la Administración Pública que rechazan el acceso a información proveniente de las bandejas institucionales de empleados públicos. A manera de ejemplo, en este capítulo se analizan las respuestas denegatorias de los Ministerios de Economía y Finanzas (MEF), Energía y Minas (MEM), Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), y Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) a pedidos ciudadanos de información en esta materia.

Para argumentar que estas posturas contravienen el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales, este capítulo analiza y sintetiza los argumentos esbozados por las entidades mencionadas. Luego, somete estas conductas –y las respectivas normas en que se basan– a una evaluación de legitimidad constitucional, a la luz del parámetro provisto en el capítulo anterior.

3.1. Planteamiento crítico de las respuestas denegatorias al acceso a *emails* de cuentas institucionales en entidades del Poder Ejecutivo

El MEF, el MEM, el MINJUS y el MVCS emitieron respuestas denegatorias a cuatro pedidos de acceso presentados por ciudadanos para acceder a *emails* de sus

titulares en el 2014. Esta oposición a entregar correos electrónicos ha expuesto la posición institucional de estas entidades, defendida hasta la actualidad.

Las respuestas emitidas tienen elementos en común: señalan que los correos electrónicos de las cuentas institucionales de empleados públicos no califican como información pública y que tienen cobertura bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas. De esta manera, rechazan que el derecho a saber tenga eficacia en los correos electrónicos de cuentas institucionales de funcionarios públicos.

Sus argumentos inciden en dos planos: i) el objeto del derecho de acceso a la información pública (el concepto de información pública) y ii) la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas para justificar la denegatoria a correos electrónicos depositados en bandejas institucionales.

En relación al primer plano, el MINJUS, el MEF y el MVCS sostienen que la información pública es aquella que se encuentra vinculada estrictamente al proceso de toma de una decisión administrativa (de acuerdo al artículo 10 segundo párrafo del TUO de la Ley de Transparencia), y que los *emails* no son aptos para cumplir esa finalidad.

Mientras tanto, para el MEM, información pública es aquella que no está restringida por el régimen de excepciones al derecho a saber, aseverando que los *emails* no tienen carácter público en virtud de la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y del privilegio deliberativo.

Respecto al segundo plano, los cuatro Ministerios sostienen que los *emails* provenientes de cuentas institucionales están protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, del cual son titulares los funcionarios usuarios de las referidas cuentas de correo oficial.

Adicionalmente, refieren que este derecho no entra en colisión con el derecho de acceso a la información pública porque simplemente no se cumplen los presupuestos de este último para abarcar la situación de los correos electrónicos institucionales (por los argumentos citados en plano anterior), por tanto, no realizan ningún test de proporcionalidad.

A continuación, se desarrollan y examinan los dos niveles de razonamientos y, luego, se revisa su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia del derecho de acceso a la información pública.

3.2. Evaluación del argumento de los Ministerios en relación al concepto restrictivo de información pública

3.2.1. Posición de los Ministerios

Los Ministerios estudiados están de acuerdo con que los correos electrónicos de cuentas institucionales están fuera del alcance del derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, como se evidencia en este apartado, mientras que el MINJUS, el MEF y el MVCS indican que el elemento esencial del concepto de información pública es su vinculación a un proceso de adopción de una decisión administrativa, el MEM asocia el objeto del derecho con la aplicación del régimen de excepciones (es decir, no es información pública aquella que no puede ser divulgada porque está cubierta por una norma de excepción)²²⁴.

Los tres primeros Ministerios explican que los correos electrónicos institucionales no sirven de sustento a una decisión administrativa porque contienen información accesoria e intrascendente en relación a la función referida, por lo que no figuran en los expedientes (en soporte físico papel) creados para conservar las principales actuaciones que dieron lugar a la decisión administrativa, siendo que, además, se eliminan en un plazo determinado de días, según el artículo 6.1.7 de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP u otras normas inspiradas en dicho artículo.

El último Ministerio, en cambio, supedita la concepción de información pública a la aplicación del régimen de excepciones al derecho de acceso a la información pública, asociando el alcance con la aplicación en una situación concreta. En tanto asevera que los correos electrónicos están protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, infiere, por tanto, que los correos electrónicos no ostentan carácter público.

A continuación, se examinan las respuestas de cada uno de los Ministerios, en relación a su entendimiento del concepto de información pública (plano correspondiente al objeto del derecho, que determina sus alcances o el contenido de sus atribuciones).

²²⁴ Guichot ha explicado que la discusión sobre el objeto del derecho es distinta a la relativa a la aplicación de sus limitaciones, debido a que analizar el concepto de información pública “(...) no se corresponde con la de restricciones al derecho, sino con los supuestos de información que ‘por sus especiales características o configuración –y no por la materia que se refiere-, no se considera imprescindible o adecuado hacer accesible a los ciudadanos en el momento preciso que la solicitan, circunstancia esta que, por lo demás, no tienen por qué conocer los interesados” (2014: 205). En esas circunstancias, la respuesta del Estado a un pedido de acceso a un documento que no corresponde al ámbito de protección del derecho a saber es declarar inadmisibile el pedido, sin entrar al fondo.

3.2.1.1. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La Responsable de Transparencia y Acceso a la Información Pública del MINJUS, haciendo suya la opinión legal de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico de la entidad, atendió la solicitud presentada por el ciudadano Ronald Gamarra²²⁵, en la que destacó que la información contenida en las cuentas institucionales de correo de funcionarios públicos no configura objeto del derecho a saber.

Para esta institución, de acuerdo al artículo 10 segundo párrafo del TUO de la Ley de Transparencia, el objeto del derecho de acceso se define por su vinculación al proceso previo a la toma de una decisión administrativa²²⁶.

25. En efecto, existen consejos, recomendaciones u opiniones contribuyentes a una decisión de gobierno que por **haber adoptado la forma de un documento administrativo institucionalizado o con pretensiones concluyentes, sí constituyen información de acceso al público**, aunque tal documento no contenga la decisión final misma. Estamos aquí en el escenario de un proceso deliberativo en sentido institucional, o proceso comunicativo oficializado. (...)

27. Estos consejos, recomendaciones u opiniones, **solo constituyen información de acceso público, si una vez adoptada la decisión, se ha hecho referencia expresa a ellos** (subrayado añadido).

De acuerdo al razonamiento de esta entidad, esta clase de información no se constata en los correos electrónicos oficiales, en tanto su contenido es accesorio a las decisiones públicas y no son incluidos en sus expedientes creados a raíz de su formulación y adopción.

26. **Distinto es el caso de los consejos, recomendaciones u opiniones que, en razón de su contexto, forman parte de un proceso comunicativo de los funcionarios públicos carente aún de pretensiones institucionales concluyentes** o proceso comunicativo no oficializado. Nos referimos al proceso deliberativo en sentido débil que puede desarrollarse **a través de medios informales como** la línea telefónica, una comunicación epistolar, un **correo electrónico**, o simplemente comunicaciones interpersonales directas. Desde esta óptica, lo importante aquí, sin embargo, no es el medio por el cual se vierte dicha

²²⁵ En su solicitud presentada el 15 de agosto de 2014, don Ronald Gamarra requirió “en soporte electrónico las comunicaciones que haya recibido el señor Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, en su cuenta de correo electrónico desde el 15 de mayo de 2013, con las respectivas respuestas emitidas por el Sr. Ministro”. Fue respondida el 27 de agosto de 2014.

²²⁶ La respuesta del Ministerio cita el artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia en el párrafo 18. Sin embargo, centra su atención exclusiva en su segundo párrafo, desarrollando el supuesto de información afectada a la toma de una decisión administrativa. No explica por qué los correos electrónicos no implican la utilización de recursos públicos o no pueden albergar las actas de reuniones oficiales.

opinión, sino la **naturaleza de ser una mera información de carácter formativo**, la cual eventualmente podría ser tomada en consideración para la decisión final de gobierno o administrativa (subrayado añadido).

Para este Ministerio, el artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia excluye del concepto de información pública a ciertos datos relacionados a un proceso deliberativo que son marginales o intrascendentes en la decisión final (párrafos 23 y ss.)²²⁷. En ese sentido, considera que dicho precepto tiene como propósito regular el objeto del derecho y no configurar un supuesto de excepción.

Para este órgano público, los correos electrónicos son medios informales de comunicación, utilizados para intercambiar ideas y opiniones que no inciden en los principales actos que conllevan a la toma de una decisión pública. No son documentos (párrafo 26).

Conforme a la posición institucional de esta entidad, la imposibilidad de integrar un expediente se demuestra, además, en su existencia temporal, debido a que la normativa que regula la utilización de cuentas institucionales de correo electrónico por parte de entidades públicas establece plazos para que sus titulares eliminen los correos de sus bandejas, de acuerdo a los artículos 6.1.7 de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP y 5.4 de la Directiva sectorial 001-2004-JUS/OGI²²⁸.

34. Prueba de que las comunicaciones realizadas por correo electrónico no constituyen documentos institucionalizados, es que la Directiva 005-2003-INEI/DTNP – Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la administración pública, determina que “[l]os mensajes tendrán una vigencia no mayor de 30 días desde la fecha de entrega o recepción de los mismos, o de acuerdo a la política establecida por la Oficina de Informática (o de la que haga sus veces) de cada institución. Superada la fecha de vigencia, los mensajes deberán ser eliminados del servidor de correo. Si se desea mantener un mensaje de forma permanente, éste debe almacenarse en carpetas personales”. En el caso del MINJUS, de acuerdo a la Directiva 001-2004-JUS/OGI, aprobada mediante Resolución de Secretaría General 499-2004-JUS, del 3 de diciembre de 2004, el tiempo máximo de vigencia de los mensajes es de 60 días; superada dicha fecha, “los mensajes serán eliminados automáticamente del servidor por el

²²⁷ El Ministerio señala: “(...) de la frase ‘salvo que dicha información sea pública’ [correspondiente al artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia], deriva que existen consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno que constituyen información pública, y otras que no. En este último caso, la confidencialidad cesa si una vez tomada la decisión la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones” (párrafo 24).

²²⁸ La Directiva 001-2004-JUS/OGI sobre normas y procedimientos para el uso del servicio de correo electrónico en el Ministerio de Justicia fue derogada el 30 de octubre de 2014 para que entrara en vigencia la Directiva 001-2014-JUS/OGI, una nueva regulación en la materia, que mantiene una cláusula sobre el plazo de vigencia de los *emails* oficiales: 30 días (artículo 6.4).

administrador del servidor de la red de la institución (las cursivas no son mías) (subrayado añadido).

De acuerdo a esta institución, la exclusión de los *emails* oficiales resulta beneficiosa porque permite que los funcionarios públicos puedan participar libremente en el debate e intercambio de ideas en el ejercicio regular de sus competencias públicas, lo cual permite alcanzar decisiones de calidad. Asegura que esta interpretación es consecuente con el artículo 40 inciso b numeral 3 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública²²⁹ y con la sentencia del Tribunal Constitucional chileno recaído en el Rol 2246 (caso Cristian Larroulet Vignau) (párrafos 29, 30 y 31).

El Ministerio señala que en el supuesto excepcional en que un correo electrónico institucional calificara como información pública, ello podría dar pie a situaciones absurdas como que las comunicaciones telefónicas o directas ingresen al concepto de información pública (párrafo 32).

En conclusión, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos rechaza el suministro de correos electrónicos porque no sirven de base a una decisión administrativa (en tanto no son aptos para ser depositados en expedientes en soporte físico papel y porque son eliminados).

La base normativa empleada por el Ministerio para interpretar el objeto del derecho a saber está conformada por el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, los artículos 10 párrafo segundo y 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, el artículo 6.1.7 de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP y el artículo 5.4 de la Directiva interna 001-2004-JUS/OGI.

Se observa que el Ministerio en su respuesta denegatoria relaciona el derecho de acceso a la información pública con los principios de dignidad, transparencia y Estado democrático, antes de atribuir un sentido interpretativo a los alcances del derecho bajo estudio (párrafos 3 al 8). Sin embargo, no termina abrazando una comprensión amplia del objeto del derecho.

Su interpretación sobre los alcances del concepto de información pública no toma en consideración los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional: no hay alguna sentencia citada sobre el objeto del derecho. Tampoco existe referencia a estándares internacionales en este o en otros aspectos del derecho que permitan construir una posición garantista (únicamente se cita una

²²⁹ Artículo 40 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.- Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a información únicamente bajo las siguientes circunstancias (...) b) (...) 3. la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas (...)"

norma del régimen de excepción contemplada en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública).

3.2.1.2. Ministerio de Economía y Finanzas

La Directora General de la Oficina General de Servicios al Usuario del MEF, responsable de atender las solicitudes de información pública, acogió el informe jurídico de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio para responder el pedido presentado por el ciudadano Julio Arbizu para acceder a los correos electrónicos del entonces Ministro Luis Miguel Castilla²³⁰.

Sostuvo que los *emails* de cuentas institucionales de servidores públicos no son supuestos de información que se subsuman en la norma que delimita el objeto del derecho a saber: el segundo párrafo del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia, que establece tres supuestos de información pública²³¹. Utilizando ese párrafo como objeto de interpretación del concepto de información pública, manifestó:

4.4.3. (...) resulta necesario mencionar que el **artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806**, Ley de Transparencia y Acceso a la Información, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, (...) constituye una ley de desarrollo constitucional (...)

4.4.4. De ello se desprende que una de las características es que la información solicitada tenga la naturaleza de pública. Sin embargo, la **propia ley establece que información se entiende o debe entenderse como "pública" para efectos de dicha ley.**

4.4.5. Por ello, **establece que es información pública:** i) cualquier tipo de **información financiada por el presupuesto público**, ii) **sirva de base a una decisión** de gobierno, una decisión de naturaleza administrativa o aquellas vinculadas con las funciones normativas y/o reguladoras, iii) **actas de reuniones oficiales** (subrayado añadido).

²³⁰ En su solicitud de 12 de agosto de 2014 don Julio Arbizu requirió "los correos electrónicos que haya recibido el Ministro de Economía y Finanzas, Luis Miguel Castilla, -de parte de representantes de compañías o gremios empresariales (todos los que figuren en los correos electrónicos)- a su cuenta de correo eléctrico oficial o a las que le haya creado el Ministerio de Economía y Finanzas para funciones oficiales, desde el 28 de julio del 2011 a la fecha [12 de agosto de 2014], con las respectivas respuestas del Ministro. Dado que la información solicitada se encuentra contenida en soporte electrónico, solicitamos que la misma se nos entregue en ese formato". Fue respondida el 29 de agosto.

²³¹ Artículo 10.- Información de acceso público

"(...) para los efectos de esta Ley, 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".

Este Ministerio recurre a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC, en la que dicho órgano jurisdiccional estableció que la posesión es el criterio que define el objeto del derecho a saber aplicable a entidades estatales. Sin embargo, el MEF asegura que el criterio de la posesión se restringe exclusivamente a información relativa a los tres supuestos de la segunda fracción del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia.

4.8.5. (...) conforme se desprende del presente Informe, el Tribunal Constitución ha interpretado la disposición materia de análisis en un sentido amplio. Así, ha sostenido que "(...) la exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente restrictiva de aquello que debe considerarse como 'información pública. Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como 'información pública', no es su financiación, **sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva**" (Expediente 02579-2003-HD, Fundamento Jurídico 12).

4.8.6. Así entonces, el contenido esencial del derecho de acceso reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública. Pero no respecto a cualquier información, sino respecto de aquella que resulta idónea y efectiva a efectos de la adopción de decisiones institucionales (subrayado no es mío).

Esta entidad descarta que los datos generados o intercambiados en una cuenta de correo electrónico institucional se subsuman dentro de alguna de esas tres clases de información.

4.4.5. (...) **un correo electrónico no es una información financiada con recursos públicos, ni se trata de un acta oficial (...)**

4.4.18. (...) resulta claro que **cualquier decisión de gobierno, administrativa o de tipo normativo o regulatoria cuenta con un expediente único en el que constan todas las actuaciones** que dieron origen a la decisión que la motiva. En el caso del Ministerio de Economía y Finanzas toda decisión administrativa, interna, externa o normativa, cuenta con un expediente en el que constan todas las opiniones que han servido de sustento para adoptar la decisión. **Siendo ello así, ningún correo electrónico prima facie puede ser considerado información pública**, salvo que este haya servido de sustento de una decisión y por lo cual deba estar en el expediente administrativo respectivo²³².

²³² Esta entidad explica la razón de ser del supuesto relativo al sustento de decisión administrativa: "4.3.8. (...) solo conociendo las motivaciones de las entidades es que la nación puede realizar un adecuado control. Así, se podrá conocer por qué una entidad se orientó en determinada línea al tomar una decisión, sea esta que

Al momento de subsumir los correos electrónicos en la norma que invoca para delimitar el objeto del derecho, el Ministerio no explica por qué su empleo carece de presupuesto público o por qué son inidóneos para contener de reuniones oficiales²³³.

En relación al supuesto relativo a la vinculación con el sustento de decisión administrativa, el MEF descarta que los correos tengan dicha característica porque no adoptan una forma documental o soporte que les permita figurar en expedientes (en su manera tradicional: soporte físico papel), que es el repositorio donde se encuentran los documentos que contienen las razones de las decisiones (de interés para las personas). No es relevante su utilización como herramientas de intercambio de ideas en procesos deliberativos, en tanto, no están depositados en dossiers (párr. 4.4.14 & 4.4.18).

Los expedientes creados a propósito de un proceso de toma de decisión administrativa en las entidades públicas, de acuerdo al Ministerio, se rigen por la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que exige que aquellos documenten las actividades que conducen a una decisión y sean dossiers únicos y escritos, lo cual no es posible en el caso del correo electrónico²³⁴.

4.4.8. (...) el procedimiento para la expedición o generación de normativa (de gobierno, administrativa o regulatoria) está regulado expresamente, **siendo aplicable las normas del procedimiento administrativo (Ley N° 27444) a dichos procedimientos para la emisión de dispositivos o toma de decisiones**. Siendo entonces **aplicable el concepto de expediente único [de artículo 150 de la Ley N° 27444]** donde en virtud al cual queda registrado todo el sustento para la toma de

trascienda la entidad en un ciudadano concreto (como los actos administrativos), se agote al interior de la entidad (actos de administración interna) o se trate de acciones legislativas”.

²³³ No explica estas aseveraciones, ni siquiera cuando emite una definición de correo electrónico institucional (párrafo 4.4.1).

²³⁴ El Ministerio de Economía y Finanzas señala que la Ley 27444 rige supletoriamente a procesos deliberativos enmarcados en el ejercicio de funciones distintas a la administrativa: 4.4.9. “Ciertamente, **la función administrativa del Estado responde principalmente a la Ley 27444**, (...) que es la norma legal destinada a regular el desenvolvimiento de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos o al interior de esta, **rigiendo supletoriamente a toda actividad administrativa que realice el Estado, incluyendo los que concluyen en una propuesta normativa**” (subrayado añadido). Aduce, a partir del artículo 4 (forma de actos administrativos), 150 y 153 de la Ley 27444, que la información que sirve de sustento a decisión pública se debe materializar en documento escrito (entendido como soporte papel), depositado también en un dossier de esas características. Al respecto, afirma que: “4.4.14. [e]s unánime en la doctrina que la regla general en todo procedimiento es que sea escrito, entendiendo que todas las actuaciones procedimentales deben constar gráficamente o documentarlas, por ello, corresponde incluso que las actuaciones orales o materiales, sean traducidas en anotaciones escritas y posteriormente insertadas en el expediente que forma parte del procedimiento, siendo competencia de los funcionarios públicos cautelar el cumplimiento de las normas de custodia, registro y demás pautas generales de intangibilidad, ordenación y singularidad del expediente”.

decisión, lo que evidentemente **descarta la viabilidad de considerar a un correo electrónico** como parte del proceso de emisión de las normas.

Con el propósito de fundamentar normativamente su concepción restrictiva de información pública y de excluir los correos electrónicos institucionales en la misma, el Ministerio acude al artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, norma que dispone que existe información generada en procesos deliberativos que, en determinada situación, no debe ser divulgada²³⁵ (párrafos 4.5 y ss.).

Para este órgano público, los correos electrónicos son medios informales de comunicación, utilizados para intercambiar ideas y opiniones que no inciden en los principales actos que conllevan a la toma de una decisión pública. No son documentos (párrafos 4.4.3 & 4.4.18)²³⁶.

Esta entidad señala que la obligación que corresponde a todo funcionario de eliminar los mensajes de su bandeja de correo institucional en un plazo de treinta días, prevista en el artículo 6.1.7 de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP²³⁷, demuestra que para el ordenamiento jurídico peruano no son documentos, por tanto, no pueden servir de base a decisiones públicas.

4.4.3. De la norma glosada precedentemente, se advierte con claridad que el **Estado ha regulado al correo electrónico como un mecanismo informático de comunicación**. Dada su evidente connotación utilitaria, el Estado ha establecido un uso eficiente y racional del mismo. Esto incluso, conlleva el deber de optimizar el servicio, por lo que **se dispone la eliminación de correos innecesarios**. En ese sentido, **no constituye un "documento" materia de archivo. Es decir no es información efectiva o de contenido sustancial per se** (subrayado añadido).

Según esta institución, retirar del conocimiento público los correos electrónicos oficiales permite que las decisiones formuladas por los servidores públicos optimicen en mayor medida el interés general, puesto que mantener ocultas las opiniones, recomendaciones y consejos emitidos en procesos deliberativos permite alcanzar decisiones de calidad, lo cual, plantea, es consecuente con el artículo 40

²³⁵ Este ente rector señala que "(...) el artículo 17 [numeral 1] confirma la regla señalada en el artículo 10, toda vez que considera protegida la información que pese a que la posea el Estado, como parte del proceso deliberativo previo a una decisión de gobierno, esta NO sirva de sustento para la toma de dicha decisión" (mayúscula no es mía) (párrafo 4.5.2).

²³⁶ Para sostener que el marco jurídico concibe el correo electrónico oficial como un medio de comunicación y no como un documento, este Ministerio recurre al artículo 5.1. de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP, que dispone que "[e]l correo electrónico institucional es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas, no es una herramienta de difusión indiscriminada de información (...)".

²³⁷ Artículo 6.1.7. "Los mensajes tendrán una vigencia no mayor de 30 días desde la fecha de entrega o recepción de los mismos, o de acuerdo a la política establecida por la Oficina de Informática (o la que haga sus veces) de cada institución. Superada la fecha de vigencia, los mensajes deberán ser eliminados del servidor de correo".

inciso b numeral 3 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y con la sentencia del Tribunal Constitucional chileno recaído en el Rol 2246 (caso Cristian Larroulet Vignau) (párrafos 4.9.3 y 4.2.20). Además, de ser conocida, alega, se generaría confusión en la ciudadanía (4.5.7).

El Ministerio señala que en el supuesto excepcional que un correo electrónico institucional calificara como información pública (en tanto figure en un expediente de decisión administrativa), el solicitante debe precisar en su pedido, como requisito de admisión a trámite, i) cuál es la decisión final que tiene como base el contenido de un *email* oficial, ii) la fecha de envío del correo, iii) el asunto o materia, iv) el remitente y v) el destinatario (párrafo 4.4.20), lo cual no podría ser atendible porque la entrega de esta clase de información implicaría una evaluación o análisis que no están obligados a hacer, de acuerdo con el artículo 13 del TUO de la Ley de Transparencia (párrafo 4.8.19).

En otras palabras, el Ministerio niega la condición de información pública a los correos electrónicos porque no sirven de sustento de decisiones administrativas (en tanto, de acuerdo a la normativa vigente, no son incorporados en expedientes en soporte físico papel y son eliminados), porque no irrogan gasto público y porque no contienen actas de reuniones oficiales.

La base normativa empleada por el Ministerio para interpretar el objeto del derecho a saber está conformada por el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, los artículos 10 párrafo segundo y 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, el artículo 6.1.7 de la Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP.

En su análisis, no se observa que en la determinación del sentido interpretativo del objeto del derecho el MEF haya tenido en cuenta los principios constitucionales ni la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, puesto que solo hace una mención escueta a los principios de dignidad, transparencia y Estado democrático, y cita únicamente el considerando 12 de la sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC, al cual reproduce fuera de contexto.

Tampoco existe referencia a estándares internacionales en este o en otros aspectos del derecho que permitan construir una posición garantista (únicamente se cita una norma del régimen de excepción contemplada en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública).

3.2.1.3. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

La Responsable de Transparencia y Acceso a la Información Pública del MVCS, haciendo suya la opinión legal suscrita por la Dirección General de Asesoría Jurídica

de la entidad, atendió la solicitud presentada por el ciudadano Julio Arbizu para acceder a los correos del entonces Ministro Milton Von Hesse²³⁸.

Sostuvo que los *emails* de cuentas oficiales de correo electrónico de servidores públicos no están dentro del alcance de la información protegida por el derecho a saber. Para esta institución, el segundo párrafo del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia prescribe que la información pública es la que se encuentra afectada a la toma de una decisión administrativa, para lo cual debe ser incorporada al expediente donde consta el desarrollo de la actuación desplegada que culmina con la decisión adoptada (en forma documental tradicional, es decir, en soporte físico papel).

2.6 **Son información de acceso al público los consejos, recomendaciones u opiniones que adoptan la forma de un documento administrativo institucionalizado**, aunque tal documento no contenga la decisión final misma. Se trata del escenario de un proceso deliberativo en sentido institucional, o proceso comunicativo oficializado (subrayado añadido)²³⁹.

Los correos electrónicos institucionales, a criterio de este ente rector, no califican como información pública porque no son determinantes para que los servidores públicos tomen decisiones destinadas a cumplir sus funciones delegadas. Al contrario, su uso tiene un carácter formativo no trascendente en el proceso de la toma de una decisión administrativa. Por ello, alega, no son documentos que puedan archivarse en expedientes.

2.7. Por el contrario, **no son información de acceso al público los consejos, recomendaciones u opiniones que, en razón de su contexto, forman parte de un proceso comunicativo de los funcionarios públicos carente aún de pretensiones institucionales concluyentes o proceso comunicativo no oficializado**. Se trata de un proceso deliberativo en sentido débil que puede desarrollarse a través de **medios informales como** la línea telefónica, una comunicación epistolar, **un correo electrónico**, o simplemente comunicaciones interpersonales directas (subrayado añadido).

Para este órgano público, los correos electrónicos son medios informales de comunicación, utilizados para intercambiar ideas y opiniones que no inciden en los

²³⁸ En su solicitud de 19 de septiembre de 2014 don Julio Arbizu requirió “[l]os correos electrónicos que haya recibido el Ministro de Vivienda, Milton Von Hesse, de parte de representantes de compañías o gremios empresariales sobre asuntos de interés público a su cuenta oficial de correo electrónico o a las que el Ministerio de Vivienda le hubiese creado para funciones oficiales, desde el 24 de febrero del 2014 a la fecha, con las respectivas respuestas del Ministro”. Fue respondida el 30 de septiembre.

²³⁹ La respuesta del Ministerio cita el artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia en el párrafo 2.3. Sin embargo, centra su atención exclusiva en su segundo párrafo, desarrollando el supuesto de información afectada a la toma de una decisión administrativa. No explica por qué los correos electrónicos no implican la utilización de recursos públicos o no pueden albergar las actas de reuniones oficiales.

principales actos que conllevan a la toma de una decisión pública. No son documentos (párrafo 2.7).

Con el propósito de demostrar a nivel normativo que existe información producida en el contexto de procesos deliberativos (como los correos electrónicos institucionales) que no califica como pública, esta dependencia acude al artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia (párrafos 2.5 y ss.)²⁴⁰, norma del régimen de excepciones al derecho a buscar.

De acuerdo al MVCS, los correos electrónicos tienen una existencia temporal, en virtud del tratamiento jurídico previsto en la Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG (aprobada mediante Resolución de Secretaría General 040-2011-VIVIENDA/SG, de 6 de mayo de 2011), relativa al uso de correos electrónicos institucionales por parte de sus funcionarios.

Dicha norma establece el deber correspondiente a todo funcionario público de eliminar los correos electrónicos de su bandeja de mensajería institucional²⁴¹, norma que implementa la anteriormente citada Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP. Por tanto, el Ministerio señala que esta clase de información no figura en un expediente administrativo.

2.9. Prueba de que las comunicaciones realizadas por correo electrónico no constituyen documentos institucionalizados, es que **normativamente los mensajes tienen un tiempo máximo de vigencia** [Directiva del INEI 005-2003-INEI/DTNP], luego del cual son eliminados automáticamente del servidor por el administrador del servidor de la red de la entidad. (...)

2.15. Como se aprecia de las disposiciones citadas en el numeral precedente [artículos 6.1.2 inciso b) y artículo 6.1.7 inciso b) de la Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG], **corresponde a cada usuario otorgar un uso eficiente y racional al servicio de correo de la entidad**, por lo que se dispone la eliminación

²⁴⁰ Esta entidad señala, sobre la base de la referida norma de excepción, que “2.5. (...) la información generada en el marco de la deliberación previa a la toma de decisión pública se considera fuera del alcance del derecho de acceso a la información pública (...)”

²⁴¹ Los incisos b) y c) del artículo 6.1.2 de la Directiva otorgan al usuario un amplio control sobre el uso de su cuenta de correo electrónico, al permitirle decidir qué tipo de información conserva y cuál elimina: “Lectura de correo (...) b. Es responsabilidad del usuario el mantenimiento de su buzón, **depurar los mensajes de correo electrónico en forma permanente y, en especial, eliminar mensajes innecesarios**, correo tipo Spam y papelera de reciclaje. c) Los mensajes que se deban conservar, deberán ser almacenados y organizados en carpetas personales” (subrayado añadido). A la par, esta entidad invoca el artículo 6.1.7 de dicho instrumento regulatorio, que sostiene: “Vigencia de los mensajes. (...) b) Los mensajes de la carpeta “papelera” tendrán una vigencia no mayor de treinta (30) días calendario desde la fecha de haber sido eliminados”. En realidad, como se aprecia, esta regulación interna no establece un plazo de vigencia de los correos electrónicos en la bandeja de entrada, sino en la carpeta “papelera”, espacios diferentes dentro de la cuenta. Ante este vacío normativo, se aplica supletoriamente el artículo 6.1.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, que establece un plazo de 30 días de vigencia.

de correos ubicados en la papelera en un plazo perentorio. En esa orientación, el correo electrónico **no constituye documento materia de archivo o custodia de información**, es decir, no es información efectiva o de contenido sustancial por sí misma, sino que constituye una herramienta de comunicación.

Retirar del conocimiento público los correos electrónicos oficiales permite que las decisiones formuladas e implementadas por los servidores públicos optimicen en mayor medida el interés general, según esta institución pública.

2.8. Excluir este proceso deliberativo del acceso público **está relacionada con el objetivo de preservar la calidad de las decisiones gubernamentales permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios**, y plasmarlos en documentos preliminares y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas sin miedo al escrutinio público. Ello guarda armonía con la "Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información", aprobada en junio de 2010 por la Asamblea General de la OEA, la cual reconoce la posibilidad de restringir el acceso a la información cuando su divulgación al público pueda afectar "la disposición futura de un asesoramiento libre y franco dentro y entre las autoridades del Estado (subrayado añadido).

En resumen, este Ministerio manifiesta su oposición a la entrega de correos electrónicos institucionales porque no se subsumen en el concepto de información pública, debido a que no recaban información sobre el proceso subyacente a la toma de una decisión administrativa (en tanto no figuran en expedientes tradicionales y se eliminan).

La base normativa empleada por el Ministerio para interpretar el objeto del derecho a saber está conformada por el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, los artículos 10 párrafo segundo y 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, así como del artículo 6.1.2 inciso b) de la Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG.

En su análisis, no se observa que en la determinación del sentido interpretativo del artículo 2 inciso 5 de la Constitución se haya tenido en cuenta los principios constitucionales (no hay mención expresa o implícita a principios de transparencia, dignidad o Estado democrático), ni la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (no hay alguna sentencia citada sobre el objeto del derecho).

Tampoco existe referencia a estándares internacionales en este o en otros aspectos del derecho que permitan construir una posición garantista (únicamente se cita una norma del régimen de excepción contemplada en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública).

3.2.1.4. Ministerio de Energía y Minas

El Secretario General del Ministerio de Energía y Minas, Responsable de Transparencia y Acceso a la Información Pública, acogiendo un informe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la entidad, atendió la solicitud de información presentada por el autor de esta tesis para acceder a los correos del entonces Ministro Eleodoro Mayorga²⁴².

Sostuvo que los *emails* electrónicos institucionales no ostentan la condición de información pública, debido a que es información que no debe ser entregada debido a la aplicación de dos excepciones: el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el privilegio deliberativo.

Para esta institución, de acuerdo al artículo 3 del TUO de la Ley de Transparencia, la información pública se define como la documentación cuya divulgación no está restringida por el régimen de excepciones al derecho de acceso a la información pública, lo que, a criterio de esta tesis, significa asociar dos planos distintos: el relativo al objeto del derecho (concepto o alcances de información pública) con el relacionado al régimen de excepciones (divulgación efectiva de la información en la realidad). En su respuesta al pedido, expuso que

1. El artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo 043-2003-PCM, dispone que las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas estarán sometidas al principio de publicidad, para lo cual toda información que posea el Estado **se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por la Ley (...)** (subrayado añadido).

En el escrito de contestación de la demanda de hábeas data que se promovió contra el Ministerio por este acto, la entidad sostuvo que el hecho que los correos institucionales estuvieran protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 17 numeral 6 del TUO de la Ley de Transparencia), condiciona su calificación de información pública.

“[Los] correos electrónicos no tienen naturaleza pública toda vez que en nuestra legislación (...) no tienen tal naturaleza sino, por el contrario, son de carácter exclusivo y privado (...) **la información electrónica obrante en los correos no es pública, toda vez que terceras personas deben respetar los derechos inherentes al titular de la cuenta, como es el derecho a la privacidad (...)** En

²⁴² En su solicitud planteada el 20 de agosto de 2014, el autor de esta investigación requirió “los correos electrónicos recibidos por el Ministro de Energía y Minas en su cuenta oficial o cualquier otra que haya sido creada por el Ministerio de Energía y Minas, con sus respectivas respuestas, en las cuales el Titular del Pliego se haya comunicado con cualquier persona para tratar cualquier asunto relacionado con el Nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares”. Fue respondida el 1 de octubre.

resumidas cuentas, el demandante prejuzga que el solo hecho de tener una cuenta de correo electrónico ya lo hace público al mismo, lo cual no tiene asidero legal, aunado a la existencia de derechos constitucionales a la intimidad” (subrayado añadido)²⁴³.

Asimismo, la institución invocó la excepción relativa al privilegio deliberativo (artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia) para señalar que los correos electrónicos integran consejos, recomendaciones y opiniones que no pueden ser divulgados y, por tanto, no califican como información pública²⁴⁴.

Además, para esta entidad el acceso ciudadano a *emails* oficiales no coadyuva a la satisfacción de algún derecho o bien constitucional porque su contenido no asegura la identidad de los interlocutores ni la confiabilidad del contenido, despertando dudas sobre las medidas de seguridad de este servicio de comunicación²⁴⁵.

En resumen, este Ministerio define el contenido del objeto del derecho a través de la aplicación del régimen de excepciones. En tanto los correos electrónicos institucionales se subsumen en los supuestos de hecho de dos normas de excepción, no califican como información pública.

Para llegar a esta conclusión, la entidad interpreta el concepto de información pública del derecho previsto en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, a partir de los artículos 3 (numeral 1) y 17 (numerales 1 y 6) del TUO de la Ley de Transparencia.

En su respuesta denegatoria al pedido de información, se observa que el Ministerio no establece un sentido interpretativo del objeto del derecho de acceso a la información pública de conformidad con las demás normas constitucionales. No toma en consideración los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (no hay alguna sentencia citada sobre el objeto del derecho). No existe tampoco referencia a los estándares internacionales.

3.2.1.5. Síntesis

Las cuatro entidades interpretan y aplican determinadas normas del derecho de acceso a la información pública (relativas a sus alcances y a sus excepciones) para

²⁴³ Contestación de la demanda por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas el 12 de diciembre de 2014 en el Expediente 36677-2014-0-1801-JR-CI-5 (fojas 109, 110 y 112) sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Marco Gamarra (autor de la tesis) contra el Secretario General del Ministerio de Energía y Minas.

²⁴⁴ Contestación de la demanda por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas el 12 de diciembre de 2014 en el Expediente 36677-2014-0-1801-JR-CI-5 (foja 110).

²⁴⁵ Contestación de la demanda por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas el 12 de diciembre de 2014 en el Expediente 36677-2014-0-1801-JR-CI-5 (foja 109).

formular su entendimiento del objeto de este derecho²⁴⁶²⁴⁷, y ante la imposibilidad de subsumir los correos electrónicos requeridos por los ciudadanos en las normas del concepto de información pública, niegan el suministro de documentos provenientes de dicho servicio de comunicación²⁴⁸.

Resulta claro que para estas entidades la ubicación en un expediente, el soporte físico papel, la contribución a proceso de toma de decisión administrativa (limitación a etapa predecisional) y la aplicación de excepciones como el privilegio deliberativo son elementos imprescindibles de la información protegida por el artículo 2 inciso 5 de la Constitución. La información en soporte digital proveniente del servicio de comunicación electrónica institucional, debido a sus características, no resulta de conocimiento idóneo para las personas, sostienen estos órganos públicos.

A continuación, se evalúan las respuestas denegatorias adoptadas por los Ministerios estudiados (basadas en una comprensión limitativa del objeto del derecho) de conformidad con el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales.

3.2.2. Evaluación de respuestas denegatorias de los Ministerios basadas en concepto restrictivo de información pública

La definición de información pública en el Perú debe ser recogida del bloque de constitucionalidad y de los estándares internacionales en materia del derecho de acceso a la información pública, parámetro que, tal como se expuso en el capítulo anterior (apartado relativo a objeto del derecho), exige una interpretación amplia de dicho aspecto del derecho.

²⁴⁶ Sujetar la condición pública de una información a si esta está restringida o no por un límite establecido al derecho de acceso a la información pública, tal como propone el MEM, muestra una confusión en torno a los dos planos del derecho a saber: sus presupuestos y sus límites, que actúan independientemente. El MEM sostiene su interpretación a la luz del artículo 3 inciso 1 del TUE de la Ley de Transparencia, comprendido de modo literal, en el sentido que la presunción del carácter público de una información bajo posesión del Estado puede revertirse si se aplica una restricción al derecho.

²⁴⁷ Definir el objeto del derecho (supuesto de hecho que verifica su existencia en una situación) a partir de normas del régimen de excepción (como el artículo 17 numeral 1 del TUE de la Ley de Transparencia), tal como sostienen el MINJUS, el MEF y el MVCS, supone unir dos planos distintos que son reunidos arbitrariamente para construir su posición. En otras palabras, utilizan una norma que habilita una restricción no precisamente para plantear una excepción al derecho sino para defender su concepción restrictiva del objeto del derecho.

²⁴⁸ Mientras que el MINJUS, el MEF y el MVCS recurren al artículo 10 segundo párrafo del TUE de la Ley de Transparencia para señalar que es información pública la que sirve de sustento a decisión administrativa, el MEM acude al artículo 3 numeral 1 del mismo instrumento para afirmar que es información pública la que no está protegida por el régimen de excepciones. Para retirar la protección al acceso a *emails* todos los Ministerios estudiados acuden al artículo 17 numeral 1 de la ley de desarrollo del derecho a saber.

Es importante que las autoridades públicas delimiten el objeto del derecho de acuerdo a parámetros garantistas ya que se trata de un aspecto que determina los alcances de las facultades concedidas a las personas para atender necesidades elementales en sus vidas (a qué información los ciudadanos pueden acceder).

3.2.2.1. Obligación correspondiente al Estado de interpretar de manera amplia el objeto del derecho de acceso a la información pública

La posesión es el criterio que determina el contenido de información pública aplicable a entidades estatales, de acuerdo a los artículos 3.1 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia, al artículo 61.1 del Código Procesal Constitucional (instrumentos de desarrollo del artículo 2.5 de la Constitución) y a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

De igual manera, dicha pauta de interpretación ha sido concebida en los tratados de derechos humanos y la costumbre de derecho internacional, en la jurisprudencia de la Corte IDH, en los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, en actos o declaraciones de los órganos de la OEA, en una observación general del Comité de Derechos Humanos y en informes de la Relatoría Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU.

En tanto se trata del contenido de un aspecto correspondiente a un bien constitucional (consagrado en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución), es importante recordar que el operador del derecho debe sujetar su labor interpretativa a los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa, concordancia práctica y pro homine.

Se ha elegido el criterio de la posesión para determinar el tipo de información que las entidades estatales deben entregar a los ciudadanos debido a que aquellos son órganos que están al servicio de la Nación, cuyo poder deviene del pueblo y, en consecuencia, toda información con la que dispongan pertenece a los individuos.

El contenido amplio del concepto de información pública permite que las personas cuenten con herramientas que les aseguren el ejercicio de sus derechos fundamentales, el desarrollo de sus planes de vida, el conocimiento del desempeño de sus autoridades, el seguimiento de los procesos de toma de decisión pública y la supervisión del ejercicio del poder²⁴⁹.

²⁴⁹ La cuenta institucional de correo electrónico constituye un ámbito de actuación pública del funcionario público al que se le habilita dicho recurso. Por tanto, ya sea que realice una actividad pública (función pública) o una privada (labor de interés particular) en su cuenta institucional, éstas se someten al principio de máxima divulgación, es decir, se presume su accesibilidad, puesto que el propio agente lo estimó así cuando ingresó

El criterio de la posesión guarda coherencia con principios y valores constitucionales (dignidad, transparencia y Estado democrático), asegura el carácter obligatorio de las normas constitucionales en todo ámbito –analógico y virtual-. Asimismo, dota de contenido a un aspecto relacionado al contenido constitucional del derecho a saber, a partir de la optimización de normas constitucionales, y favorece una mayor eficacia y aplicación del derecho.

Desde esta perspectiva, para la delimitación del objeto del derecho resulta irrelevante la clase de objeto material (la grafía o el soporte), el nombre formal del documento, su carácter bruto o procesado, la autoría, la pertenencia a una serie documental (dossier o expediente), la aplicación de excepciones o las características de la base de datos.

Sin embargo, los Ministerios han rechazado solicitudes de acceso a información pública a partir de criterios restrictivos. Entender que información pública es solo la que sirve de sustento a una decisión administrativa (depositada en expediente y en soporte físico papel), o que el objeto del derecho está condicionado a la aplicación de una norma de excepción, es incompatible con el parámetro desarrollado anteriormente.

La interpretación literal del artículo 10 segundo párrafo (realizada por el MINJUS, MEF y el MVCS) o del artículo 3 numeral 1 (realizada por el MEM) del TUO de la Ley de Transparencia (para impedir en abstracto y de manera absoluta el acceso a correos electrónicos) da lugar a una comprensión del derecho que es contradictoria con principios como la dignidad, la transparencia y el Estado democrático.

Se trata de una posición que resta carácter vinculante a la Constitución (su eficacia es limitada a una materia del ámbito analógico o real –sustento de decisiones administrativas- y no alcanza el virtual)²⁵⁰, sacrifica valores constitucionales (transparencia, dignidad y Estado democrático) y supone una interpretación desfavorable a la eficacia y aplicación máxima que requiere el derecho de acceso a la información pública.

voluntariamente a la administración pública (asumir un comportamiento transparente y sujeto al escrutinio público). Sin embargo, la divulgación puede restringirse de manera proporcional (puede prevalecer el derecho a la intimidad del funcionario público).

²⁵⁰ Los correos electrónicos, de acuerdo a la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, están destinados a existir únicamente en el ámbito virtual (por un periodo corto de tiempo, ya que no reconoce la obligación de conservar la información). Se trata, por lo tanto, de información que generalmente solo existe en Internet.

3.2.2.2. El artículo 17 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia (privilegio deliberativo) como norma de excepción y no de definición del objeto del derecho

Los Ministerios estudiados también citan el artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia para definir de modo restrictivo el objeto del derecho a saber. Mientras que el MINJUS, el MEF y el MVCS explican que dicho precepto descarta a los *emails* (consejos, recomendaciones u opiniones) como ámbito de protección del derecho a saber, el MEM lo concibe como una norma que retira la calificación de información pública al correo electrónico.

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: información confidencial

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

1. La información que contenga **consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo** y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones (subrayado añadido).

En la delimitación de la norma sobre el objeto del derecho a saber, como se aprecia en el capítulo anterior, no se incluye el artículo 17 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia, el que, más bien, tiene el tratamiento de norma de excepción (supuesto de información confidencial).

De acuerdo al Tribunal Constitucional, se trata de una excepción al derecho de acceso a la información pública, que se circunscribe a documentos que expresen un juicio de valor (consejos, recomendaciones u opiniones)²⁵¹ y que se enmarcan en procesos que involucran la adopción de una decisión de gobierno²⁵²²⁵³.

²⁵¹ Sentencia dictada el 19 de octubre de 2010 recaída en el Expediente 02229-2010-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Javier Silva y otros contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Fundamento jurídico 3).

²⁵² Sentencia dictada el 16 de noviembre de 2007 recaída en el Expediente 00712-2007-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Alfredo Macchiavello contra el Contralor General de la República (Fundamento jurídico 4); sentencia dictada el 13 de mayo de 2010 recaída en el Expediente 05898-2009-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Luis Matallanes y otros contra el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo (Fundamento jurídico 9); y sentencia dictada el 6 de agosto de 2010 recaída en el Expediente 01454-2010-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Renee Rosazza contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y contra el Presidente de la Comisión Ejecutiva creada por Ley 27803 (Fundamento jurídico 6).

²⁵³ Su aplicación para obstruir la divulgación de normas que rigen el procedimiento de actuación de una entidad pública ha sido declarada inválida (fundamento jurídico 9 de la sentencia recaída en Expediente

En otras palabras, es una norma que habilita, de manera razonable y proporcional, una restricción al derecho en situaciones en que, de ser divulgada una información, se amenaza o afecta negativamente la capacidad de las instituciones de tomar decisiones de gobierno. No es un precepto que regula el plano relativo al objeto del derecho, sino su ejercicio efectivo²⁵⁴.

A modo de ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 00712-2007-HD/TC, el Tribunal Constitucional calificó esta norma como una limitación en la aplicación del derecho, la cual no era alegable en esa causa porque los documentos solicitados por un ciudadano no estaban relacionados a una decisión de gobierno, sino a un procedimiento de supervisión de legalidad en materia de ejecución presupuestal dirigido por la Contraloría de la República

5. (...) los documentos provenientes del ejercicio de tal atribución de control [la Hoja Informativa 037-2005-CCD/AI y el informe 004-2005-CG/AI] no constituyen, bajo ningún punto de vista, documentación relacionada a "decisiones de gobierno". Por tal razón **no se hallan bajo aplicación del supuesto de excepción contemplado**

05898-2009-HD/TC y fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en Expediente 04645-2009-PHD/TC). De igual manera, se ha cuestionado su aplicación para denegar el acceso al informe y conclusiones de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación del Consejo Nacional de la Magistratura en el marco de un proceso de ratificación de fiscales (fundamentos jurídicos 2 y 5 de la sentencia recaída en Expediente 03869-2006-HD/TC). Igualmente, ha declarado la vulneración al derecho por haberse denegado el acceso a información provisional de un expediente técnico de una obra pública de la Municipalidad Provincial de Piura (fundamento jurídico 9 de la sentencia recaída en Expediente 03247-2013-HD/TC), en la que manifestó que "(...) asumir que el ciudadano es incapaz de comprender que lo solicitado aún no es definitivo y que, por tal motivo, ello no le puede ser proporcionado para evitar que arribe a conclusiones erróneas, parte del equivocado prejuicio de que, a pesar de que se le entrega lo requerido con dicha salvedad, es incapaz de comprender tal situación". Se observa un retroceso en la sentencia dictada en el Expediente 04241-2010-HD/TC, en la que este tribunal respaldó la aplicación de la excepción a un acta de reunión de trabajo suscrita entre una autoridad municipal y representantes de un centro comercial, debido a que impide la exposición pública de un documento que contiene información no deliberativa (acuerdos, fecha de realización de la reunión, lugar de celebración, relación de asistentes) y, en caso hubiese recogido información sobre algún debate acontecido, no verifica a qué tipo de función pública iba dirigido. En anteriores pronunciamientos había protegido, de manera reiterada, la facultad de acceder a actas de calificación o resultado de las solicitudes presentadas por extrabajadores para inscribirse en el Registro Nacional de Trabajadores Irregularmente Cesados (fundamentos jurídicos 3 y 4 de la sentencia recaída en Expediente 01454-2010-HD/TC; fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en Expediente 01864-2010-HD/TC y fundamento jurídico 4 de la sentencia recaída en Expediente 00168-2013-HD/TC). En líneas generales, el Tribunal Constitucional ha interpretado este precepto de manera restrictiva, es decir, proveyéndole el mínimo alcance necesario. Por ello lo ha circunscrito a procesos decisorios de gobierno. Ello no quiere decir que otros procesos deliberativos queden indefensos, sino que su tutela tendrá otra base normativa.

²⁵⁴ Esta tesis sostiene que el artículo 3 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia fija una presunción jurídica en el plano de la eficacia del derecho y no en su configuración, es decir, el derecho a saber exige la entrega de información cada vez que se verifique el criterio de la posesión. Sin embargo, esta presunción de aplicabilidad se revierte cuando la invocación de una excepción resulta razonable en una causa específica. En relación al artículo 17 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia, esta tesis concuerda en que regula una limitación al derecho y no los presupuestos del mismo, por tanto, actúan sobre un plano posterior a la verificación del derecho en una situación concreta. No excluyen las deliberaciones del concepto de información pública.

por el citado artículo 17, inciso 1, de la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública (subrayado añadido)²⁵⁵.

En semejante sentido, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública en su artículo 40 inciso b numeral 3 habilita una limitación al derecho a saber: permite la restricción proporcional a la divulgación de un asunto que genera una amenaza probable, clara y específica a “(...) la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas”. Dicho instrumento destaca la carga subjetiva de la información protegida de esta excepción (opiniones, recomendaciones, consejos), al descartar su cobertura a “hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas”.

Esta causal de limitación se denomina privilegio deliberativo porque consiste en brindar a los servidores públicos un espacio ajeno al conocimiento ciudadano en el que puedan intercambiar libremente sus opiniones y valoraciones con respecto a un asunto público que requiera la adopción de una decisión de gobierno.

Tiene como fin constitucional el debido funcionamiento de las entidades públicas, debido a que permite excluir los documentos que tienen carácter previo a una decisión de gobierno y que reúnen juicios de valor u opiniones de funcionarios públicos sobre alguna materia involucrada en dicha competencia que, de ser divulgados, perjudican la calidad de las acciones o medidas que deban adoptarse (Indacochea 2015)²⁵⁶.

El Tribunal Constitucional ha recordado que, como regla general, la información sobre procesos deliberativos es de acceso ciudadano, debido a que su divulgación optimiza principios de participación (las personas expresen su opinión en el proceso

²⁵⁵ Sentencia dictada el 16 de noviembre de 2007 recaída en el Expediente 00712-2007-HD/TC, sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Alfredo Macchiavello contra la Contraloría General de la República.

²⁵⁶ De acuerdo a Indacochea, esta limitación prevista en la legislación peruana tiene como referente la Ley de Libertad de Información de Estados Unidos (Freedom of Information Act) de 1966, que estipula la excepción de privilegio deliberativo en la sección 552 literal f) (2014). De acuerdo al Departamento de Justicia de Estados Unidos, su fin legítimo consiste en proteger la calidad de las decisiones de las entidades gubernamentales, debido a que está dirigido a: i) fomentar abiertas y francas discusiones sobre asuntos relativos a la adopción de acciones o políticas entre subordinados y superiores, ii) detener la divulgación prematura de medidas deliberadas antes de que se adopten, y iii) evitar que los ciudadanos se confundan ante la divulgación de razonamientos que no sustentan una decisión final (2014: 13). En relación a los alcances de esta excepción en el derecho estadounidense, dicha entidad gubernamental, sobre la base de la jurisprudencia de cortes federales y estatales, ha señalado que no abarca la decisión propiamente formulada y los actos deliberativos posteriores de implementación o explicación de la medida, ni los documentos sobre criterios de interpretación, guías o disposiciones que utiliza una entidad, que responden a decisiones establecidas, ni los documentos que contengan hechos, salvo que lleven implícita una opinión (2014: 20, 21 & 26). Acerca de la posibilidad de mantener la restricción luego de tomada la decisión, Roca ha reseñado que la entidad requerida debe demostrar que “(...) la información sea susceptible de comprometer próximos procesos de toma de decisiones cuyas circunstancias coincidan con las que concurren en el caso en que se aplica el límite” (2017: 207).

de toma de decisión) y de predictibilidad (las personas puedan anticipar la decisión de un proceso de toma de decisión)²⁵⁷.

En consecuencia, la aplicación hecha del artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia por parte de las entidades públicas indicadas para determinar que los *emails* no están dentro del ámbito de protección del derecho a saber es errada. Se trata de una norma que regula una causal de limitación al derecho y no de un precepto sobre el contenido del concepto de información pública.

La aplicación de dicho artículo para limitar un derecho ha sido inválida porque su invocación requiere el cumplimiento de las condiciones de validez establecidas por el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales (criterios de proporcionalidad), lo cual no fue seguido por los Ministerios examinados.

En ningún momento los Ministerios estudiados demostraron en sus denegatorias que los *emails* requeridos se subsumieran en el supuesto normativo del artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia, es decir, no acreditaron que se tratara de documentos que expresaran juicios de valor (consejos, recomendaciones u opiniones), que estuvieran enmarcados en un proceso de toma de decisión de gobierno en curso. Menos aún, que existiese una amenaza cierta e inminente a su capacidad de decisión, en caso se revelaran los *emails*²⁵⁸.

En ese sentido, el argumento esgrimido por estas entidades del Poder Ejecutivo en torno al objeto del derecho es inválido a la luz del bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales. Constituyen actos que vulneran el derecho de acceso a la información pública.

3.2.3. Evaluación del artículo 6.1.7 de Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP (eliminación de *emails* almacenados en bandejas institucionales de funcionarios públicos en 30 días)

Una de las premisas presentadas por el MINJUS, el MEF y el MVCS para descartar que los correos electrónicos estén insertados en el concepto de información pública fue su ausencia en expedientes administrativos debido a que son eliminados por los titulares de las cuentas institucionales en plazos breves.

²⁵⁷ Sentencia dictada el 24 de marzo de 2010 recaída en el Expediente 04145-2009-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Zenobio Ventura y otros contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Fundamento jurídico 11; y sentencia dictada el 6 de agosto de 2010 recaída en el Expediente 01454-2020-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Renee Rosazza contra el Ministerio de Trabajo y contra el Presidente de la Comisión Ejecutiva creada por Ley 27803 (Fundamento jurídico 8).

²⁵⁸ Ello es así porque, en un Estado social y democrático de Derecho, el derecho a saber es la regla y su limitación, la excepción (debidamente sustentada).

Además de haber cuestionado la visión restrictiva del objeto de derecho, es importante observar la validez constitucional de las normas vigentes que disponen la eliminación de los *emails* de cuentas institucionales, ya que se trata de un asunto esencial para el ejercicio del derecho de acceso a correos electrónicos de cuentas institucionales: solo si se conservan tales documentos, las personas podrán tener acceso efectivo a los mismos.

Las normas invocadas fueron el artículo 6.1.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP (dictada por el INEI)²⁵⁹, el artículo 6.1.7 inciso b) de la Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG (dictada por el MVCS)²⁶⁰ y del artículo 5.4 de la Directiva Interna 001-2004-JUS/OGI (dictada por el MINJUS y reemplazada por la Directiva 097-2014-JUS/OGI, que en su artículo 6.4 mantiene una cláusula de existencia temporal de los *emails* oficiales)²⁶¹.

Tal como se estableció en el primer capítulo (apartado relativo a la obligación del Estado de conservar los documentos bajo su control), el primer párrafo del artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia²⁶² y el artículo 23 de su reglamento establecen el mandato correspondiente a las entidades estatales (en específico a sus órganos de administración o gestión de archivos) de recopilar, organizar, conservar de toda la información que posean.

Como se aseveró en esa sección, el Tribunal Constitucional ha explicado que la obligación de conservar la información bajo posesión tiene como propósito proteger su integridad (archivos que salvaguarden su contenido), seguridad (archivos

²⁵⁹ Artículo 6.1.7.- Vigencia de los mensajes

“Los mensajes tendrán una vigencia no mayor de 30 días desde la fecha de entrega o recepción de los mismos, o de acuerdo a la política establecida por la Oficina de Informática (o la que haga sus veces) de cada institución. Superada la fecha de vigencia, los mensajes deberán ser eliminados del servidor de correo”.

²⁶⁰ Artículo 6.1.7.- Vigencia de los mensajes

“(…) b. Los mensajes de la carpeta “papelera” se elimina automáticamente del servidor de correos (...) e. El manejo o administración de las demás carpetas “bandeja de entrada”, “enviados” y “borradores” queda a criterio de cada usuario, quien se hace responsable del manejo de todos sus mensajes de correo”.

²⁶¹ Artículo 6.4.- Vigencia de los mensajes

“El tiempo máximo de permanencia de los mensajes es de 30 días, contados desde la fecha de envío o recepción de los mismos. Superado el plazo máximo de vigencia, los mensajes serán eliminados automáticamente del servidor, por el administrador del servicio”.

²⁶² Artículo 21.- Conservación de la información

“Es responsabilidad del Estado **crear y mantener registros públicos de manera profesional** para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. **En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea.**

La entidad de la Administración Pública deberá remitir al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. **El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública**, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información y de acuerdo a la normatividad por la que se rige el Archivo Nacional (subrayado añadido)” (subrayado añadido).

confiables) y accesibilidad (archivos organizados de fácil acceso que permitan reproducir información en soportes solicitados)

En la misma línea, se aclaró que las Relatorías de la ONU y de la CIDH en materia de libertad de expresión han estipulado que los Estados deben conservar la información bajo su dominio en archivos o registros con el propósito de permitir que las personas puedan obtenerla.

Se trata de reconocer que el derecho de acceso a la información pública, en su dimensión de principio o valor que informa el ordenamiento jurídico, grava al Estado con obligaciones de garantía como la relativa a la conservación de información bajo su tenencia.

Este mandato, tal como lo establece el primero párrafo del artículo 21 del TUE de la Ley de Transparencia, supone, entre otras, una regla consistente en prohibir que entidades eliminen la información que poseen, labor que podrá realizar el Archivo Nacional (cuando la información carece de utilidad). De este modo, se pretende evitar que las entidades obligadas obstaculicen el derecho a saber mediante la supresión arbitraria de datos o documentación.

En consonancia con lo anterior, el segundo párrafo de dicho artículo y el artículo 24 de su reglamento han optado por un procedimiento de destrucción de información, regulado por la normativa y políticas del Sistema Nacional de Archivos, cuyo órgano rector es el Archivo General de la Nación²⁶³.

De acuerdo al artículo 5 inciso b) de la Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley 25323, publicada el 11 de junio de 1991), una de las funciones del Archivo General de la Nación es “(...) [n]ormar y racionalizar la producción administrativa y la eliminación de documentos en la Administración Pública a nivel nacional”, lo cual es reiterado en el artículo 10 inciso e) del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos.

A la luz del artículo VI de la Directiva 001-2018-AGN-DNDAAI (Resolución Jefatural 012-2018-AGN-J, emitida el 26 de enero de 2018), relativa a la eliminación de documentos de archivo de las entidades del Sector Público, los Ministerios deben solicitar la autorización expresa del Archivo General de la Nación para la destrucción de información innecesaria (sus fines legales, contables, fiscales, etc. hayan

²⁶³ Artículo 24 del Reglamento del TUE de la Ley de Transparencia.-

“La creación, organización, administración, mantenimiento y control de los archivos públicos, se rigen obligatoriamente por las normas y políticas emanadas del Sistema Nacional de Archivos”.

concluido, no constituyan sustento de derechos u obligaciones para el Estado o las personas, o no sean relevantes para algún tipo de investigación)²⁶⁴.

Como se explicó en el primer capítulo, los *emails* de las cuentas institucionales de funcionarios públicos tienen la categoría de documentos de archivo o de registro. Son documentos porque son objetos materiales que expresan o incorporan hechos, datos o actividades humanas. Son archivísticos porque contienen información producida o recibida por instituciones públicas o privadas en ejercicio de sus actividades o labores²⁶⁵.

En tanto comparten un tipo documental (el formato digital) o el mismo asunto (pueden organizarse en carpetas relativas a temas específicos), son series documentales que merecen un tratamiento adecuado en materia archivística²⁶⁶. De acuerdo a la normativa vigente del Sistema Nacional de Archivos, solo pueden ser eliminados con expresa autorización del Archivo General de la Nación.

Las disposiciones normativas de las Directivas invocadas por los Ministerios estudiados, a través de las cuales se eliminan toda clase de *emails* de bandejas institucionales en plazos 30 días (sin realizar verificación alguna de su utilidad y sin involucrar al Archivo General de la Nación)²⁶⁷, vulneran el derecho de acceso a la

²⁶⁴ El procedimiento de eliminación, de acuerdo al artículo VI numerales 6.1 y 6.3 de la Directiva 001-2018-AGN-DNDAAI, inicia con la presentación por parte de los Ministerios de una solicitud de destrucción de aquellos documentos cuyos plazos de retención hayan culminado, de acuerdo al Programa de Control de Documentos de la entidad. Esta petición es evaluada, en primer término, por la Dirección de Normas Archivísticas del Archivo General de la Nación que, de emitir informe favorable, remite el expediente a la Comisión Técnica Nacional de Archivos, a cuyo mérito se expide resolución de autorización de la eliminación. En caso exista algún Ministerio que no tenga aprobado su Programa de Control de Documentos (por el cual establece el número de años que debe conservarse sus series documentales), la solicitud debe venir acompañada, entre otros aspectos, por un informe favorable del Comité evaluador de documentos de la propia entidad (artículo VI 6.2).

²⁶⁵ La definición de documentos de archivo se recoge del artículo 5 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos: "Documento archivístico es aquel que contiene una información de cualquier fecha, forma y soporte, producido o recibido por persona natural o jurídica, institución pública o privada en el ejercicio de su actividad y cualquier otro que se genere como resultado del avance tecnológico". Esta tesis considera que no solo los documentos generados o recibidos en cumplimiento de una función pública califican como documentos de archivo, sino también aquellos producidos al margen del ejercicio de una función pública, pero que están relacionados a esta (documentos creados o recibidos por servidores públicos a través de recursos públicos, durante la jornada de trabajo). Esta postura se basa en el derecho de acceso a la información pública, que permite que la sociedad controle la actuación integral del funcionario en su cargo público.

²⁶⁶ De acuerdo a la Directiva 001-2008-AGN-DNDAAI, se entiende por serie documental: "(...) el conjunto de documentos que tienen características comunes; el mismo tipo documental o el mismo asunto y que, por consiguiente, son archivados, usados, transferidos y pueden ser eliminados como unidad". Asimismo, dicho instrumento define la eliminación de documentos como "[p]rocedimiento archivístico que consiste en la destrucción física de series documentales, autorizado expresamente por el Archivo General de la Nación".

²⁶⁷ El artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia en su segundo párrafo establece que, para eliminar un documento, debe transcurrir "(...) un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información

información pública, debido a que imposibilitan la disponibilidad de documentos que registran el ejercicio de la función pública o que reflejan el uso otorgado a un recurso público o el tiempo invertido en el mismo. Contravienen el bloque de constitucionalidad (el artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia) y los estándares internacionales (informes de las Relatorías de la ONU y CIDH en materia de libertad de expresión).

Esta tesis es consciente de que el descongestionamiento o el uso racional de recursos (como el servicio de correo electrónico) requiere la eliminación de documentos, sin embargo, tiene que realizarse en armonía con el derecho a saber, lo que exige su conservación en plazos razonables, fijados de acuerdo a la utilidad que tiene cada documento específico para los individuos (algunos, justamente por su valor, deberán ser conservados de manera permanente en archivos)²⁶⁸.

Tal como se expuso en el capítulo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer un marco normativo tuitivo del derecho a saber, lo cual implica derogar los preceptos que obstaculizan o limitan su realización. En consecuencia, las autoridades deben reemplazar estas normas por otras (que pueden ser especiales para correos electrónicos) que garanticen el acceso a *emails* de bandejas institucionales²⁶⁹.

(...)”, lo cual lleva a reflexionar si 30 días cumple con dicho requisito (teniendo en consideración que en la actualidad los ciudadanos no son comunicados de la existencia de *emails*).

²⁶⁸ Incluso, si se someten los preceptos invocados por los Ministerios a control de legalidad, se atestigua que tienen vicios de invalidez, en términos formales, debido a que fueron dictados por entidades (INEI y Ministerios) que no cuentan con competencia para regular la eliminación de documentos de archivo. Esta atribución corresponde, más bien, al Archivo General de la Nación, de acuerdo al artículo 5 inciso b) de la Ley del Sistema Nacional de Archivos. Para el momento en que se dicta la Directiva 005-2003-INEI/DTNP (31 de marzo de 2003), el INEI, de acuerdo al artículo 9 inciso c) de su Ley de Organización y Funciones (Decreto Legislativo 604), era el competente para normar la utilización de las herramientas informáticas empleadas por entidades del sector público, mas no para regular la destrucción de la información que se obtenga a través de ellas. En la actualidad, la competencia de regular del empleo de recursos tecnológicos en entidades públicas recae en la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 48 c) del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (Decreto Supremo 022-2017-PCM, publicado el 28 de febrero de 2017). El Archivo General de la Nación mantiene su función normativa relativa a la eliminación de documentos públicos.

²⁶⁹ Esta tesis considera que los correos de cuentas institucionales deben ser conservados en archivos o registros. Sin embargo, de acuerdo a su contenido, debe otorgárseles plazos de existencia distintos. Aquellos *emails* que tratan asuntos oficiales deberían ser resguardados en un plazo mayor de tiempo, a comparación de los correos ajenos a la función pública. Sin embargo, se debe advertir que ciertos *emails* extraoficiales pueden ser de mucha utilidad para optimizar los principios del derecho a saber (aquellos *emails* que permiten evaluar la idoneidad y capacidad de funcionarios en sus cargos o aquellos que el Estado debe conservar para cumplir sus obligaciones, por ejemplo, en materia del principio de proscripción de la corrupción o de derecho a la verdad). El procedimiento de eliminación de correos electrónicos debería variar conforme a la clasificación antes indicada: debería obtenerse autorización del Archivo General de la Nación para destruir *emails* de contenido oficial y extraoficial de relevancia pública, mientras que no debería solicitarse la autorización de dicho ente rector para eliminar correos de contenido privado (en ese sentido, el Archivo General de la Nación

3.3. Evaluación del argumento de los Ministerios respecto a aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas

El MINJUS, el MEF, el MVCS y el MEM sostienen, en sus respectivas respuestas denegatorias a las solicitudes planteadas, que los correos electrónicos de cuentas institucionales gozan de la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

3.3.1. Posición de los Ministerios

Sostienen que los *emails* oficiales representan un espacio de la vida privada de los funcionarios públicos porque constituyen i) un medio técnico de comunicación que se desenvuelve en condiciones de confidencialidad y porque ii) son utilizados por los funcionarios públicos para un conocimiento restringido (únicamente de los interlocutores) y no para el dominio público.

Estos dos elementos (uno técnico y otro de comportamiento), de acuerdo a estos sujetos estatales²⁷⁰, permiten considerar a los *emails* como comunicaciones privadas protegidas por el artículo 2 inciso 10 de la Constitución y, en consecuencia, no son divulgables a las personas.

En especial, el MEF y el MEM citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección a correos electrónicos laborales o corporativos bajo el amparo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (controversias suscitadas en el contexto de relaciones laborales), dando a entender que la relación ciudadano - funcionario público es un supuesto que se equipara a una relación de trabajo, en la que el primero es empleador (con poder de fiscalización laboral) y el segundo trabajador (que utiliza el correo electrónico como herramienta laboral).

Las respuestas denegatorias examinadas se limitan a citar algunos artículos del marco normativo del derecho al acceso a la información pública. Sin embargo, la decisión de aplicar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en correos electrónicos de cuentas institucionales niega toda eficacia al

debería legislar para habilitar a las entidades públicas a destruir sus *emails* de contenido extraoficial). No se debe olvidar que la sociedad de la información pone a disposición de los Estados una serie de servicios que permiten almacenar información en el ciberespacio en soportes accesibles para los ciudadanos, de modo que es factible asegurar tanto el funcionamiento del servicio de correo electrónico institucional como la conservación de los *emails*.

²⁷⁰ Con excepción del Ministerio de Energía y Minas que, en la respuesta examinada a una solicitud presentada por un ciudadano, sostuvo que los *emails* oficiales gozaban de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas por el mero hecho de contar con una infraestructura de canal cerrado.

derecho a saber, pese a que se cumplen sus presupuestos o se verifique el objeto del derecho. Se trata de una limitación absoluta y en abstracto.

Así también obvian que, en virtud del derecho a saber, los funcionarios públicos se sujetan al principio de máxima divulgación, lo que origina que sus actuaciones oficiales estén expuestas al conocimiento general. El carácter obligatorio de este derecho y de sus principios exige un comportamiento transparente del funcionario público.

3.3.1.1. Ministerio de Economía y Finanzas

El MEF explica que los correos electrónicos están protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, dado que están dentro de su objeto de protección, al reunir sus dos elementos: i) canal de comunicación cerrado, orientado a excluir cualquier conocimiento externo no deseado, y ii) utilización que realiza el usuario a favor de la confidencialidad.

4.6.10. "(...) para que un proceso comunicativo se encuentre protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, no es suficiente con que dicha comunicación se haya realizado a través de un medio físico o técnico, sino que es preciso, que **dicho medio haya sido utilizado** con el objeto de efectuar una **comunicación destinada a una persona en particular o un grupo cerrado de participantes** y que, adicionalmente a ello, **se realice por medios que objetivamente hagan asumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos dos elementos son los que configuran una "expectativa de secreto o confidencialidad"** en la comunicación, como concepto clave para delimitar cuándo nos encontramos ante una "comunicación privada" protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones.

4.6.11. En virtud a estos conceptos, esta Oficina General no tiene duda que el correo electrónico como herramienta de comunicación, es un mecanismo tecnológico amparado por el secreto (libertad) de las comunicaciones protegido por la Constitución (subrayado añadido)²⁷¹.

Con estas afirmaciones, el Ministerio toma como base principal el fundamento jurídico 9 del voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC (párrafo 4.6.10), decisión en la cual dicho juez sostuvo que los correos electrónicos corporativos de la demandante (trabajadora despedida) estaban protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en tanto el

²⁷¹ El párrafo 4.6.10 citado es la transcripción literal del fundamento jurídico 9 in fine del voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC. A decir verdad, correspondía que el Ministerio de Economía y Finanzas citara correctamente el referido razonamiento, atribuyendo su autoría al juez constitucional, y no como propio.

empleador no explicitó, por escrito y de manera previa, que dicho recurso tecnológico tuviera un uso exclusivamente laboral y que estuviese sujeto a controles para verificar su uso adecuado.

Asimismo, el MEF acude al fundamento 5 del voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez emitido en la anterior causa (párrafo 4.6.4), en el cual dicho juez sostuvo que los *emails* laborales constituyen un ámbito de la vida privada de los trabajadores titulares de las cuentas (proporcionadas por el empleador), debido a que se trata de una comunicación en soporte técnico de canal cerrado, al cual solo se puede acceder mediante autorización motivada de un juez²⁷².

Esta entidad construye su posición al margen del derecho de acceso a la información pública. Si bien es cierto realiza una revisión de los antecedentes históricos del derecho y discute el concepto de información pública, no reconoce su eficacia en el servicio institucional de los correos electrónicos, a pesar de que el problema jurídico que resuelve presupone una relación entre ciudadanos y el Estado.

Por último, esta entidad analiza la naturaleza, contenido y límites del derecho al secreto de las comunicaciones privadas: una manifestación autónoma del derecho a la intimidad (párrafo 4.6.7), que tiene carácter formal, debido a que se protege la comunicación sin importar su contenido (párrafo 4.6.8), una facultad reconocida a los interlocutores de una comunicación para rechazar cualquier intromisión no consentida (párrafo 4.6.3), que solo puede ser limitada a través de autorización judicial, conforme a las garantías establecidas en preceptos legales (párrafo 4.6.4).

3.3.1.2. Ministerio de Energía y Minas

Según el MEM, los *emails* de cuentas oficiales están amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, dado que son una forma de transmisión de mensajes a través de un soporte técnico. No obstante, no verifica las condiciones en que el funcionario público utiliza ese artificio.

Para el fundamento de su decisión, se adhiere plenamente al fundamento 5 del voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC, en el cual dicho

²⁷² Este voto concurrente tiene deficiencias argumentativas puesto que no establece ni fundamenta las premisas de las cuales se deduzca la conclusión de que los correos electrónicos pertenecen al ámbito de la vida privada del usuario. Se limita a manifestar su posición en favor de la inviolabilidad de las comunicaciones –a modo de afirmación categórica-, para lo cual solo describe las conclusiones de tribunales internacionales de derechos humanos, pero no identifica las razones por las cuales el email configura precisamente un espacio de privacidad, es decir, no responde qué elementos presenta esta herramienta para que su usuario pueda tener una expectativa de privacidad fundada.

magistrado sostuvo que el *email* laboral es un medio técnico de comunicación y, en consecuencia, pertenece a la esfera de la vida privada del trabajador.

En ese sentido, el Ministerio sostiene que 4. “(...) [e]n buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de determinado medio o soporte técnico”²⁷³.

En su denegatoria, el MEM no demuestra que el comportamiento de los funcionarios públicos (en la utilización de esta herramienta) tienda hacia la confidencialidad o el secreto (que, para esta tesis, es el otro elemento, adicional al de comunicación cerrada, que se requiere para que una comunicación esté protegida bajo el derecho al secreto e inviolabilidad).

Ello ocurre más adelante: en la contestación de la demanda que se interpone contra el Ministerio por rechazar arbitrariamente la solicitud: en dicho escrito su Procurador sostiene, en relación al uso, que los *emails* institucionales cuentan con elementos de autodeterminación personal que permiten al titular de la cuenta optar por la confidencialidad.

A modo de respaldo de su afirmación, el Procurador acude al fundamento jurídico 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC, en la cual dicho órgano jurisdiccional sostuvo que los correos electrónicos laborales del trabajador son facilidades técnicas que cuentan con elementos de autodeterminación personal y, en consecuencia, están protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas²⁷⁴, ante los cuales el empleador solo puede acceder mediante autorización judicial y con las garantías previstas en la ley.

Al igual que el MEF, esta entidad emplea las consideraciones de un voto concurrente y de una sentencia del Tribunal Constitucional, emitidas respecto a las limitaciones de la función de control del empleador ejercida en correos electrónicos de trabajadores (relación laboral), para trasladarlas a la relación ciudadano-Estado.

El MEM no valora los efectos del derecho a saber y de sus principios en la resolución de la solicitud de acceso a la información pública presentada, a pesar de que ello resulta importante para detallar cuál es el comportamiento asumido por los

²⁷³ Este párrafo de la respuesta del MEM es idéntico al fundamento jurídico 5 del voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez en la referida sentencia.

²⁷⁴ Contestación de la demanda por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas el 12 de diciembre de 2014 en el Expediente 36677-2014-0-1801-JR-CI-5 (foja 110).

funcionarios públicos en la utilización del servicio institucional de correo electrónico (más allá de que se trate de una comunicación cerrada).

Por último, de conformidad con los fundamentos del citado voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez, esta dependencia identifica que el objeto del derecho al secreto de las comunicaciones comprende los mensajes transmitidos, los documentos en que se materializan, así como los datos referidos a la comunicación. Los titulares de este derecho, fundamentado en la vida privada, tienen la facultad para rechazar cualquier intromisión (párrafo 4).

3.3.1.3. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

El MINJUS considera que los *emails* institucionales pertenecen al ámbito de vida privada de los funcionarios públicos a cargo de sus respectivas cuentas, en tanto constituyen un soporte técnico de canal cerrado (solo el emisor y el destinatario conocen el contenido del mensaje transmitido) y existe un comportamiento intencional de los referidos empleados en mantener la comunicación bajo confidencialidad.

41. **Tal secreto** [de las comunicaciones] no **está determinado** por el contenido de lo comunicado (que puede ser público o privado), sino **por la intencionalidad de direccionar dicho contenido a un sujeto o sujetos determinados**. Es esa expectativa de confidencialidad, **en razón del medio utilizado**, la que protege el secreto de lo comunicado, con prescindencia plena del análisis cualitativo del contenido de lo que se comunica.

42. Por ello es un error asumir que cuando un funcionario público ejerce su derecho a la comunicación a través de un correo electrónico, su contenido se presume de acceso público en virtud de que existe la obligación de utilizar dicho medio de comunicación para funciones oficiales. Lo que dota de la calidad de secreta, privada o confidencial a dicha comunicación no es su contenido ni la condición funcional de quien la emite o recepta, sino el propósito que dimana del medio usado para transmitirla, el cual, por ser un correo tiene un destinatario o destinatarios específicos (subrayado añadido).

A diferencia del MEF y del MEM esta entidad gubernamental no aplica a la relación ciudadano-Estado los razonamientos empleados el Tribunal Constitucional sobre los límites del poder de fiscalización del empleador en correos electrónicos laborales utilizados por sus trabajadores (en el marco de relaciones de trabajo).

Si bien es cierto esta institución hace referencia a la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, a su doble dimensión, a su carácter instrumental y al principio democrático (párrafos 3 al 8), no desarrolla los alcances del principio de transparencia o de máxima divulgación, determinantes para

entender cuáles son los compromisos asumidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus labores oficiales (por ejemplo, en la utilización de recursos institucionales como el correo electrónico)

Esta institución recuerda que el derecho al secreto a las comunicaciones está reconocido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución (párrafo 35). Además, señala que tiene fundamento en el derecho a la vida privada –las comunicaciones como un ámbito en que el interlocutor no desea intromisiones externas- (párrafo 36) y conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad –en tanto permite la interacción con otras personas- (párrafo 37).

Asimismo, sostiene que se trata de un derecho de carácter formal, en el sentido que protege la comunicación independientemente de su contenido –ya sea que verse sobre funciones públicas o sobre asuntos íntimos del emisor o receptor- (párrafo 39); y que solo puede ser limitado mediante mandato motivado del juez, en cumplimiento de las garantías establecidas en las leyes (párrafo 35). Por último, advierte que permitir el acceso ciudadano a los *emails* constituye un acto de interceptación (párrafo 45).

3.2.1.4. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

Por su parte, el MVCS manifiesta que los correos electrónicos institucionales se encuentran amparados bajo el derecho al secreto de las comunicaciones privadas porque permiten una transmisión de mensajes destinada solo al conocimiento de los interlocutores y porque los funcionarios actúan impidiendo que se conozcan.

2.12. (...) el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, con el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella **comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico**.

Así, el correo electrónico es una forma de comunicación que, al igual que se encuentra protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

2.13. (...) **tal secreto no está determinado por el contenido de lo comunicado** (que puede ser público o privado), **sino por la intencionalidad de direccionar dicho contenido a un sujeto o sujetos determinados**. Es esa expectativa de confidencialidad, **en razón del medio utilizado**, la que protege el secreto de lo

comunicado, con prescindencia plena del análisis cualitativo del contenido de lo que se comunica (subrayado añadido)²⁷⁵.

Con el propósito de reafirmar que los *emails* institucionales pertenecen al ámbito de la vida privada de los funcionarios públicos, el MVCS cita artículos de su Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG (que regula el uso de las cuentas institucionales de correos electrónicos en la entidad), los cuales disponen que los servidores públicos tienen completa responsabilidad sobre el mantenimiento de su bandeja, se encargan de eliminar los *emails*, utilizan de manera individual la cuenta, cuentan con discrecionalidad para conservar los *emails* en carpetas personales, etc. (artículos 5.6, 6.1.2 b., 6.1.2 c., 6.1.7 e.)²⁷⁶.

Al igual que el MINJUS, esta agencia estatal no recurre a las consideraciones del Tribunal Constitucional emitidas sobre las limitaciones del poder de control del empleador en correos electrónicos laborales de trabajadores (en controversias suscitadas en una relación laboral), con el propósito de fundamentar su denegatoria a la solicitud de acceso a correos electrónicos presentada por ciudadano)²⁷⁷.

Esta institución construye su posición desconociendo los alcances del derecho al servicio de correo electrónico institucional. A pesar de que cita algunas disposiciones normativas del TUO de la Ley de Transparencia, como el artículo 10, que explicita la obligación de entregar información en cualquier soporte bajo tenencia de las entidades públicas, no examina si dichos preceptos tienen alguna incidencia en la determinación del *email* oficial como objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones privadas.

Por último, este ente público aborda el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones privadas, que consiste en proveer protección a los participantes de una comunicación, materializada en facultades de rechazo a cualquier intromisión (párrafo 2.11). Manifiesta que se trata de un derecho formal, es decir, que los

²⁷⁵ Como se aprecia, el párrafo 2.12 de la respuesta del MVCS es idéntico al párrafo 41 de la respuesta del MINJUS, lo que demuestra una coordinación entre Ministerios para presentar una posición coherente (de rechazo a correos electrónicos de las cuentas institucionales de su personal).

²⁷⁶ De este modo da a entender que los funcionarios públicos emplean las características técnicas de las cuentas de email institucional para incorporar todas las actividades que realicen en dicha herramienta a su esfera de vida privada.

²⁷⁷ En la parte considerativa de su resolución denegatoria, el MVCS recoge las consideraciones de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2863-2002-AA/TC, que versa sobre la recepción ilegítima de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) de las comunicaciones privadas de un ciudadano. El razonamiento citado por el MVCS trata acerca del carácter formal del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y es utilizado por dicho Ministerio para sustentar que es irrelevante el contenido de la comunicación a efectos de otorgarle protección.

asuntos comunicados por los interlocutores no determinan el objeto de la tutela (párrafo 2.13).

3.3.1.5. Síntesis

En sus decisiones denegatorias, estas entidades del Poder Ejecutivo colocan al correo electrónico institucional bajo el amparo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, debido a que, desde su perspectiva, se subsumen en el objeto del derecho: la comunicación privada, que tiene dos elementos: i) comunicación propiciada por medio técnico de canal cerrado y ii) la utilización de estas herramientas por parte de los funcionarios públicos que revela un comportamiento favorable a la confidencialidad de la comunicación (no desean revelar su contenido).

Para sustentar esta posición, el MEF y el MEM equiparan las reglas de acceso ciudadano a información de funcionarios públicos (en sus cuentas institucionales de correo, en virtud del derecho de acceso a la información pública) con las reglas de acceso del empleador a información de sus trabajadores (en sus cuentas laborales de correo, en virtud de su poder de dirección, enmarcado en una relación laboral). De esta manera, buscan dar cobertura a su posición bajo sentencias del Tribunal Constitucional (dictadas sobre lo segundo).

En sus respuestas denegatorias las cuatro instituciones obviaron el análisis de los efectos del derecho a saber y de sus fundamentos, en especial, del principio de transparencia, en el comportamiento que deben asumir los funcionarios públicos en su desempeño en la gestión pública

3.3.2. El tratamiento del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el sistema jurídico peruano

A continuación, se revisa el tratamiento del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas a la luz del bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales, parámetro que, interpretado armónicamente con el derecho de acceso a la información pública, permite evaluar la validez de las respuestas denegatorias de los Ministerios en el extremo relativo al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

3.3.2.1. Definición

El sistema jurídico peruano reconoce este derecho fundamental en el artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política; desarrolla los alcances de este precepto en la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones

y documentos privados en caso excepcional (Ley 27697, publicada el 12 de abril de 2002); así como implementa su protección en diversos artículos del Código Penal²⁷⁸ y Código Procesal Penal²⁷⁹. Este derecho debe ser interpretado de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Asimismo, los artículos 11 numeral 2 de la CADH y 17 del PIDCP, al igual que los artículos 12 de la DUDH y X de la DADDH, forman parte del sistema de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Se incorpora la jurisprudencia de la Corte IDH²⁸⁰ y las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos.

Ante todo, es importante advertir que el artículo 2 inciso 10 de la Constitución peruana protege dos objetos materiales distintos: por un lado, la comunicación privada y, por el otro, el documento privado (Eguiguren y otros 2010: 394; con respecto a la Constitución española, López Barajas 2011: 63-64)²⁸¹.

Mientras que la comunicación privada como objeto de protección exige que terceros no se entrometan en procesos comunicativos sostenidos por los interlocutores (en canal cerrado y en condiciones de utilización desfavorables a la divulgación), el documento privado como objeto de protección impide que sujetos accedan a objetos que contengan hechos o datos en cualquier soporte (documentos), que estén bajo control de los titulares del derecho.

²⁷⁸ Las normas sustantivas penales consideran como delitos a una serie de conductas vulneratorias a este derecho: los artículos 161, 162, 162-B, 163 y 164 del Código Penal, así como a actos que promueven intromisiones al proceso comunicativo protegido: artículo 162-A.

²⁷⁹ Las normas procesales penales establecen el procedimiento de intervención de las comunicaciones y de los documentos privados, en cumplimiento de las garantías que caracterizan a este derecho: principio de reserva legal, mandato judicial motivado (detallando los alcances de la medida: plazo, identificación de sujeto y del medio de comunicación intervenidos, indicios que recaen en el imputado, etc), principio de proporcionalidad, contemplados en los artículos 226 al 234 del nuevo Código Penal. Asimismo, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas de modo directo o indirecto mediante la vulneración del contenido esencial de este derecho, según se desprende del numeral 2 del artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, proposición que sanciona el acto vulneratorio.

²⁸⁰ Este órgano contencioso ha destacado que el artículo 11 numeral 2 protege el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas puesto que constituye un ámbito de privacidad de las personas: “114. (...) El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla” (Sentencia dictada el 6 de julio de 2009 en el caso *Escher y otros vs. Brasil*. Serie C No. 200).

²⁸¹ De acuerdo a Eguiguren y otros, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados es un solo derecho que protege la confidencialidad de dos ámbitos donde la persona desarrolla sus actividades en condiciones de privacidad o no visibilidad (por ello el término ‘privados’ del precepto constitucional): la emisión y recepción de mensajes (comunicación) y los documentos (escritos en cualquier soporte), de los que el titular de estas posiciones iusfundamentales quiere mantener un control sobre quién participa o puede acceder a ellos (2010: 394-395)

Se advierte que, mientras el primero protege la libertad de las comunicaciones, que implica un proceso orientado a producir una interacción social (consistente en la emisión de un mensaje a un destinatario)²⁸², el segundo, en cambio, tutela la situación confidencial de un objeto (un documento que puede contener la comunicación concluida) (Eguiguren y otros 2010: 394-395)²⁸³.

La reunión de ambas situaciones en el artículo 2 numeral 10 de la Constitución permite que una comunicación pueda resultar exitosa, en tanto, por un lado, se asegura la transmisión del mensaje y, por el otro, se ampara el resguardo del registro que resulta de ese acto interaccional, a manos de su poseedor.

Se observa que las facultades protegidas por este derecho son la de rechazar o repeler una serie de conductas orientadas a entorpecer, interrumpir o entrometer ya sea un proceso comunicativo o el resguardo de un objeto en condiciones de confidencialidad. De acuerdo al Tribunal Constitucional peruano, este bien legítimo dispone que

29. (...) toda persona tiene derecho a que su **comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos**, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, **no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y**

²⁸² Siguiendo al artículo 2 numeral 1 de la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, se comprende por comunicación: “(...) a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de este, por cualquier medio”.

²⁸³ La doctrina española ha apostado por concebir una distinción en la protección que merecen, por un lado, las comunicaciones privadas y, por el otro, los documentos privados. López Barajas sostiene que el secreto de las comunicaciones (reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución española) tiene como ámbito de protección el proceso de envío y recepción de mensajes –hecho temporal-, mientras que los documentos privados que no participan en un proceso de comunicación en marcha, gozan de protección en virtud de otro bien constitucional: “La comunicación debe entenderse como un proceso de transmisión de mensajes que se desarrolla en un lapso de tiempo determinado durante el cual se produce la protección específica por el 18.3 de la Constitución Española. Una vez concluido dicho proceso, la información transmitida sale del ámbito de protección del secreto de las comunicaciones, lo cual no significa que lo comunicado no sea susceptible de tutela, pero lo será por un título diferente” (2011: 63-64). El referido precepto de la Constitución española, a diferencia del artículo 2 numeral 10 de la Constitución peruana, solo alude a comunicaciones y no a documentos privados. “(..) el Tribunal Constitucional [español] ha reconocido que siendo cierto que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al propio proceso de comunicación, una vez finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la tutela constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de normas que regulan la intimidad u otros derechos como, por ejemplo, la propiedad [o la intimidad]” (López Barajas 2011: 64). A modo de ejemplo, la jurista recuerda una causa resuelta por el Tribunal Constitucional [STC 70/2002], que no proporcionó protección a las comunicaciones telefónicas de una persona porque el celular intervenido no estaba cumpliendo alguna función de transmisión de mensajes, sino tenía la condición de agenda o memoria de mensajes ya transmitidos (López Barajas 2011: 64-65). Esta tesis considera que el artículo 2 numeral 10 de la Constitución peruana contempla un solo derecho que cubre dentro de su ámbito de protección a dos objetos distintos, por su grado de relación (ambos garantizan el éxito de una comunicación) y su similitud de fundamentos (ámbitos de la vida de las personas).

con las garantías previstas en la ley puntualizando que los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal²⁸⁴ (subrayado añadido).

Estos atributos pueden clasificarse en los que permiten la inviolabilidad (el proceso de comunicación se desarrolle sin alteraciones) y los que aseguran el secreto (el contenido de la comunicación o el documento generado solo sea conocido por los interlocutores o poseedores) (Eguiguren y otros 2010: 394 & 402).

De este modo, los interlocutores pueden tener seguridad de que podrán satisfacer una necesidad humana (la comunicación) de manera plena: no solo la emisión y recepción de un mensaje se realiza en condiciones de secreto e inviolabilidad, sino que el contenido de lo transmitido se mantiene bajo confidencialidad incluso luego de que termine la comunicación propiamente dicha²⁸⁵.

A nivel de estándares internacionales, existen normas convencionales y consuetudinarias, jurisprudencia, recomendaciones, resoluciones y declaraciones dictadas por órganos de los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos que reconocen, bajo el derecho a la vida privada, la facultad de las personas de proteger la impenetrabilidad y la confidencialidad de sus comunicaciones.

De acuerdo al artículo 17 numeral 1 del PIDCP (inspirado en el artículo 12 de la DUDH), “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida **privada**, su familia, su domicilio o su **correspondencia**, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (subrayado añadido).

En relación al artículo 17 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos en su Observación No. 16 ha señalado que

El cumplimiento del artículo 17 exige que **la integridad y el carácter confidencial** de la correspondencia **estén protegidos de jure y de facto**. La correspondencia debe ser entregada al destinatario **sin ser interceptada ni abierta o leída de otro**

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 28 de septiembre de 2009 en el Expediente 03901-2007-PA/TC sobre el recurso de amparo interpuesto por doña Victoria Contreras contra el Comandante General del Ejército del Perú.

²⁸⁵ Esta investigación entiende que la conservación del mensaje transmitido no constituye una etapa del proceso de comunicación, oponiéndose a la reflexión del magistrado Eto Cruz en el fundamento 10 inciso b) de su voto concurrente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC. La posición que respalda la presente tesis se debe a que la comunicación es una acción que consiste en la transmisión de información significativa proveniente de un emisor y dirigida a un receptor, es decir, es una conducta orientada a la interacción (Warat 1976: 19-20). El resguardo de documentos (como los que puedan contener el mensaje comunicado), en cambio, es una conducta que tiene por objetivo permitir el control de documentos de cualquier tipo de publicidad no deseada, por lo que no integra propiamente el proceso comunicativo.

modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones (1988: párrafo 8) (subrayado añadido).

Asimismo, el artículo 11 numeral 2 de la CADH estipula que “[n]adie puede ser **objeto de injerencias arbitrarias** en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o **en su correspondencia**, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (subrayado añadido). Por su parte, el artículo X de la DADDH establece que “[t]oda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

En relación al artículo 11 de la CADH, la Corte IDH ha establecido en el caso *Escher y otros vs. Brasil* que el derecho a la vida privada no solo protege la correspondencia sino también otros tipos de comunicación:

114. (...) aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una **forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada**. (...) En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores **no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, (...) propios del proceso de comunicación**²⁸⁶ (subrayado añadido).

A propósito del avance de las tecnologías digitales, las relatorías de la ONU y CIDH en materia de libertad de expresión, en su Declaración Conjunta de 2013-2, han destacado que el derecho a la vida privada protege también las comunicaciones privadas realizadas en el ciberespacio, permitiendo a sus titulares rechazar interceptaciones o intervenciones ilegítimas promovidas por agentes estatales para recabar información personal (párr. 3-10).

Como se indicó en el primer capítulo, las comunicaciones privadas realizadas en el Internet se encuentran amenazadas por la existencia de programas de vigilancia o seguimiento estatales que permiten captar o monitorear la transmisión de mensajes a través de la Red. Al respecto, la Asamblea General de la ONU ha afirmado que

²⁸⁶ Sentencia dictada el 6 de julio de 2009 en el caso *Escher y otros vs. Brasil*. Serie C No. 200. En dicho proceso, la Corte IDH halló responsable internacionalmente al Estado de Brasil por vulnerar el derecho a la vida privada de personas integrantes de dos organizaciones sociales, cuyas comunicaciones telefónicas fueron interceptadas y su contenido fue revelado a medios de comunicación por la Policía Militar de dicho Estado. Según la Corte IDH, los agentes estatales no cumplieron las garantías establecidas en la legislación brasileña (compatible con la CADH) para intervenir legítimamente las comunicaciones privadas o para difundir información sujeta al deber de reserva (preservación del secreto de las diligencias). En su voto concurrente el Magistrado Sergio García Ramírez explicó que la comunicación constituye un ámbito donde solo gobierna el individuo, en el que reflexiona sobre los diversos aspectos de su vida (protegida por el derecho a la vida privada).

“3. (...) los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad”²⁸⁷.

Como todo bien constitucional, este derecho puede ser restringido siempre que ello suponga una decisión razonable y proporcional (se verifique el cumplimiento de una serie de condiciones de legitimidad: previsión legal, principio de reserva jurisdiccional y principio de proporcionalidad).

En consecuencia, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (manifestación del derecho a la vida privada) concede a las personas una serie de atributos para rechazar intromisiones arbitrarias al proceso de transmisión de mensajes (orientadas a obstaculizar su desarrollo o a revelar su contenido), de modo que éste se realice correctamente, en condiciones de confidencialidad.

3.3.2.2. Fundamentos

Este derecho se encuentra sustentado en principios constitucionales que sostienen el Estado social y democrático de Derecho, tales como el de dignidad y la vida privada. Estos valores fundamentales permiten entender los alcances y el sentido de este derecho.

3.3.2.2.1. Dignidad

Tal como se afirmó en el segundo capítulo, al momento de examinar los fundamentos del derecho de acceso a la información pública, la dignidad es un valor que rige la organización, el funcionamiento y actividades del Estado, así como la vida en sociedad.

Este principio goza de una doble dimensión: positiva y negativa. La primera reconoce a toda persona natural la capacidad de tomar decisiones autónomas y libres, conformes a su proyecto de vida, que son necesarias para el desarrollo de su personalidad. La segunda prohíbe cualquier práctica o conducta que menoscabe el goce o ejercicio de derechos de manera arbitraria e injustificada.

La dignidad se encuentra presente en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas porque, desde una mirada positiva –donde se optimiza la libertad–, permite que los sujetos puedan entablar diálogos a distancia por medio de algún artefacto técnico sin ningún tipo de interferencia²⁸⁸.

²⁸⁷ Resolución 68/167 (A/RES/68/167) de 18 de diciembre de 2013 de la Asamblea General de la ONU. El derecho a la privacidad en la era digital.

²⁸⁸ El magistrado Eto Cruz en el voto concurrente que emitió en la sentencia del Tribunal Constitucional, dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por

La comunicación, en particular, es un aspecto esencial en el desarrollo de las personas, puesto que “(...) partiendo del principio que el ser humano es fundamentalmente un ser social, donde existir es coexistir, se evidencia la necesidad vital de la comunicación entre los seres humanos” (Morales Godo 2002: 112)²⁸⁹.

En coherencia con lo anterior, López Baraja ha resaltado que el derecho al secreto de las comunicaciones privadas “(...) persigue asegurar el derecho a transmitir libremente el propio pensamiento y hacerlo llegar sin interferencias a quien, también libremente, se elija como destinatario” (2011: 31).

En la misma línea, Díaz ha sostenido que “(...) se trata, por tanto, de la posibilidad de que las personas se comuniquen libremente entre sí a través de cualquier medio sin temor a interceptaciones externas, ni por terceros ni por los poderes públicos, que puedan afectar el proceso comunicativo, el contenido de la comunicación o su soporte” (2006: 172-173).

La dignidad en sentido negativo se expresa en este derecho cuando proscribiera cualquier conducta, tanto del Estado como de los particulares, orientada a quebrantar el proceso de comunicación o develar su contenido de manera arbitraria, contraviniendo la voluntad de los interlocutores y las condiciones técnicas favorables a la confidencialidad.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, entonces, se sostiene en el principio de dignidad, puesto que, al asegurar la transmisión exitosa de un mensaje, permite que las personas (los interlocutores) interactúen y compartan sus ideas o pensamientos conforme a su proyecto de vida.

3.3.2.2.2. Derecho a la vida privada

Se trata de un bien constitucional que ampara un ámbito personal, desconocido por la sociedad, en el cual las personas desarrollan una serie de actividades sociales e individuales o en el que conservan información que desean mantener bajo

doña María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios SA., sostuvo que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas “10. b (...) busca proteger (...) la libertad del proceso comunicativo en su conjunto (...)”, revelando la presencia de la libertad en la referida garantía.

²⁸⁹ Conforme ha referido la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-1014/02 (citado por el magistrado Álvarez Miranda en el fundamento jurídico 9 de su voto singular en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03599-2010-PA), este derecho: “(...) ha tenido asiento directo en la Constitución por cuanto los seres humanos, a través del lenguaje en sus distintas modalidades, entran en contacto con sus semejantes, hacen conocer de ellos lo que piensan, expresan sus afectos, sus animadversiones, aun sus intenciones más recónditas, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas, reciben informaciones personales, a veces íntimas o que, con razón atendible o sin ella, por su propia determinación no quieren compartir con otros”.

confidencialidad. Este espacio contribuye al libre desarrollo de la personalidad (en el supuesto que el titular sea una persona natural) o la realización de un objeto social (en el caso que el titular sea una persona jurídica).

En relación a su definición, el Tribunal Constitucional ha señalado que

38. (...) se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la **capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad**. Por ende, se considera que está constituida por los **datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad** que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño²⁹⁰ (subrayado añadido).

Así también dicho órgano de control constitucional ha referido que

7. (...) su razón de ser (...) es (...) la necesidad de proveer a la persona de un ámbito o **espacio de privacidad donde pueda desenvolverse con tranquilidad y libertad todo el conjunto de relaciones personales y sociales que desee, sin injerencias** o intromisiones de terceros o del Estado²⁹¹ (subrayado añadido).

Desde el punto de vista del objeto del derecho, se puede advertir la existencia de dos elementos constitutivos: i) un ámbito que permite el desarrollo de la personalidad de los individuos en condiciones de confidencialidad y que permite a las personas excluir cualquier acceso externo; ii) la decisión de los sujetos de insertar dicho ámbito a su esfera privada.

El Tribunal Constitucional ha analizado ambos elementos para examinar si determinadas actividades o datos de las personas pertenecen a su vida privada. Con respecto al primer elemento, dicho órgano jurisdiccional ha señalado que este derecho supone la existencia de un ambiente cuyo conocimiento se limita al propio

²⁹⁰ Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 por el Tribunal Constitucional en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas gozan de este derecho en sus sentencias recaídas en los Expedientes 0009-2007-AI/TC y 00010-2007-AI/TC (acumulados) y en 1219-2003-HD/TC. Este desarrollo es coherente con su posición en torno a la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas morales, expuesta en su sentencia en el Expediente 4972-2006-PA/TC.

²⁹¹ Voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC.

individuo o a un grupo reducido de allegados, ajeno al conocimiento general²⁹². Este ámbito puede constatarse en espacios cerrados o abiertos al público²⁹³.

En relación al segundo elemento, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que el titular del derecho determina, de acuerdo a sus propias creencias, el contenido de su esfera privada: qué información sobre su persona se salvaguarda en dicho ámbito, salvo que concurra la aplicación de otro bien constitucional que suponga su divulgación²⁹⁴.

Bajo esta lógica, es posible que un aspecto personal ajeno al conocimiento general deba ser difundido al público porque un derecho o principio fundamental lo exija así de manera proporcional o porque el propio titular haya consentido su divulgación o haya asumido un comportamiento favorable a ello (casos en que ciertos datos o información no integran su vida privada). Tal como Fernández ha explicado:

(...) la variabilidad de su ámbito de protección [del derecho a la vida privada] (...) depende del comportamiento de la persona. La propia conducta puede hacer que ciertos hechos salgan a la luz pública, bien por decisión del propio sujeto o bien por su interés informativo. La participación en determinadas actividades públicas puede privar de legitimidad a su titular para reclamar contra su utilización sin permiso por

²⁹² El Tribunal Constitucional ha señalado que el ámbito que protege el derecho a la vida privada se caracteriza por su confidencialidad. En ese sentido, ha considerado que se trata de “38. (...) aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella (...) [que permite que] (...) datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad “(...) est[é]n reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas (...)” (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).

²⁹³ El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la vida privada se ejerce en espacios físicos al que solo tienen acceso los titulares del derecho (como domicilios o lugares habitados de manera continua o esporádica) así como en ambientes abiertos al público (Sentencia dictada el 9 de agosto de 2006 en el Expediente 0003-2005-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos representados por don Walter Humala contra una serie de normas de los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. Fundamento jurídico 345 & 356). Esta tesis considera que los espacios protegidos por el derecho a la vida privada son aquellos que, contando con infraestructura, características técnicas o no, permiten que ciertos actos o datos de una persona sean de su conocimiento exclusivo o de un grupo limitado de personas.

²⁹⁴ De manera literal, ha expuesto que “11. (...) por lo general, corresponde al titular de la información decidir si determinados aspectos que le conciernen pueden o no ser conocidos por terceros. Sobre este punto, es indiscutible que el titular goza de un amplio margen de decisión en cuanto a los datos que desee propagar, salvo que confluya algún otro derecho o interés legítimo que exija la presentación de los mismos” (Sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 en el Expediente 00009-2014-PI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 5 de la Ley 29720). Según la Corte IDH, una manera de advertir si determinados datos o hechos conforman la vida privada de una persona es evaluar su comportamiento en relación a dicha información: si ha contribuido con su suministro a medios de comunicación o si no se ha opuesto a su divulgación reiterada, entonces no puede invocar tutela bajo el derecho a la vida privada (Sentencia dictada el 29 de noviembre de 2011 en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Serie C No. 238, párr. 63-69).

otras personas. Esto no quiere decir que estas personas queden sin protección frente a ataques a su propia imagen o intimidad, sino que han de soportar un margen mucho más amplio de actividad en su esfera privada q el resto de los ciudadanos (1998: 118).

Los dos presupuestos del derecho a la vida privada se encuentran presentes en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, dado que la clase de comunicaciones protegidas constituyen una esfera ajena al conocimiento general que sus titulares han considerado como integrante de su vida privada. En este bien específico, la confidencialidad del espacio privado se consigue en virtud de las características técnicas del medio de comunicación empleado, que permite que sus titulares puedan tener un ámbito libre de injerencias externas.

Asimismo, el derecho a la vida privada tiene una doble dimensión: una negativa porque reconoce facultades tanto para excluir cualquier intromisión ilegítima a ese espacio personal como para impedir la difusión de los contenidos atinentes a dicha área; y una positiva, que dota a la persona de una capacidad de control o manejo sobre esa faceta de su vida: quién ingresa, qué aspecto específico puede conocer, bajo qué fin puede acceder, etc.²⁹⁵.

Landa, en relación al derecho a la intimidad (manifestación del derecho a la vida privada), ha resaltado ambas dimensiones:

- a) La posibilidad de **excluir del conocimiento de terceros aquellos actos, hechos o ámbitos reservados a nuestra propia persona**, en los cuales –estando solos o con nuestro entorno más cercano- desarrollamos libremente nuestra personalidad
- b) La posibilidad de **controlar qué aspectos de nuestra privacidad o intimidad pueden ser objeto de conocimiento por parte de los demás, así como la forma en que la misma es expuesta** y los límites de dicha exposición, ya que en tanto titulares del derecho, somos los autorizados a establecer qué se difunde o hace de conocimiento de terceros y qué no (2017: 89) (subrayado añadido).

Este aspecto del derecho a la vida privada se verifica en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ya que, desde la perspectiva negativa, reconoce atributos subjetivos que protegen a las personas de cualquier intervención externa (apertura, interceptación o intervenciones) de las

²⁹⁵ Como ha explicado dicho órgano colegiado en relación al derecho a la intimidad (una de las manifestaciones del derecho a la vida privada), se trata de reconocer que sus facultades subjetivas otorgan tutela “22. (...) no solo a la faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto a nosotros)” (Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público).

comunicaciones que realicen. Asimismo, desde la perspectiva positiva, supone que las personas deciden con quién mantienen una comunicación, en qué medio técnico de comunicación ésta se realiza, cuáles son los temas a dialogar, etc.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, la dimensión negativa tiene sus raíces en el *right to privacy* o *right to be let alone*, que reconoce a la persona un atributo a estar en soledad o a no ser perturbado, cuyo origen y desarrollo se encuentra en el derecho estadounidense²⁹⁶.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, el derecho a la vida privada es un derecho-principio que engloba varios derechos, entre ellos, el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas²⁹⁷, que constituye un ámbito de libertad que tienen las personas para expresarse con otras en condiciones de confidencialidad, protegido contra intromisiones arbitrarias

En consecuencia, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas se fundamenta en el derecho a la vida privada, ya que supone una actividad humana esencial para el desarrollo de la personalidad que se realiza al margen del conocimiento general y que, de acuerdo a la propia decisión de sus titulares, pertenece a su ámbito de vida privada. En virtud de este bien

²⁹⁶ El máximo intérprete de la Constitución ha aseverado que el derecho a la vida privada tiene como base al *right to privacy*, institución a la que define como el “38. (...) derecho a estar en soledad (...)” (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema). El *right to privacy* en el derecho estadounidense, tal como detalla Morales Godo, fue propuesto por un sector de la doctrina, en específico, por don Louis Brandeis y don Samuel Warren, abogados que publicaron un artículo en el *Harvard Law Review*, en 1890, con el objetivo de reclamar la protección de un ámbito de retiro y soledad para las personas, fuera del conocimiento del Estado y de los particulares, en especial, de los medios de comunicación (2002: 45-46). Siguiendo a Rodríguez, de acuerdo a la jurisprudencia de tribunales de justicia de Estados Unidos, el *right to privacy* tiene como facultades protegidas el rechazo a intromisiones ilegítimas al reducto de vida privada, el control de datos referentes a su titular (tanto en el ámbito público como en el privado) y la autonomía para tomar decisiones de significativo valor para la persona (por ejemplo, la realización de un aborto o el empleo de anticonceptivos) (1998: 5-13). Morales Godo añade al ámbito del *right to privacy*, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de las cortes estadounidenses, el atributo que tienen los individuos para protegerse de cualquier imputación o referencia falsa que se realice sobre alguna conducta o acto de ellas (2002: 85).

²⁹⁷ Según dicho órgano autónomo constitucional, la vida privada ostenta, en el marco normativo peruano, la posición de “43. (...) derecho-regla base (...) prescrito en el artículo 2°, inciso 7, [en el] que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros” (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).

constitucional, los interlocutores gozan de atributos para rechazar intromisiones orientadas a interferir el desarrollo de dicho espacio o a revelar su contenido.

3.5.1.3. Naturaleza jurídica

Este derecho recibe la calificación de fundamental porque protege la libertad de las personas de comunicarse al margen del conocimiento general, actividad esencial para la realización integral del ser humano ya que supone la interacción o relación con otras personas sin perturbaciones.

De igual manera, se trata de un derecho con contenido propio, es decir, autónomo, que responde a las actividades que protege: las comunicaciones mediante canal cerrado y los documentos ocultos a la mirada general, por parte de personas naturales o jurídicas.

En relación a las comunicaciones privadas, esta singularización se debe, citando al Tribunal Constitucional español, a la “(...) especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación” (citado en Díaz 2006: 160) o, como señala Rodríguez, en la “(...) existencia de garantías técnicas de secreto (...)” (1998: 66).

Asimismo, se trata de un derecho formal porque garantiza la confidencialidad de todos los datos o informaciones que son abordados en el proceso comunicativo objeto de protección, sin hacer distinciones por su pertenencia a la esfera de pública o privado de los interlocutores²⁹⁸.

Siguiendo a Morales, “[s]e trata de defender uno de los ámbitos de la vida del individuo, el relacionado a las comunicaciones, frente a ataques de terceros, sin atender a qué contenido de ese ámbito puede ser afectado por el ataque” (1995: 34). En el mismo sentido, López Baraja sostiene que “[e]l constituyente no ha querido proteger exclusivamente el secreto de las comunicaciones íntimas, sino

²⁹⁸ En el mismo extremo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al señalar que este derecho “3. (...) comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 2863-2002-AA sobre recurso de amparo interpuesto por don Rodolfo Berrospi contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP). En igual sentido, el magistrado Eto Cruz en un voto concurrente sostuvo, citando a Jiménez Ocampo, que “8. (...) [e]l concepto de ‘secreto de las comunicaciones’ es, en la Constitución, rigurosamente formal. No se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho –jurídicamente indiferente– de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la privacy. Toda comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque solo algunas, como es obvio, serán íntimas (...)” (Sentencia dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios SAC).

cualquier clase de comunicación, con independencia de su contenido” (2011: 30-31).

3.5.1.4. Alcances

Como conjunto de atributos subjetivos reconocidos a las personas, este derecho consiste en la capacidad para reclamar la inviolabilidad o impenetrabilidad de un proceso comunicativo y para mantener el carácter secreto o confidencial de la información involucrada en la comunicación. Son oponibles al Estado y a los particulares que tienen la condición de sujetos ajenos al proceso comunicativo²⁹⁹.

En relación a este alcance del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional ha reseñado que

18. (...) conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, **toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos**, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, **no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley**³⁰⁰ (subrayado añadido).

Se observa que la esfera de pretensiones protegidas por este derecho son la de rechazar o repeler una serie de conductas orientadas a entorpecer o invadir ya sea un proceso comunicativo o el resguardo de un documento que cuentan con garantías de confidencialidad.

Las conductas que prohíbe este derecho a terceros (sea el Estado o particulares, en virtud de su eficacia erga omnes)³⁰¹ son, en específico, la observación, es decir, la examinación atenta de aspectos externos de la comunicación como “(...) la

²⁹⁹ Conforme a Villegas, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas solo puede ser afectado por sujetos ajenos a la comunicación: no se vulnera cuando uno de los interlocutores revela voluntariamente el contenido de la comunicación en curso a un tercero ajeno. Sin embargo, este acto puede configurar una lesión al derecho a la intimidad, si lo difundido pertenece al ámbito de la vida espiritual del emisor del contenido (2016: 325 & 329), o puede afectar el derecho a la protección de datos personales, al secreto profesional, etc., en agravio del otro contertulio.

³⁰⁰ Sentencia dictada el 18 de agosto en el Expediente 1058-2004-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Rafael García contra la empresa Serpost SA. Este razonamiento también es recogido en el fundamento jurídico 29 de la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009 en el expediente 03901-2007-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña Victoria Contreras contra el Comandante General del Ejército del Perú, y en el fundamento jurídico 3 de la sentencia dictada el 29 de enero de 2003 en el Expediente 2863-2002-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Rodolfo Berrospi contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

³⁰¹ El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente 2863-2002-PA/TC, sobre recurso de amparo interpuesto por don Rodolfo Berrospi contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), sostuvo que este derecho “3. (...) tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación”.

existencia de la misma, de sus interlocutores, del tiempo que en que se hace y de su duración (...)” (Montero Aroca 1999: 21) y la apertura, que consiste en el “(...) simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (...)” (citado en Díaz 2006: 160).

Asimismo, están vedadas las intervenciones consistentes en la interceptación, que significa “(...) detener una cosa en su camino, apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona a la que se destina (...)” (Montero Aroca 1999: 20) o la “(...) aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación (...)” (citado en Díaz 2006: 160).

A través de dichos atributos subjetivos, este derecho permite que las personas garanticen que sus comunicaciones privadas (o la gestión de sus documentos privados) se realicen de conformidad con sus planes o proyectos de vida, sin que el proceso comunicativo sufra perturbación alguna.

Como derecho objetivo, tiene la posición de principio que legitima el ordenamiento jurídico peruano, dado que este derecho encarna valores sobre los que se edifica el Estado social y democrático de Derecho. Su condición de mandato de optimización genera que el Estado tenga una obligación de garantizarle la mayor eficacia posible.

3.5.1.5. Contenido constitucionalmente protegido

Está conformado por los atributos de rechazo a las intromisiones (por ejemplo: la observación, la apertura o la interceptación), los cuales pueden ceder ante la protección de otro fin constitucional, siempre que se cumpla con las garantías previstas por los principios de reserva de ley, de reserva jurisdiccional y de proporcionalidad.

En virtud del principio de reserva de ley, la Corte IDH ha explicado que, en tanto las interceptaciones a las comunicaciones son una afectación al derecho a la vida privada, la restricción debe estar consagrada en la ley “131. (...) que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”³⁰².

³⁰² Sentencia dictada el 6 de julio de 2009 en el caso Escher y otros vs. Brasil. Serie C No. 200. Tal como ha establecido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, se trata de que la ley configure “(...) garantías vinculadas a la naturaleza, alcance y duración de las medidas de vigilancia; los hechos que podrían justificar esas medidas y las autoridades competentes para autorizarlas, llevarlas a cabo y supervisarlas. La ley debe ser clara en cuanto a posibles remedios para los abusos cometidos en el ejercicio de esas facultades” (2013: párrafo 156).

De acuerdo a la Corte IDH, es compatible con la CADH una legislación que habilite a un juez a autorizar la interceptación siempre que se demuestre la existencia de indicios razonables que vinculen a la persona sujeta a la medida con hechos ilícitos materia de una investigación criminal, y que no existan medidas alternativas que permitan obtener el material probatorio. Asimismo, una legislación compatible sujeta la diligencia de interceptación a control judicial, exige la comunicación de la medida al Ministerio Público y delimita el procedimiento y plazo de la intervención, entre otros aspectos³⁰³.

Tal como ha explicado Díaz, “(...) la ley debe emplear términos suficientemente claros para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas. Ello supone el empleo de reglas claras y detalladas (...)” (2006: 166).

Por otro lado, respecto al principio de reserva jurisdiccional, el artículo 2 inciso 10 de la Constitución establece que “(...) [l]as comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha destacado que “[l]as leyes que habiliten la interceptación de las comunicaciones deben establecer con claridad y precisión las causas que el Estado puede invocar para solicitar esa interceptación, que solo puede ser autorizada por el juez” (2013: párrafo 156).

Por último, en relación al principio de proporcionalidad, la resolución judicial de autorización debe motivar o fundamentar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, es decir, como ha explicado la Corte IDH, debe ponderar las condiciones legales que justifican la concesión de la restricción³⁰⁴. Se trata de que la medida sea idónea, necesaria y proporcional. De esta manera se evitan restricciones arbitrarias³⁰⁵.

³⁰³ Sentencia dictada el 6 de julio de 2009 en el caso Escher y otros vs. Brasil. Serie C No. 200, párrafo 132. En la legislación peruana, dichas pautas desarrolladas por la Corte IDH están previstas en los artículos 226 y ss. del Código Procesal Penal, así como en la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, Ley 27697.

³⁰⁴ Sentencia dictada el 6 de julio de 2009 en el caso Escher y otros vs. Brasil. Serie C No. 200, párrafo 139.

³⁰⁵ La aplicación del test de proporcionalidad en la limitación de derechos es desarrollado, a propósito del derecho de acceso a la información pública, en el capítulo 2 de esta tesis. Su invocación para restringir el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas se aprecia, entre otros, en el artículo 226 numeral 2 del Código Procesal Penal: “La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el período de la investigación”.

3.3.2.6. Objeto del derecho: concepto de comunicación privada

En tanto los Ministerios examinados invocan el respeto al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas –y no de los documentos privados- para denegar las solicitudes de acceso a los correos de sus cuentas institucionales, se realiza a continuación un análisis sobre la clase de comunicación que dicho derecho protege.

Las comunicaciones privadas se definen como actividades orientadas a dar a conocer un hecho, una idea o una información (los cuales pueden pertenecer al ámbito de lo íntimo o no de los interlocutores). Involucran un proceso de transmisión de un mensaje dirigido por un remitente a un destinatario determinado, que transcurre en un período de tiempo, y que se realiza por intermedio de un artefacto o infraestructura comunicativa de canal cerrado que permite una interacción a distancia.

De acuerdo a López Baraja, en relación a la Constitución española³⁰⁶, la comunicación protegida tiene una cobertura temporal, es decir, es tutelada en virtud de este derecho mientras se desarrolla el proceso de transmisión de mensajes, que comienza con el acto de emisión por parte del remitente y culmina con la lectura por parte del destinatario (2011: 63-78)³⁰⁷.

De acuerdo a Morales, la comunicación objeto de protección transmite pensamientos o expresiones humanas, y no otro tipo de actividades como el transporte de paqueterías o mercancías (1995: 54). En la misma línea, López Baraja apunta que “(...) las comunicaciones comprendidas en el derecho al secreto de las comunicaciones han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la

³⁰⁶ La Constitución española contempla el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en su artículo 18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

³⁰⁷ Morales expone su visión de los contornos de la comunicación protegida: “(...) la inviolabilidad cubre toda correspondencia desde que sale de la mano del expedidor hasta que es recibida por el destinatario (...)” (1995: 47). No obstante, esta investigación considera que no basta la mera recepción para entender culminado el proceso comunicativo porque su objetivo es poner en conocimiento el contenido transmitido. López Baraja sostiene que un proceso comunicativo iniciado con la transmisión de un mensaje se encontrará protegido pese a que no concluya exitosamente. Se amparan, así, mensajes que no lograron ser entregados al receptor. Esta profesora española coloca a manera de ejemplo las llamadas telefónicas perdidas, que reciben cobertura porque se comprueba la existencia de una intención comunicativa. En relación a la Directiva 2006/24/CE, instrumento de la Unión Europea relativo a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, señala que la comunicación infructuosa es un supuesto protegido en el que “(...) se han realizado todos los actos necesarios para llevar a cabo una comunicación y ésta no ha sido posible por causas ajenas a la voluntad del emisor” (2011: 67). En la misma dirección, Morales sostiene, para el caso de una correspondencia postal dirigida a una persona fallecida (y por tanto, otro supuesto de comunicación interrumpida), que “(...) si bien físicamente no hay comunicación, jurídicamente sí hay acto de comunicación real, en base a que existe un acto de voluntad que engendra un derecho al secreto de ese contenido” (1995: 50).

persona, a la propia condición humana. Es necesario que se lleve a cabo un intercambio de ideas, opiniones, pensamientos, sentimientos, etc.” (2011: 67).

Además del mensaje intercambiado, el objeto del derecho también incluye los datos externos de la comunicación (aspectos sobre la identidad de los interlocutores, la existencia de la comunicación, su fecha, el tiempo de duración).

La comunicación en curso se realiza mediante una infraestructura comunicativa o soporte técnico de transmisión diseñado para canalizar una interacción a distancia y no directa, y que cuenta con garantías de confidencialidad (Rodríguez 1998: 72-73)³⁰⁸, es decir, es apta

“(…) para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicación de masas como la radio o la televisión, y en cambio quedan incluidos medios que permiten una conversación entre más de dos personas, pero cerrada o con disponibilidad para aceptar nuevos interlocutores, como la multiconferencia o la videoconferencia” (Díaz 2006: 163)³⁰⁹.

Este derecho ha sido aplicado tradicionalmente en comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas. Dentro de su ámbito de protección se deben incorporar los nuevos fenómenos tecnológicos. El artículo 2 inciso 10 de la Constitución acierta al incluir expresamente a las telecomunicaciones como un supuesto cubierto³¹⁰. En coherencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha indicado que la protección de dicho derecho abarca las comunicaciones por correo electrónico³¹¹.

³⁰⁸ Eguiguren y otros incluyen dentro del objeto del derecho no solo a las comunicaciones técnicamente mediadas sino también las realizadas cara a cara o en persona, producidas sin ningún tipo de infraestructura tecnológica (2010: 394), lo cual constituye una equivocación en torno a la comprensión de este derecho, puesto que la confidencialidad solo puede predicarse de medios de comunicación que gocen de garantías de ocultamiento. De acuerdo a Rodríguez, las comunicaciones directas “(…) no ofrecen garantía técnica a su secreto, es decir, no forman parte de su naturaleza el precluir que miembros no autorizados del público puedan presenciarlos, oírlos o grabarlos” (1998: 73).

³⁰⁹ Las comunicaciones mediante canal abierto no están protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, precisamente porque su finalidad es la difusión, para lo cual el medio de transmisión a distancia no cuenta con garantías de confidencialidad (Rodríguez 1998: 66). Entre los medios de comunicación que quedan fuera del ámbito de protección de este derecho, López Baraja menciona “(…) los chats o grupos de noticias, que suelen caracterizarse por la falta de reserva y por su publicidad, siempre y cuando no sean de acceso restringido o estén dirigidos a un número determinado de interlocutores, en cuyo caso tienen carácter privado” (2011: 63).

³¹⁰ De acuerdo a los Términos Generales del Artículo 1 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú aprobado por Resolución Ministerial 187-2005-MTC (aprobado el 1 de abril de 2005), se entiende por telecomunicación, “[t]oda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

³¹¹ Sentencia dictada el 9 de agosto de 2006 en el Expediente 00003-2005-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos representados por don Walter Humala contra una serie de normas de los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. Fundamento jurídico 360.

De acuerdo a López Barajas, citando el artículo 2 inciso h) de la Directiva 2002/58/LE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa a la privacidad y las comunicaciones electrónicas, se entiende por mensajería interpersonal “(...) todo mensaje de texto, voz, sonido, imagen enviado a través de una red de comunicación pública que puede almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo” (2011: 76)³¹².

El *email* electrónico es un servicio de internet que propicia una comunicación entre dos o más personas determinadas, que están conectadas a distancia por medio de redes, y comparten mensajes y archivos adjuntos (contenidos multimedia en condiciones de confidencialidad)³¹³. Este proceso comunicativo involucra datos externos como direcciones electrónicas, nombres de intervinientes y fecha de envío.

La calificación de privada que recibe la comunicación protegida en virtud del artículo 2 inciso 10 de la Constitución se debe a dos elementos: uno objetivo, referido al ámbito de confidencialidad o secreto que provee el medio técnico a la interacción, y otro subjetivo, relativo al comportamiento favorable de las personas de sostener una comunicación al margen del conocimiento general (en coherencia con las garantías de confidencialidad).

Desde un punto de vista objetivo, la comunicación privada se realiza por medio de un canal cerrado, que supone un espacio o ambiente de opacidad en favor de los interlocutores para la autodeterminación o el desarrollo de su personalidad a través de actos destinados a transmitir contenidos expresivos (Morales 1995: 46).

Desde una mirada subjetiva, la comunicación privada implica que sus participantes consideran que esta actividad interpersonal forma parte de su vida privada y, por ello, a partir de su comportamiento en la utilización del *email*, le imprimen un carácter secreto o confidencial a la información que circula en ese espacio (no emplean, pues, dicha herramienta para difundir públicamente un mensaje).

El voto concurrente del magistrado Eto Cruz en una sentencia del Tribunal Constitucional, al momento de delimitar el objeto de protección de este derecho –la comunicación privada- ha explicado que no solo se debe constatar que la comunicación propicie a los interlocutores una capacidad de control sobre el acceso (condiciones de secreto o no publicidad para terceros), sino también se deben

³¹² De acuerdo al artículo 99 numeral 10 inciso d) del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el correo electrónico es un “(...) servicio que permite a los usuarios enviar mensajes a uno o más destinatarios y recibir mensajes a través de redes de telecomunicaciones, empleando una combinación de técnicas de almacenamiento y retransmisión de datos, para la recuperación del mensaje por el usuario final”.

³¹³ Conforme a López Barajas, “(...) el correo electrónico constituye un ejemplo de comunicación que se ofrece bajo la condición de privacidad y, con base en tal creencia, se producen las transmisiones entre los sujetos” (2011: 62).

examinar las condiciones de utilización por parte de los participantes, es decir, el comportamiento que asumen, a efectos de otorgar la cobertura de este derecho.

9. (...) cuando la Constitución utiliza el adjetivo “privados” para referirse al derecho al secreto y a la inviolabilidad de dichos documentos y comunicaciones, no está haciendo alusión al tipo de contenido o mensaje comunicado, sino a la cualidad del medio técnico de comunicación empleado para transmitir cualquier mensaje; a partir de cuya cualidad, surge la expectativa de confidencialidad y la protección constitucional del secreto e inviolabilidad de la referida comunicación. En dicha línea, **el elemento crucial en la definición del derecho es el tipo de medio empleado para la comunicación, el mismo que recibirá la cualidad de “privado”, no por el hecho de ser propiedad de uno de los participantes en la comunicación, sino por las características intrínsecas de dicho medio y por las condiciones bajo las cuales se utiliza.** Así, puede ser que se emplee una cabina pública de teléfono para llevar a cabo una conversación y no por eso creer que se carece de protección por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Del mismo modo, **puede suceder que quien utiliza un teléfono propio, para realizar una llamada a un programa de televisión en vivo, al ser grabada dicha comunicación, no se pueda alegar afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, pues por las condiciones en que se efectuó dicha llamada era claro que la misma no podía ser calificada de “privada” (...)**

De lo expuesto, se concluye que **para que un proceso comunicativo se encuentre protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, no es suficiente con que dicha comunicación se haya realizado a través de un medio físico o técnico, sino que es preciso, que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o un grupo cerrado** de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan asumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. **Estos dos elementos son los que configuran una “expectativa de secreto o “confidencialidad” en la comunicación, como concepto clave para delimitar cuándo nos encontramos ante una “comunicación privada” protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones”** (subrayado añadido)³¹⁴.

³¹⁴ Voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC. En su voto concurrente, dicho juez explicó que la trabajadora despedida (demandante) tenía la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas porque su cuenta laboral de correo cumplía con proveer una comunicación en canal cerrado y había sido empleada sin publicidad (en específico, sin consentir o permitir que el empleador tuviese conocimiento de sus *emails*). Sin embargo, dicho magistrado añadió, a modo de regla general, que cuando el empleador anuncie de manera expresa, previa y por escrito al trabajador el uso exclusivamente laboral de este servicio y la posibilidad de ejercer su facultad de fiscalización a dicho medio, las comunicaciones del trabajador realizadas a través del correo laboral no resultan amparable por el artículo 2 inciso 10 de la Constitución, lo cual no ocurrió en la causa resuelta (Voto concurrente en la sentencia dictada

En consecuencia, el magistrado Eto Cruz en dicho voto concurrente excluye determinadas comunicaciones del concepto de comunicación privada: conversaciones cara a cara, las comunicaciones que persiguen fines de difusión abierta o las que carecen de las condiciones técnicas de secreto³¹⁵.

Por su parte, López Barajas, con respecto a los elementos de la comunicación privada, ha afirmado que las garantías técnicas de confidencialidad tienen que venir acompañadas de la "(...) voluntad [de parte de los interlocutores o de alguno de ellos] de excluir toda injerencia de terceros en esa relación comunicativa" (2011: 60), así como se debe descartar alguna vocación de difusión pública que afecte a la comunicación (2011: 63).

En consecuencia, para constatar la existencia de una comunicación privada debe verificarse que la comunicación se realiza por intermedio de un canal cerrado (garantía de confidencialidad) y su utilización está destinada a propiciar una interacción entre sujetos determinados o reducidos. No se verifica la existencia de una comunicación privada si el mensaje se transmite públicamente a personas indeterminadas o si los interlocutores reconocen la vocación pública de ciertas comunicaciones o mensajes.

3.3.3. El comportamiento asumido por los funcionarios públicos, orientado a la divulgación de información bajo su posesión, en el manejo de sus cuentas institucionales de correo electrónico

Como se recordó en el capítulo anterior, el Estado ha incorporado el servicio de correo electrónico a su funcionamiento, tanto a nivel interno (coordinación intra o interinstitucional) como externo (relación entre personas y el Estado). Como resultado de esta modernización de la gestión pública, los funcionarios públicos manejan cuentas institucionales de correo para cumplir sus objetivos, competencias y obligaciones (supuesto distinto al correo privado)³¹⁶.

Debido a que el servicio institucional de comunicación por correo electrónico es empleado para el ejercicio del poder público, el cual proviene del pueblo y está

el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC. Fundamentos jurídicos 15 & 26).

³¹⁵ Voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC. Fundamento jurídico 10 literal c),

³¹⁶ Los *emails* no solo son comunicaciones (transmisiones de mensajes que tienen una duración temporal entre la emisión por parte del emisor y la lectura por parte del receptor) sino también son documentos depositados o almacenados en las bandejas de las cuentas institucionales de correo electrónico.

destinado a su beneficio (según los artículos 39, 43, 44 y 45 de la Constitución), las actividades realizadas por el funcionario público en dicho espacio están dirigidas a la protección de principios y derechos fundamentales³¹⁷: el derecho de acceso a la información pública y sus principios de dignidad, transparencia y Estado democrático³¹⁸.

La actuación de los funcionarios públicos, en virtud del principio de máxima divulgación o transparencia, debe estar expuesta al conocimiento general y no solo a un grupo reducido de personas (emisor y receptor determinados); en cambio, el secreto en torno a sus actividades públicas es excepcional y solo es legítimo cuando es proporcional y razonable. El Estado establece canales de divulgación de información relativa a su desempeño.

Asimismo, de acuerdo al principio de Estado democrático, los funcionarios públicos deben propiciar la supervisión ciudadana de sus acciones, de modo que las personas puedan participar activamente en la vida de la Nación (formándose una opinión pública informada). Además, conocer las actividades relacionadas a procesos comunicativos (de cara a la toma de una decisión pública), de manera oportuna, contribuye a que las personas intervengan en la elaboración o diseño de políticas públicas o de cualquier otro proceso deliberativo de sus autoridades.

De igual manera, según el principio de dignidad, los agentes estatales deben garantizar que las personas cuenten con información sobre la gestión pública que les permita fortalecer su autonomía, su libre desarrollo y el ejercicio de derechos fundamentales. Ello implica suministrar información sobre procesos de toma de decisión que impactan en la vida diaria de los individuos.

Estos principios, reunidos en el derecho de acceso a la información pública, exigen que los funcionarios públicos divulguen (tanto activa como pasivamente) las actividades que realizan en sus cuentas institucionales (creadas para fines públicos) a la sociedad y a sus miembros.

³¹⁷ Desde dicha perspectiva, la Relatoría Especial sobre la libertad de opinión y expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que: “Si los funcionarios públicos actúan como representantes del pueblo y buscan el bien común, toda decisión o iniciativa adoptada por ellos debería, en principio, ser de conocimiento público. No obstante, en circunstancias excepcionales, el derecho de acceso a la información puede, estar sujeto a limitaciones con el fin de proteger los derechos de otros y la eficacia de determinadas iniciativas estatales. En cualquier caso, esas limitaciones no pueden hacer caso omiso del interés público en conocer y estar informado” (2013: párrafo 90).

³¹⁸ El principio de proscripción de la corrupción (relacionado a la transparencia) impone la obligación al Estado de adoptar medidas que prevengan y erradiquen prácticas irregulares en la gestión pública. La tarea de fiscalización y control amerita una respuesta integral, lo que significa promover la colaboración activa de los ciudadanos, quienes podrán vigilar el comportamiento de sus autoridades solo si cuentan con información.

Los empleados públicos se sujetan a estas normas cuando ingresan a laborar a la gestión pública. Conductas orientadas al secreto o a la confidencialidad en materia de actuaciones o informaciones sobre la gestión pública (no sustentadas en criterios de proporcionalidad) contravienen el marco constitucional y los estándares internacionales.

Si bien es cierto las cuentas institucionales de correo electrónico cuentan con garantías técnicas de confidencialidad (el mail no es un canal abierto sino cerrado de comunicación, en el cual el mensaje solo es visible para los interlocutores), el comportamiento de los servidores públicos está guiado por principios constitucionales: respeta y garantiza que toda información sobre la gestión pública (por ejemplo, el *email* de su bandeja) sea de conocimiento a las personas.

De acuerdo a Sar y Loyola, el acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales está dentro del ámbito de protección del derecho a saber y no dentro del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas porque los funcionarios públicos se guían por un fin público al momento de emplear dicho servicio, lo cual descarta cualquier expectativa de confidencialidad del documento o comunicación (2018: 573)³¹⁹.

Por esta razón, los *emails* de las bandejas institucionales de los empleados públicos, al no constituir una comunicación privada (en tanto no se cumple con el presupuesto de conducta favorable al secreto), no están tutelados por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas³²⁰.

3.3.4. Evaluación de respuestas denegatorias de los Ministerios basadas en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas

Se observa que los Ministerios examinados, con sus respuestas denegatorias, interpretaron de manera literal y aislada el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas; en realidad, debieron armonizar dicho bien constitucional con los demás principios y derechos de la Constitución: en específico, con el derecho a saber y con sus principios (dignidad, transparencia y Estado democrático).

³¹⁹ De manera literal, Sar y Loyola han explicado que "(...) la información almacenada en las cuentas de correo electrónico de las instituciones públicas no incide en el ámbito protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto en el correo electrónico institucional no existe una expectativa razonable de confidencialidad ya que se presume el fin público del uso del recurso [cuenta oficial de correo] que se puso a disposición del funcionario" (2018: 573).

³²⁰ A pesar de que se comprueba la existencia de una comunicación cerrada (en condiciones de confidencialidad), los funcionarios públicos han consentido someter sus actos públicos a normas que favorecen el escrutinio público.

El reconocimiento del acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales de funcionarios públicos y el establecimiento de excepciones como el derecho a la vida privada o intimidad representan una solución a la situación de los correos electrónicos compatible con el orden constitucional en su totalidad.

Las respuestas denegatorias de los Ministerios fueron desproporcionadas para tutelar la vida privada de los funcionarios públicos, ya que si bien es cierto persiguen un fin legítimo (protección de vida privada de funcionarios públicos), la restricción basada en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, supone denegar cualquier clase de información relativa a los procesos comunicativos en los que participen funcionarios públicos (no solo se excluye del acceso la información sobre la vida privada sino también la concerniente al ejercicio de labores públicas), debido al carácter formal del mencionado derecho.

Las medidas restrictivas adoptadas por los Ministerios (de invocar un derecho formal), en ese sentido, es inidónea porque no acreditaron que la medida de opacidad estuviera dirigida a salvaguardar información materialmente relacionada a la vida privada de los funcionarios públicos.

Es más, no demostraron que los *emails* solicitados tuvieran esa clase de contenido, de modo que, de ser difundida, se lesionara de manera concreta e individualizada el derecho a la intimidad de los agentes estatales (no acreditaron la existencia de una amenaza cierta e inminente a dicho bien).

Así también es importante señalar que las denegatorias a *emails* –en abstracto y de manera absoluta- constituyen medidas innecesarias, ya que el derecho a la vida privada o intimidad de los servidores públicos puede protegerse con la misma eficacia a través de una medida alternativa menos gravosa para el derecho a saber: la invocación de excepciones (como la intimidad) aplicables caso por caso, de acuerdo al contenido material concreto de la información solicitada (y no a su pertenencia formal a un proceso comunicativo determinado)³²¹.

El reconocimiento del acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales no supone alguna afectación al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, no solo porque el correo es una comunicación transparente sino también porque la entrega de información no constituye un acto de intervención a comunicaciones.

³²¹ Aplicar las restricciones de acuerdo al contenido de los documentos es coherente con la regla de acceso parcial, reconocido en el artículo 19 del TUO de la Ley de Transparencia, que establece que “[e]n caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento”.

En realidad, el procedimiento administrativo de acceso a la información pública supone la intermediación de los propios funcionarios y entidades públicas que poseen o controlan los *emails*, quienes evalúan la solicitud y entregan la documentación en caso se cumplan los presupuestos del derecho a saber y no concurra la aplicación de alguna causal de excepción. El ejercicio del derecho a saber no supone, pues, una interceptación, apertura o conocimiento unilaterales³²².

Además, es clave advertir que un *email* proveniente de una cuenta institucional no siempre pertenecerá a una comunicación en marcha (es decir, su condición de comunicación puede ser cuestionada). Debido a que una comunicación electrónica (proceso de emisión y lectura del mensaje) ocurre en un período breve de tiempo, en realidad el ciudadano, cuando requiere correos electrónicos, está solicitando un documento almacenado en una bandeja institucional y no una comunicación (que ya culminó)³²³.

Por tanto, las denegatorias formuladas por los Ministerios (basadas en el argumento del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones) representan actos que vulneran el derecho de acceso a la información pública, al no cumplir con las

³²² Por esta razón, esta tesis considera que los funcionarios públicos no pueden alegar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas para denegar información pública a ciudadanos. Es decir, dicho derecho no tiene eficacia, respecto a una cuenta institucional de correo electrónico, en la relación Estado – ciudadano. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a saber en el tratamiento de los *emails* de bandejas institucionales no significa que las comunicaciones sostenidas por los servidores públicos sean despojadas de sus garantías técnicas de confidencialidad, es decir, que se conviertan en diálogos realizados en canal abierto. En la Administración Pública, la utilización de mecanismos de comunicación en canales cerrados obedece a finalidades constitucionales como el debido funcionamiento de las entidades, que no entra en contradicción con el acceso a *emails* oficiales –que se efectúa a través de un procedimiento administrativo especial y no mediante interceptaciones, aperturas u observaciones, realizadas de modo unilateral-. Es cierto también que el empleo de comunicaciones provistas de condiciones de confidencialidad permite la tutela preventiva de bienes constitucionales (por ejemplo, los pertenecientes al régimen de excepciones al derecho a saber), que estarían bajo amenaza o vulneración si toda transmisión de mensajes entre entidades públicas se realizara abierta o visible.

³²³ De un proceso comunicativo concluido puede resultar un documento donde se materializa el mensaje transmitido (por ejemplo: de una comunicación electrónica por email deviene un correo que se almacena en la bandeja de la cuenta). Este objeto material, cuando ya no forma parte de una comunicación en marcha, obtiene tutela en virtud del secreto e inviolabilidad de los documentos privados o de otros bienes constitucionales, como el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales, pero no de las comunicaciones privadas. Montero Aroca expone un caso resuelto por un Juzgado de Valencia (Expediente ARP 1997/1904) en la que este órgano jurisdiccional consideró que la apertura de una carta y la reproducción de una cinta grabada en un contestador automático, en el marco de una diligencia de registro domiciliario, no afectaban el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas porque ya no formaban parte de un proceso de transmisión de mensaje en marcha (1999: 34). De igual manera, López Baraja refiere una causa resuelta por el Tribunal Constitucional español (Expediente 70/2002) en la que éste sostuvo que la revisión de mensajes almacenados en la memoria de un teléfono móvil de un detenido, en el marco de una diligencia de entrada y registro en domicilio, no afectada el derecho a una comunicación secreta e inviolable porque no existía proceso comunicativo en marcha que hubiera sido intervenido, sino más bien la intimidad (2011: 64).

condiciones de legitimidad establecidas en el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales³²⁴.

Reconocer ámbitos de opacidad, sin fundamento constitucional, constituye una práctica propia de la cultura del secreto, que existe en abierta contradicción con los principios y el derecho previamente señalados. Es perjudicial para el Estado social y democrático de Derecho que los funcionarios actúen sin rendir cuentas a la ciudadanía y que no sean objeto de fiscalización³²⁵.

3.3.5. Las diferencias de la relación ciudadano – Estado con la relación trabajador - empleador

De acuerdo al MEF y al MEM, las reglas del acceso ciudadano a cuentas institucionales de funcionarios públicos deben ser las mismas reglas por las cuales el empleador accede, en virtud de su facultad de control, a los correos laborales de sus trabajadores (contexto de una relación laboral)³²⁶.

Dado que el Tribunal Constitucional tiene una línea jurisprudencial tuitiva del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el ámbito de las relaciones de trabajo, a favor de las personas generadoras de los frutos, estas entidades asemejan la relación Estado-ciudadano como una de empleador-trabajador, a fin de obtener los mismos efectos³²⁷.

³²⁴ Como se aprecia de la lectura de las solicitudes de información atendidas por los Ministerios examinados, las personas requirieron *emails* de cuentas institucionales enviados y recibidos por Ministros en un periodo de tiempo determinado. En la solicitud al MEM expresamente se detalló un tema específico de interés: *emails* sobre proceso de elaboración de Reglamento Nacional de Hidrocarburos y en la solicitud al MVCS se hizo ahínco en que los *emails* requeridos eran solo los de interés público. Ante los pedidos, los Ministerios no entregaron ningún correo.

³²⁵ La cultura del secreto busca extender sus márgenes de arbitrariedad e impunidad a nuevos ámbitos, propios de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, como la cuenta institucional de correo electrónico institucional. Esta práctica no tiene respaldo jurídico, y más bien, merece el rechazo del ordenamiento jurídico.

³²⁶ Mientras que el MEF invocó el fundamento jurídico 5 del voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez y el fundamento jurídico 9 del voto concurrente del magistrado Eto Cruz, ambos en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC, el MEM citó el fundamento jurídico 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC y fundamento jurídico 5 del voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC. Estos considerandos acogidos por ambos Ministerios reconocen que, frente a la supervisión que intente ejecutar el empleador, el correo electrónico laboral está protegido por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

³²⁷ En su doctrina jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha recalcado que la facultad que tiene el empleador de controlar (observación, interceptación, apertura) el uso adecuado de las cuentas laborales de correo electrónico de sus trabajadores debe respetar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas que los ampara. Este derecho les otorga protección porque se trata de herramientas de comunicación personalísimas (formas de comunicación que tienen soporte técnico, a las cuales el trabajador puede dar un uso confidencial) y porque la comunicación o documento también son de titularidad

Esta tesis está en desacuerdo con la equiparación propuesta, ya que se trata de dos relaciones jurídicas distintas. El vínculo Estado-ciudadano tiene un carácter jurídico-político, que alude al hecho que el Estado tiene su origen en la voluntad del pueblo y, por tanto, se organiza, conforma y funciona para satisfacer el bienestar de la comunidad. En consecuencia, se encuentra en una posición servicial en favor de la persona. En este contexto, se entiende el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública y de sus principios (transparencia, dignidad y Estado democrático).

En cambio, el vínculo empleador-trabajador referido por las entidades citadas consiste en una relación jurídico-económica de naturaleza contractual entre dos personas, cuyos intereses se complementan (Boza 2011: 16). La relación de trabajo tiene en la subordinación del trabajador uno de sus elementos constitutivos, debido a que éste pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para que sea conducida hacia los fines determinados por la persona que emplea.

El servicio prestado por el empleado de modo subordinado atribuye al empleador el poder de dirigirla hacia la consecución de ciertos objetivos (Boza 2011: 46). En el caso de las instituciones privadas, los servicios prestados por los trabajadores son encauzados por el empleador hacia los fines tutelados por la libertad de empresa, mientras que en las instituciones públicas las labores se encaminan a cumplir las competencias y funciones correspondientes al Estado.

El poder de dirección del empleador involucra facultades normativas, ordenadoras, de control y vigilancia, de adaptación, así como disciplinarias o sancionadoras (Blancas 2013: 95). El atributo fiscalizador, relevante para el presente tema, consiste, de acuerdo a Martínez Fons, en el empleo de "(...) medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones" (citado en Blancas 2013: 194).

A propósito del desarrollo de las tecnologías de información y comunicación, el empleador incorpora los servicios de correo electrónico a la relación laboral. Sus condiciones de utilización son establecidas en el contrato de trabajo o en las normas

del trabajador (y no son de titularidad exclusiva y excluyente del empleador). La facultad de supervisión o control, que tiene como fuente el poder de dirección, está sujeto a límites como los principios (dignidad, no discriminación o proporcionalidad) y derechos constitucionales (Fundamentos jurídicos 5-7 del voto concurrente de Mesía Ramírez, fundamentos jurídicos 15, 16 y 20 del voto concurrente de Eto Cruz, fundamento jurídico 5 del voto concurrente de Calle Hayen, los tres en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC; fundamentos jurídicos 17-21 de la sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC; y fundamentos jurídicos 16 y 17 de la sentencia recaída en el Expediente 04224-2009-AA/TC). Por su parte, la Corte Suprema ha estipulado que la facultad de control del empleador en cuentas laborales de email de sus trabajadores no es absoluta: su ejercicio debe ser funcional (relacionado a asuntos empresariales y no a la esfera privada del trabajador) y racional (se ejerza cuando exista un hecho que lo justifique) (Considerando décimo quinto de Casación dictada el 10 de marzo de 2017 en la causa 14614-2016-LIMA.

que regulan el vínculo con el trabajador. El uso exclusivamente laboral o la posibilidad de un uso con fines privados se define en la relación de trabajo, salvo en el caso en que el Estado sea el empleador, en el que el servicio de correo electrónico debe ser destinado necesariamente para un uso institucional, ya que constituye un recurso público³²⁸.

De acuerdo al magistrado Eto Cruz, si el empresario informa de manera previa, expresa, por escrito y a través de medios idóneos que la herramienta de comunicación de la empresa es de uso exclusivamente laboral y que tiene facultades para controlar su uso adecuado, el empleador puede supervisar dicho recurso, siempre que sea respetando los principios y derechos constitucionales³²⁹.

En cambio, si no procede de dicha manera, el magistrado Eto Cruz explica que el trabajador tiene protegido su cuenta laboral de correo electrónico bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en esa circunstancia, el empleador debe cumplir los requisitos establecidos para limitar válidamente dicho derecho³³⁰.

Es importante que el empleador tome esta iniciativa, ya que en una relación laboral la sola habilitación de una cuenta de correo electrónico al trabajador no supone que la titularidad de las comunicaciones o documentos generados a través de dicha herramienta sea del empresario, de modo exclusivo y excluyente³³¹. El derecho al

³²⁸ El artículo 5.6 de la Directiva 005-2003-INEI/DTNP, relativa al uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública, prescribe que esta herramienta debe ser usada "(...) para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la institución". Adicionalmente, el artículo 6.2.4.2. dispone que el "[u]so no autorizado del servidor de correo institucional para enviar correo personal" es una mala práctica en el uso del correo electrónico. Asimismo, el artículo 7 numeral 5 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, el servidor público tiene el deber de "(...) proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones, de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados".

³²⁹ De acuerdo al magistrado Eto Cruz, cuando el empleador cumple con realizar dicha actuación, el correo laboral no está protegido por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Voto concurrente en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC. Fundamentos jurídicos 15-16).

³³⁰ Voto concurrente en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC. Fundamentos jurídicos 16.

³³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 19 de julio de 2011 en el Expediente 04224-2009-AA/TC, sobre recurso de amparo interpuesto por doña Angelina Huamaní contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna SA (fundamento jurídico 16); en igual sentido, la sentencia dictada el 18 de agosto de 2004 en el Expediente 1058-2004-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Rafael García contra Serpost SA (fundamento jurídico 18), y el voto concurrente del magistrado Calle Hayen en la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra Telefónica Gestión de Servicios SA (fundamento jurídico 7).

secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas resguarda las comunicaciones de los interlocutores (trabajadores), aunque las herramientas empleadas para transmitir un mensaje no les pertenezcan (sino al empleador)³³².

Se puede señalar que, ante la ausencia de regulación expresa sobre el uso de correos laborales o mediando autorización de empleador, en una relación laboral, el empleado fija las condiciones de utilización, de acuerdo a los hábitos sociales vigentes que toleran un uso privado de las tecnologías de la información y comunicación³³³, apoyados en el carácter cerrado del servicio de *email* y en su uso individual. Ello, sin embargo, no es posible en las relaciones laborales regidas por normas dictadas por el Estado que determinan el uso que merecen los recursos públicos.

La facultad de control o fiscalización del empleador, siguiendo los parámetros señalados, permite comprobar que el trabajador realice las prestaciones acordadas en un contrato de trabajo. Así, abarca las comunicaciones de contenido laboral como extralaboral; éstas últimas también porque, de acuerdo a Blancas, el empleador tiene un interés legítimo "(...) en detectar el eventual uso indebido de los equipos de comunicación de la empresa o el tiempo que el trabajador debía dedicar a sus labores y que invierte en realizar conversaciones personales" (2013: 219)³³⁴.

³³² Voto concurrente del magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC (fundamento jurídico 9). Según este magistrado en dicho considerando, lo realmente relevante son las características inherentes al medio de comunicación y la utilización que le otorgue el interlocutor.

³³³ El magistrado Eto Cruz ha señalado que el hábito social (elemento cultural) hace que el trabajador presuma que el correo laboral puede usarse para fines personales (darle un uso confidencial generalizado). Ante ello, es clave que el empresario asuma un comportamiento activo en informar que el uso es exclusivamente laboral y que su facultad de control abarca el uso adecuado de dicho recurso (fundamento jurídico 15 de su voto concurrente en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 10 de enero de 2012 en el Expediente 03599-2010-PA/TC, sobre el recurso de amparo interpuesto por doña María Espinoza contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC).

³³⁴ De acuerdo a Blancas, en el caso concreto de comunicaciones de contenido extralaboral realizadas los empleados en herramientas de propiedad del empresario (destinadas a un uso laboral), el empleador puede realizar su facultad de control, siguiendo los criterios de funcionalidad y razonabilidad, limitándose, por tanto, a obtener información sobre el uso indebido de la cuenta laboral y del tiempo que invirtió el trabajador en realizar las comunicaciones ajenas al objeto de la prestación (2013: 219). De conformidad con estos parámetros, explica dicho autor, el empresario debe enfocar su supervisión en las actividades relacionadas al cumplimiento de la prestación laboral (funcionalidad) y debe emplear los mecanismos o procedimientos menos intrusivos en la dignidad del trabajador para satisfacer los intereses empresariales (razonabilidad) (2016: 195). Añade el autor que no resulta necesario que el empresario acceda al contenido extralaboral de la comunicación para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, ya que esto se puede lograr con el empleo de mecanismos que determinen el eventual uso indebido del recurso informático y del tiempo que empleó el trabajador de su jornada laboral para realizarlas (sin que la comunicación sea abierta): "[I]a protección del derecho fundamental del trabajador obligará al empleador a utilizar el medio de control menos intrusivo en relación con el fin perseguido, sin que en caso alguno este suponga acceder al contenido de la

El acceso a cuentas institucionales de correo electrónico por parte de los ciudadanos no es, a diferencia de la relación empleador-trabajador, una facultad que se origine de una relación de naturaleza jurídica-económica concreta, en el que el individuo (solicitante de información) y el funcionario público estén relacionados por un contrato laboral (teniendo el primero la posición de empleador, con poder de dirección, y el segundo el estatus de trabajador).

En la relación Estado-ciudadano no existe la posibilidad de que los agentes estatales fijen las principales reglas y principios que rigen las condiciones de uso del servicio institucional de correo electrónico, puesto que estas ya vienen determinadas por las normas constitucionales. En cambio, en las relaciones de trabajo, los empleadores no estatales pueden fijar las condiciones de uso de los recursos de la empresa que más les resulte conveniente, incluso permitiendo un uso acorde a fines extralaborales.

Los funcionarios públicos están al servicio de los ciudadanos, debido al diseño constitucional del Estado y no por un acuerdo o declaración bilateral de voluntad entre los funcionarios de turno y las personas que requieren información. La organización, estructura y actividades del Estado se rigen por principios y derechos constitucionales que dictan las premisas de la gestión pública (dignidad, transparencia, Estado democrático y derecho a saber), y por ello, las condiciones de utilización de medios de trabajo como las cuentas institucionales de *email* están fijados para optimizarlos y no pueden favorecer intereses que no tengan sustento constitucional.

Según Sar y Loyola, los razonamientos formulados por el Tribunal Constitucional en su línea jurisprudencial en materia de protección de *emails* laborales de trabajadores frente a empleadores no son aplicables al acceso ciudadano a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos porque esto último no ocurre en una relación de trabajo sino entre un ciudadano y un órgano público y porque no se trata del ejercicio del poder de supervisión del empleador sino del ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública (2018: 577).

Por consiguiente, es equivocado equiparar las reglas de la facultad de control del empleador en las cuentas laborales de sus empleados con las reglas del acceso ciudadano a las cuentas institucionales de *emails* de funcionarios públicos. Como

comunicación ni tampoco a factores circunstanciales de esta (...)” (2016: 224). Esta tesis sugiere como ejemplo el control periódico de las cuentas laborales de trabajadores, en las que estos discriminen las comunicaciones de contenido laboral de las extralaborales. Respecto a las primeras, el empleador puede acceder al mensaje; en relación a las segundas, el empleador debe limitarse a enumerar la cantidad de mensajes de contenido privado y el tiempo empleado por el trabajador en realizarlas (mas no ingresar al contenido o conocer ciertos datos externos como la identidad del otro interlocutor del mensaje). De esta manera, se armoniza la dignidad y la intimidad del trabajador y los intereses del empleador (en el contexto de una relación de trabajo).

se explicó anteriormente, esta tesis descarta la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el acceso ciudadano a las cuentas institucionales de funcionarios públicos porque éstos guían sus conductas al suministro de información al individuo y a la sociedad.

Ello, ciertamente, no significa afirmar que el funcionario público, en la relación Estado-ciudadano, carezca de dignidad y de derechos fundamentales. Su protección se manifiesta, por ejemplo, cuando aquellos *emails* de contenido privado o ajenos a la prestación de labores públicas (que realice el funcionario en cuentas institucionales) podrán ser resguardados (rechazado su suministro) mediante la aplicación del régimen de excepciones al derecho a saber³³⁵.

3.3.6. Evaluación de artículo 5.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP

Las respuestas denegatorias basadas en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los Ministerios se inspiran implícitamente en el artículo 5.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, relativa al uso del correo electrónico en las entidades de la Administración Pública³³⁶.

V. Disposiciones Generales. (...) 5.7. **La institución debe garantizar la privacidad de las cuentas de correo electrónico institucional de todos los usuarios.** Sólo en el caso de que se detecte que un usuario está cometiendo una falta grave contra lo establecido por la institución por medio de su cuenta de correo, la Oficina de Informática (o quien haga sus veces) podrá tomar las medidas que más le convenga respecto de dicha cuenta de correo. La Oficina de Informática (o quien haga sus veces) establecerá los procedimientos para la detección de faltas graves cometidos por los usuarios mediante correo electrónico (subrayado añadido).

³³⁵ Esta tesis reconoce que el funcionario público (tanto en la relación trabajador-empleador como en la relación Estado-ciudadano) tiene derechos fundamentales que lo protegen. Esto quiere decir que, en el contexto de una relación laboral, el empleador tiene que sujetar su función de control a los límites internos de funcionalidad y razonabilidad, de modo que respete la dignidad y la intimidad del trabajador (por ejemplo, impidiéndosele a aquel el acceso al contenido de las comunicaciones extralaborales de los trabajadores debido a la existencia de mecanismos de control menos intrusivos). Así también, en el contexto de la relación Estado-ciudadano, el individuo o la sociedad no pueden acceder a las comunicaciones de los funcionarios públicos que son ajenas al ejercicio de la función pública: el carácter vinculante de la dignidad y la intimidad del funcionario público exige la aplicación del régimen de excepciones al derecho a saber.

³³⁶ Esta disposición ha acentuado la creencia de que las características técnicas del correo electrónico son de libre disposición del funcionario público para mantener los documentos generados bajo una permanente e injustificada opacidad (es decir, para cubrir toda la información bajo un aparente manto de privacidad). El MEF citó el referido artículo 5.7 en su respuesta denegatoria (párrafo 4.4.2). El MEM cuenta con una norma similar en su directiva interna de correo electrónico: el artículo 6.1.4 de la Directiva 001-2006-MEM-OGP; de la misma manera sucede con el MINJUS en el artículo 5.2.7 de su Directiva 001-2004-JUS/OGI (reemplazado por el artículo 6.2.6 de la Directiva 001-2014-JUS).

En la primera oración de dicho artículo, se aprecia una disposición que, debido a su redacción ambigua, puede generar una interpretación, desde un punto de vista literal, de que las cuentas institucionales de los funcionarios públicos son ámbitos de su esfera privada y, en consecuencia, estos pueden optar por la absoluta confidencialidad de las comunicaciones y documentos generados a través de dicha herramienta.

Esta manera de comprender dicha disposición, como esta tesis sostiene, supone desconocer que el comportamiento de los servidores públicos está sujeto a principios y derechos constitucionales e implica fundamentar restricciones desproporcionadas para tutelar la intimidad de los empleados públicos.

La redacción amplia o imprecisa de reglas relativas a aspectos de privacidad de las cuentas institucionales de *email* es perjudicial para el derecho a saber porque puede prestarse a interpretaciones extensivas de limitaciones vigentes o a la configuración de excepciones absolutas y abstractas (como el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas).

Asimismo, debido a su deficiencia, esta disposición puede servir de sustento a potenciales actos de arbitrariedad (como ha expuesto esta tesis) o puede disuadir la presentación de solicitudes de acceso a *emails* o la entrega de dicha información (por la errónea percepción de que son comunicaciones privadas o ámbitos formales de opacidad).

De una lectura sistemática de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, la primera disposición del artículo 5.7 forma parte de la regulación que realiza dicho instrumento en la materia de seguridad de las cuentas institucionales, con el propósito de evitar que esta herramienta sea empleada o abierta por terceros no autorizados. La privacidad a la que hace alusión dicho precepto apunta, en realidad, al uso individual que todo funcionario público debe realizar de su cuenta institucional³³⁷.

³³⁷ La Directiva en mención estipula la obligación tanto de la entidad pública que administra las cuentas institucionales de correo electrónico como del funcionario público (usuario de dicha herramienta) de adoptar conductas favorables a la seguridad del recurso tecnológico. Su artículo 6.1.1 indica que los servidores públicos deben establecer una contraseña que debe mantenerse en secreto y que deben cerrar el software de correo cuando están ausentes. Por su parte, el artículo 6.3.1 establece que las entidades deben contar con una política de seguridad en el uso de correo, mientras que el artículo 6.3.2 prescribe que instituciones deben activar antivirus en computadoras y servidores de correo electrónico y aplicarlos de manera constante. En el contexto de esta legítima tutela de la seguridad de los *emails*, resulta necesario abogar por su uso individual (lo que no significa negar que las comunicaciones o documentos que se realizan por su intermedio tengan una finalidad de difusión pública). Este razonamiento ha sido acogido, respecto a una regulación similar en el MEM, por los magistrados disidentes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior en su voto de la sentencia dictada el 14 de junio de 2017 recaída en el Expediente 36677-2014, sobre recurso de hábeas data interpuesto

De esta forma, esta tesis considera que dicha disposición es constitucional solo si se interpreta en relación a las demás normas que integran la Directiva que la contiene y de manera conforme a los principios de transparencia, Estado democrático y dignidad. No obstante ello, esta tesis considera que el Estado debe perfeccionar la redacción del artículo 5.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, evitando el empleo de términos ambiguos o imprecisos que puedan ser fácilmente malinterpretados por las autoridades o por los ciudadanos.

Una alternativa a la disposición examinada puede ser: “Los funcionarios públicos deben realizar un uso responsable y personal de sus cuentas institucionales de correo electrónico. Está prohibido facilitar la cuenta a terceras personas. El acceso ciudadano a los *emails* de bandejas institucionales puede efectuarse mediante el procedimiento administrativo de acceso a la información o a través de transparencia activa”.

De esta manera la Directiva podría contener una regla general para que los funcionarios públicos tutelen la seguridad del servicio institucional de correo electrónico a través de su uso diario (evitando que terceros no autorizados realicen un uso o acceso no permitido), en armonía con el derecho de acceso a la información pública (ejercido en canales preestablecidos).

3.3.7. Evaluación del artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia

De manera posterior a la emisión de las respuestas denegatorias estudiadas por esta tesis, y luego de que se judicializaran algunos de estos casos, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Supremo 029-2017-JUS (de 14 de septiembre de 2017), mediante el cual reglamentó el Decreto Legislativo 1353, que crea la Autoridad

por don Marco Gamarra (autor de esta tesis) contra el Ministerio de Energía y Minas. En dicho voto sostuvieron que el artículo 6.1.4 de Directiva 001-2006-MEM-OGP (similar al artículo 5.7 de la Directiva del INEI analizada), que señala que “[e]l contenido de información de cada casilla de correo electrónico es considerado de carácter privado, cada usuario será responsable a título personal de la información generada hacia el servicio exterior a través del correo”, en realidad está resaltando el uso individual que merece la cuenta institucional de correo electrónico (y no está generando una excepción al derecho a saber). El voto concurrente señaló de manera textual: “(...) [con el artículo 6.1.4, la Directiva del MEM] está recalcando la idea de que su uso es personal (y no colectivo) incidiendo en la forma de usar dicha cuenta de correo, en la forma de operar aquel, en el sentido que debe ejercerse de forma responsable e individual, evitando que otras personas accedan al mismo con el usuario o password que se le proporcionó al titular. Es una regulación de seguridad del correo (...) por lo que se recalca que existe una responsabilidad a ‘título personal’ en su manejo. Esta medida de seguridad no convierte o torna su fin laboral en uno de carácter íntimo o personalísimo pues debemos distinguir la forma de operar el correo (a título personal) del fin que persigue el mismo (institucional o laboral)” (Considerando décimo).

Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses.

A través de dicha norma infralegal se incorporó una excepción al régimen del derecho de acceso a la información pública:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera.- Incorpórase los artículos 15-A, 15-B, y 16-A al Título III del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...)

Artículo 16-A.- Denegatoria de acceso (...)

La información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público (subrayado añadido).

Esta regulación es la consagración normativa de la posición negatoria de los Ministerios estudiados. Con esta actuación, el Poder Ejecutivo demuestra una intención de extender la utilización del argumento relativo a la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (inicialmente presentada por cuatro Ministerios) a todas las entidades del sector público.

Como esta tesis expuso en relación a las respuestas denegatorias del MEF, MEM, MINJUS y MCVS, las restricciones basadas en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (mediante el cual se rechaza el acceso a toda información proveniente de las cuentas institucionales de correo electrónico) es, a la luz del bloque de constitucionalidad y de los estándares internacionales, desproporcionado y arbitrario.

En primer lugar, las causales de excepción al derecho a saber deben estar previstas en una ley (clara y precisa) dictada por el Poder Legislativo, lo cual no ocurre en el presente caso, puesto que se trata de un decreto supremo (norma infralegal emitida por el Poder Ejecutivo).

En segundo lugar, el Poder Ejecutivo no manifiesta de manera expresa el fin constitucionalmente legítimo que busca proteger con la medida normativa. La exposición de motivos del Reglamento del Decreto Legislativo 1353 que contiene esta restricción omite alguna explicación del artículo 16-A (no identifica el derecho, principio o bien legítimo que busca optimizar)³³⁸.

³³⁸ La lectura de la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 029-2017-JUS (que reglamenta el Decreto Legislativo 1353) muestra el desarrollo o incorporación de reglas que implementan el referido Decreto Legislativo (materias relativas al funcionamiento de la Autoridad Nacional de Transparencia y de su Tribunal Administrativo, al encausamiento de solicitudes de información pública, a la invocación de prórrogas en la

En tercer lugar, en caso se infiriera que la restricción tiene como fin tutelar la intimidad o vida privada del funcionario público en el uso de su cuenta institucional de correo electrónico, la medida no es idónea porque cubre bajo la opacidad a la totalidad del correo o del conjunto de *emails* (se trata de una limitación abstracta y absoluta).

No permite evaluar, de acuerdo al contenido material de cada correo, si la intimidad está amenazada en casos concretos, de manera cierta o inminente o si se producirá una afectación, de producirse la divulgación. De esta manera, incluso a pesar de que los *emails* que pueda solicitar un ciudadano no estén relacionados a la intimidad del funcionario, no podrán ser entregados, por el mero hecho de pertenecer a una cuenta institucional de correo (la medida restrictiva, así, no conduce a la tutela del fin perseguido).

En cuarto lugar, la medida es innecesaria porque existen alternativas menos gravosas para el derecho a saber e igualmente satisfactorias para el derecho a la intimidad del funcionario público: la aplicación de excepciones de acuerdo a las características del caso en particular y que evalúen el contenido material de los correos electrónicos requeridos (si este pertenece a su esfera privada), y no su pertenencia formal a un proceso comunicativo determinado.

En consecuencia, el artículo 16-A introducido contraviene el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales (desarrollados en el capítulo anterior y aplicados en la evaluación de las respuestas denegatorias formuladas por las entidades estudiadas)³³⁹. Esta tesis sugiere la siguiente redacción del artículo, en tanto puede resultar adecuado recalcar que el acceso a correos de cuentas institucionales no es un derecho absoluto sino también se sujeta al régimen de excepciones:

Artículo 16-A.- Acceso a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos

A modo de regla general, toda la información contenida en cuentas institucionales de correo electrónico de funcionarios públicos es de acceso público. Podrá denegarse su entrega, mediando la aplicación proporcional y razonable del régimen de excepciones al derecho.

Ante la existencia de normas y respuestas denegatorias que lesionan el derecho a acceder a información pública (a través del rechazo a suministrar correos de

atención de pedidos de información pública, al procesamiento de datos preexistentes y al régimen sancionador por vulneración del derecho a saber y del derecho a la protección de datos personales). No hay referencia alguna a la causal de limitación de acceso a aplicaciones informáticas.

³³⁹ El Poder Ejecutivo no ha sido capaz de revertir la presunción de inconstitucionalidad que afecta a toda restricción al derecho a saber.

cuentas institucionales de funcionarios públicos), resulta urgente que las entidades gubernamentales adopten prácticas y disposiciones normativas favorables a su aplicación efectiva, y deroguen las que sean incompatibles.

3.4. Reglas sobre relación entre el derecho de acceso a *emails* de cuentas institucionales y el derecho a la intimidad de funcionarios públicos

La postura de las entidades gubernamentales analizadas expone una preocupación por el derecho a la vida privada de los funcionarios públicos (en especial, la intimidad). Esta constatación motiva que esta tesis presente algunas reglas que delimitan la relación entre dicho bien constitucional y el acceso a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos.

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra previsto en el artículo 2 numeral 7 de la Constitución. Surge del derecho genérico a la vida privada y protege un ámbito de recogimiento, soledad o retiro, en el que la persona interactúa consigo misma o con un grupo reducido de allegados. Dicho espacio es esencial para la formación de una personalidad e identidad propias, que permitan al sujeto participar en el mundo exterior. Tal como ha citado el Tribunal Constitucional:

12. (...) este espacio íntimo permite que la persona forje su personalidad, sus convicciones más íntimas, sus gustos, sus manías, placeres y fobias en libertad. También permite que pueda desarrollar sus afectos, su familia, sus vínculos sociales más cercanos, sus desencuentros y sus emociones en libertad. (...) Lejos de la mirada inquisitoria de la moral social, estos afectos, emociones, conductas y acciones podrán desarrollarse con autenticidad. Como se ha señalado con precisión, la mirada externa cuestiona y enjuicia; y ese juicio, esclaviza³⁴⁰.

Al igual que el derecho a la vida privada, la intimidad supone un ambiente confidencial, ajeno al conocimiento general, y una decisión personal que define su contenido³⁴¹. Asimismo, abarca una dimensión negativa, en la que resaltan las

³⁴⁰ Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público. Fundamento jurídico 18. A manera de complemento, se puede indicar que el Tribunal Constitucional también ha explicado que el ámbito de intimidad abarca los pensamientos, la salud y la sexualidad de las personas, así como los secretos familiares o las decisiones adoptadas en el seno familiar (como puede ser el cuidado o apoyo a alguno de sus miembros) (Sentencia dictada el 9 de diciembre de 2014 en el Expediente 01839-2012-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Margarita del Campo contra el Director General del Congreso de la República).

³⁴¹ Respecto al carácter no público del ámbito protegido por el derecho a la intimidad, puede revisarse la sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Fundamento jurídico 38). En relación a la determinación que realiza la persona del ámbito de su vida íntima, puede revisarse la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 4 de marzo de 2016 en el Expediente 00009-2014-PI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por

facultades subjetivas de rechazo a invasiones o injerencias arbitrarias, y una dimensión positiva, en la que destacan las facultades subjetivas de control de los datos o informaciones que conforman su esfera íntima³⁴².

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido expresamente como excepción al derecho de acceso a la información pública en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución. En el marco de su implementación, el artículo 17 numeral 5 del TUO de la Ley de Transparencia establece una causal de limitación sustentada en aquel derecho.

Tal como se expuso en el capítulo segundo, el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia del derecho de acceso a la información pública exigen que las actuaciones públicas de los funcionarios públicos estén expuestas al conocimiento general. Añaden que el secreto, en un Estado social y democrático de Derecho, es la excepción³⁴³.

Los principios de transparencia, Estado democrático y dignidad (fundamentos del derecho a saber) exigen que los actos, hechos y datos de funcionarios públicos que versan indirecta o directamente sobre el ejercicio de sus labores oficiales deban ser informadas a la sociedad³⁴⁴.

En virtud del principio de transparencia, el Tribunal Constitucional ha considerado que la difusión de datos como la remuneración (procedente del sector público) de

más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 5 de la Ley 29720 (Fundamento jurídico 11). En la misma línea que el último aspecto, el Tribunal Constitucional ha explicado que el ámbito que conforma la intimidad personal y familiar es definido por el titular del derecho, de acuerdo a sus propias creencias y al entorno cultural en que se desenvuelve (Sentencia dictada el 9 de diciembre de 2014 en el Expediente 01839-2012-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Margarita del Campo contra el Director General del Congreso de la República. Fundamento jurídico 12).

³⁴² Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público. Fundamento jurídico 22.

³⁴³ El criterio de la posesión, empleado por el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia de derecho a saber, implica que toda información bajo tenencia de las entidades estatales es de acceso ciudadano. Estos datos permiten observar el cumplimiento adecuado o no de las labores públicas. Este es el nivel de escrutinio al que se someten los funcionarios públicos para optimizar los principios de Estado democrático, transparencia y dignidad. Ciertamente, el derecho a saber no es absoluto: admite restricciones razonables y proporcionales.

³⁴⁴ Esta tesis considera que una información trata indirectamente sobre la función pública cuando un agente estatal utiliza recursos públicos (como una cuenta de correo institucional) para actividades privadas (comunicaciones amicales o familiares) o cuando despliega conductas de interés personal que suponen el incumplimiento de normas o principios que, en su condición de funcionarios, deben cumplir o hacer cumplir (es decir, actos de la vida privada que permiten conocer la idoneidad y capacidad moral del funcionario público).

empleados públicos no afecta el derecho a la intimidad. Por tanto, los funcionarios no pueden pretender su ocultamiento por dicho motivo³⁴⁵.

Además de la remuneración, esta tesis considera que existen otros aspectos relacionados a la función pública de los agentes estatales que no pueden estar amparados por la intimidad: el dato de la institución pública en que laboran, la dirección de las cuentas de correo electrónico institucional, las decisiones públicas que adoptan en ejercicio de competencias constitucionales y legales, etc.³⁴⁶.

Como se explicó en el apartado relativo al derecho a la vida privada, el comportamiento desplegado por la persona es fundamental para determinar si cierto ámbito personal recibe protección bajo dicho derecho. En el caso de los funcionarios públicos, en tanto actúan a nombre del Estado o pertenecen a él, ciertos actos o datos generados a propósito de su condición de tales están sujetos a una publicidad permanente.

En coherencia con lo anterior, el artículo 40 inciso a) in fine de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información prescribe que la excepción de vida privada no puede ser aplicada cuando la información se relaciona a las funciones de funcionarios públicos.

Según el Tribunal Constitucional, la decisión de los funcionarios públicos de ingresar a laborar en la gestión pública trae como consecuencia la reducción del ámbito de su vida íntima, ya que sujetan sus labores públicas al conocimiento general³⁴⁷.

³⁴⁵ De manera literal, dicho órgano jurisdiccional ha manifestado que “27. (...) la cuestión de si la publicación de la información relacionada con el monto total de la[s] remuneraciones que percibe el recurrente en su condición de Gerente General de AUTODEMA [Autoridad Autónoma de Majes] constituye (o no) una violación del derecho al secreto de los documentos privados, el Tribunal ha de absolverla en sentido negativo. (...) la información o los datos (totales o parciales) registrados en documentos que por cualquier medio se encuentran sujetos (total o parcialmente) al principio de transparencia no se encuentran protegidos por el derecho al secreto de los documentos” (Sentencia dictada el 5 de septiembre de 2013 en el Expediente 02976-2012-PA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Ronald Arenas contra el Semanario El Búho, representado por doña Mabel Cáceres y don José Márquez). Este razonamiento tuvo su origen en un pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional, en el que reconoció que las remuneraciones procedentes del sector público (publicados en portales de transparencia) y los bienes registrados (que gozan de publicidad registral) no lesionan la intimidad (Sentencia dictada el 14 de septiembre de 2009 en el Expediente 04407-2007-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Javier Casas contra el Ministro y Secretario General del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Fundamentos jurídicos 20-21).

³⁴⁶ De acuerdo a Garrós, existen ciertos datos de funcionarios públicos cuya divulgación no implica una afectación a la intimidad: entre ellos, la remuneración y el puesto de trabajo en la institución pública, “(...) dado que se consideran datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública (...)” (2017: 291).

³⁴⁷ De modo textual, dicho órgano colegiado ha reseñado que “24. (...) [e]ste umbral más reducido de protección encuentra sustento en que (...) estas personas, desde el momento en que han decidido asumir cargos públicos, se exponen, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que

Este distinto nivel de protección asignado a los funcionarios públicos, ha explicado el Tribunal Constitucional, obedece a que realizan actividades que tienen relevancia pública para la población y porque tienen la posibilidad de contestar cualquier ataque en su contra (debido a que cuentan con acceso a medios de comunicación)³⁴⁸.

Ello, claro está, no significa que los agentes estatales carezcan del derecho a la intimidad: ella se circunscribe a datos, actividades o hechos ajenos a la función pública (los cuales se mantienen bajo el conocimiento exclusivo de su titular o de sus allegados)³⁴⁹. El Tribunal Constitucional ha establecido que toda persona, por más proyección pública que tenga, merece la protección de su ámbito de vida privada³⁵⁰.

Según Blancas, la decisión de un trabajador de vincularse a una relación de trabajo no implica la pérdida de su vida privada o personalidad, ya que, a manera de regla general, mantiene su actividad extralaboral, durante el tiempo que no ejecuta su prestación, al margen del control del empleador (2013: 215-216). Esta tesis

ejercen la función (...)” (Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público).

³⁴⁸ Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamento jurídico 56. En igual sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha manifestado que los funcionarios públicos tienen un distinto umbral de protección (menos, a diferencia de los simples particulares) porque sus actividades tienen interés público, porque voluntariamente han decidido sujetarse a un escrutinio más riguroso y porque cuentan con la capacidad de controvertir la información tratada sobre ellos (2008: párrafo 39).

³⁴⁹ De acuerdo a Vera, las actividades extraoficiales de funcionarios públicos suelen estar protegidas por el derecho a la vida privada por el “(...) escaso interés general que habitualmente puede despertar la publicación de las facetas más íntimas de las personas” (2005: 195). Esta tesis añade que dicha clase de información no contribuye, en principio, a la realización de los principios de dignidad (ejercicio de derechos), transparencia (conocimiento de organización y funcionamiento estatal) y Estado democrático (participación).

³⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha manifestado que el escrutinio al que se sujetan los funcionarios públicos en su desempeño funcional no niega su derecho a la intimidad: “24. (...) ello en modo alguno puede suponer un absoluto desconocimiento de la existencia de ámbitos de privacidad en la vida del funcionario (...)” (Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público). Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional ha destacado que los personajes públicos cuentan con un ámbito de vida privada que debe ser respetado por los medios de comunicación. En ese sentido, en una causa consideró que el interés del público en conocer la existencia de una supuesta red de prostitución clandestina no podía justificar la divulgación de filmaciones de la vida sexual de una bailarina de renombre por parte de un programa de televisión. Dicha difusión fue una limitación arbitraria al derecho a la vida privada de la vedette, ya que la emisión de imágenes de relaciones sexuales no podía constituir una medida idónea para contribuir en el debate democrático ni era necesaria porque existían medidas alternativas menos gravosas al derecho a la intimidad para informar a la ciudadanía sobre dicho asunto (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamentos jurídicos 42-47).

considera que este razonamiento puede ser trasladado a la relación Estado-ciudadano, en el sentido que las actividades extraoficiales de funcionarios públicos, realizadas en tiempo distinto al establecido a labores públicas, en principio, están fuera del ámbito de protección del derecho a saber y sus fundamentos.

Los funcionarios públicos, sin embargo, no solo realizan actividades ajenas a materias oficiales en sus domicilios sino también, incluso, en el centro de la institución y durante el tiempo destinado a la labor pública, o cuando emplean recursos públicos. Se trata de actos protegidos, en principio, por el derecho a la intimidad, cuyo ámbito de protección también puede configurarse en espacios o lugares de acceso público (como podría denominarse al ámbito de ejercicio de labores públicas)³⁵¹.

Para explicar por qué sucede lo anterior, resulta útil lo señalado por Blancas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales. Dicho autor ha expuesto que la facultad de control ejercido sobre los empleados no puede ser permanente, ya que existen momentos en que el trabajador “(...) interrumpe su labor para realizar necesidades fisiológicas, ingiere sus alimentos, disfruta de una pauta de esparcimiento o participa en reuniones de trabajadores o asambleas sindicales” (2013: 205)³⁵².

En los casos en que las actividades extraoficiales de servidores públicos implican la inversión de tiempo de trabajo o la utilización de recursos públicos (instalaciones, presupuesto, equipos o herramientas, etc.), se puede advertir que dichos actos también ilustran el desempeño del funcionario público en su función. Estos supuestos, en consecuencia, involucran tanto el derecho a la intimidad del trabajador como el derecho de acceso a la información pública (y sus fundamentos) de los ciudadanos.

La existencia de actos de interés individual para los funcionarios públicos puede verificarse en el uso de las cuentas institucionales de correo electrónico de

³⁵¹ Esta tesis acude a las reflexiones de Blancas sobre los mecanismos de control del empleador y los derechos a la intimidad y dignidad de los trabajadores (2013: 199-215), para graficar situaciones en la relación Estado-ciudadano que están protegidas por el derecho a la intimidad y dignidad de los funcionarios públicos y que no son promovidas por el derecho a saber y sus fundamentos. El derecho de acceso a la información pública no admite, por ejemplo, la supervisión ciudadana a través de espías o agentes ocultos, no legitima la instalación de equipos de grabación y sonido en áreas de la institución dedicadas al ejercicio de la gestión pública (de modo que queden captados los gestos, expresiones o movimientos de los servidores públicos), el registro de los objetos o bienes que lleva consigo a la institución o la apertura de casilleros de los agentes estatales. Por otro lado, la entrega de datos personales irrelevantes para su desempeño público o su cumplimiento (estado civil, orientación sexual, origen étnico), en virtud del derecho a saber, se encuentra reñida con el derecho a la intimidad.

³⁵² Tal como ha señalado Goñi Sein, los empleados tienen “(...) momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo (...)” (citado en Blancas 2013: 205).

funcionarios públicos. En ciertas ocasiones, invierten tiempo destinado a su función pública para transmitir, a través de un recurso público (la cuenta institucional), mensajes ajenos a las labores asignadas por la Constitución y la ley: dígase, comunicaciones amicales o familiares (que quedan registrados en las bandejas de dichas cuentas)³⁵³.

En estas situaciones, se debe garantizar el ejercicio razonable y proporcional del derecho a saber, en ese sentido, debe adoptarse una medida idónea para satisfacer el derecho de acceso a la información pública que afecte en la menor medida posible el derecho a la intimidad del funcionario público³⁵⁴.

³⁵³ Según Martínez Fons, las comunicaciones por cuentas laborales de correo electrónico (en el contexto de relación empleador-trabajador), de acuerdo a su contenido, pueden ser clasificadas en comunicaciones personales o privadas y comunicaciones comerciales: las primeras “(...) son todas aquellas que con independencia de que se revelen secretos relativos a la intimidad de los comunicantes u opiniones políticas sindicales, no tengan por objeto, ya sea directa o indirectamente, el cumplimiento de las obligaciones laborales (...)” A sensu contrario, deberá adjudicárseles la naturaleza de comunicaciones comerciales a todas aquellas que razonablemente aparezcan relacionadas con el objeto de la prestación del trabajador” (citado en Blancas 2013: 219). Esta clasificación, a parecer de esta tesis, puede trasladarse a los *emails* de cuentas institucionales de funcionarios públicos: comunicaciones de contenido personal o privado (protegidas por intimidad o dignidad del funcionario público) y comunicaciones de contenido oficial –en vez de comercial- (protegidas por el derecho de acceso a la información pública del particular que los solicita). Por otro lado, esta clasificación permite descubrir la eventual existencia de *emails* extraoficiales que, sin embargo, no sean íntimos para los interlocutores (correo versa sobre un aspecto personal de un funcionario –no vinculado a su desempeño como tal, sino en su condición de particular- que es de público conocimiento): en esta situación, la ponderación entre dignidad del servidor público y el derecho a saber de los ciudadanos, parece favorecer al primer fin constitucional, ya que su divulgación supondría una mayor afectación a la dignidad que grado de satisfacción al derecho a saber.

³⁵⁴ El Tribunal Constitucional ha procedido a tutelar un ejercicio proporcional y razonable del derecho a saber, en casos de conflicto con derecho a la intimidad. En una causa relacionada a la sección primera de las declaraciones juradas de bienes y rentas de ministros y viceministros del sector Transportes y Telecomunicaciones, dicho órgano jurisdiccional dispuso únicamente la entrega de información relativa al monto de las remuneraciones del sector público y los bienes registrados, mas no la atinente a ingresos del sector privado, bienes no registrables o a los instrumentos financieros, ya que esta información exceptuada es entregada a la Contraloría para realizar acciones de control y la sección segunda de las declaraciones juradas proporciona dicha información de manera general: “34. (...) si lo que se pretende es prevenir la corrupción al interior de la Administración Pública (...) mediante la remisión de dicha información a una entidad encargada de ejercer, precisamente, el control de la transparencia en la gestión pública; dichos fines constitucionalmente legítimos se encontrarían protegidos y, en consecuencia, no resultaría necesaria la difusión detallada de la sección primera de las declaraciones juradas en tanto que en la segunda sección se encontraría la información en términos globales (Sentencia dictada el 14 de septiembre de 2009 en el Expediente 04407-2007-HD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por don Javier Casas contra el Ministro y Secretario General del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). En adición, en una causa relacionada a una supuesta red de prostitución clandestina, el Tribunal Constitucional señaló que si bien existía un interés público en divulgar información al respecto (en virtud de libertades informativas), ello no suponía la transmisión de reportajes que mostraran los actos sexuales enmarcados en el supuesto delito denunciado: “49. (...) A criterio de este Colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad. Pero una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las

A manera de regla general, dicho ejercicio de ponderación puede concluir en que solo se debe entregar la información que permita que el ciudadano conozca el uso (in)debido de la cuenta institucional de correo electrónico y el tiempo (dedicado a la función pública) que invirtió para transmitir los *emails*, mas no el contenido íntimo (extraoficial) de los mismos ni la identidad del otro interlocutor.

Esta solución significa que si los *emails* de cuentas institucionales –requeridos por ciudadanos- tienen íntegramente un contenido ajeno a la labor oficial – comunicaciones amicales, familiares, etc.-, debe procederse a informar a los solicitantes el número de *emails* de contenido íntimo que existen y la fecha en que fueron recibidos o enviados por los funcionarios públicos (mas no su contenido y la identidad del otro interlocutor).

Esta regla, sin embargo, presenta excepciones cuando el contenido íntimo (extraoficial) del *email* de cuenta institucional reviste interés público, noción que puede definirse, según Marciani, como la información u opinión que permite que las personas evalúen el desempeño de sus autoridades en sus cargos públicos (asuntos políticos) o cuestionen o afirmen los valores, hábitos y principios que rigen a la sociedad (asuntos sociales) (2004: 366-367)³⁵⁵.

Según el Tribunal Constitucional, en ciertas circunstancias, las personas pueden conocer aspectos de la vida privada de los funcionarios públicos, siempre que se

personas, en este caso el derecho a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato”. En esta última sentencia, además, el máximo intérprete de la Constitución colocó ejemplos sobre cómo conciliar el derecho a la intimidad con el derecho de la sociedad a informarse: los individuos deben conocer estado de salud de político célebre, sin embargo, ello no supone recibir fotografías que muestren su estado agonizante (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamento jurídico 58).

³⁵⁵ De acuerdo a Marciani, la noción de interés público debe ser normativa: bajo esta perspectiva se definen como los asuntos que contribuyen al proceso democrático; su determinación no viene dada por la demanda del público (que puede estar conducidos por el morbo o la curiosidad) (2004: 366). Según el Tribunal Constitucional, el interés público puede definirse como la materia o tema que genera “52. (...) un mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad”. Ha sido definida por dicho órgano jurisdiccional desde una perspectiva normativa (como la información que propicia la participación de las personas, poniendo como ejemplo la evaluación del desempeño de las autoridades) y desde una perspectiva descriptiva (como los temas que captan la atención del público) (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamentos jurídicos 52 & 57). Bajo esta lógica, el Tribunal Constitucional ha considerado que las materias relacionadas a las decisiones adoptadas por servidores públicos en el marco de sus competencias y el manejo de recursos públicos gozan de interés público (Sentencia dictada el 5 de septiembre de 2013 en el Expediente 02976-2012-PA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Ronald Arenas contra el Semanario El Búho, representado por doña Mabel Cáceres y don José Márquez. Fundamento Jurídico 16).

trate de asuntos de interés público, como aquellos que permiten conocer y evaluar la idoneidad y capacidad de los servidores públicos en sus respectivos cargos.

Por ello, en una causa identificó cuatro supuestos en que se relaciona la actividad extraoficial del funcionario público con el compromiso que tiene con las normas que debe cumplir o debe hacer cumplir en su cargo público o su vinculación a principios y valores constitucionales. La entrega de esta clase de información no es automática: debe realizarse un test de proporcionalidad³⁵⁶.

En igual sentido, en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, la Corte IDH señaló que la publicación de información sobre las relaciones familiares de un funcionario público que permite evaluar su integridad en el cargo reviste interés público o contribuye al debate democrático³⁵⁷.

En ese sentido, pueden presentarse pedidos de acceso a *emails* institucionales de contenido privado o íntimo que permite a los ciudadanos evaluar la capacidad o idoneidad de funcionarios públicos en sus cargos. En estas situaciones, no procede el rechazo automático a la solicitud: debe realizarse un test de proporcionalidad entre el derecho a saber (que tome en cuenta las dimensiones individual y colectiva) y el derecho a la intimidad del empleado público.

³⁵⁶ De manera literal, el Tribunal Constitucional ha señalado que “26. (...) existen una serie de supuestos en los cuales la información relativa a la vida privada de un funcionario público puede alcanzar relevancia pública: i) cuando, de alguna manera, a pesar de tener un componente de vida privada, tiene que ver con las funciones que esa persona ejecuta; ii) cuando se refiere al cumplimiento de un deber legal como ciudadano; iii) cuando resulta un dato relevante sobre confianza depositada en él; y iv) cuando se refiere a la competencia y a las capacidades para el ejercicio de sus funciones”. (...) 31. (...) el conocimiento y difusión de la información relativa a la vida privada de los funcionarios públicos debe superar el test de proporcionalidad” (Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público).

³⁵⁷ En dicho proceso internacional, la Corte IDH determinó que el Estado de Argentina vulneró el derecho a la libertad de expresión de dos periodistas porque la Corte Suprema de dicho Estado los condenó en la vía civil de manera arbitraria: sin valorar el contexto en que presentaron sus notas periodísticas (tratamiento de lazos familiares del entonces mandatario Menem tenía como propósito evaluar su idoneidad y capacidad en su cargo), sin evaluar el carácter de interés público que revestía la información y sin considerar que el propio expresidente había difundido las relaciones familiares materia de los reportajes. La Corte concluye que periodistas no realizaron una intervención ilegítima en la vida privada del entonces Presidente argentino (Sentencia de la Corte IDH dictada el 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 62-71). La Relatoría de la CIDH en materia de libertad de expresión ha definido el concepto de interés público de la siguiente manera: “El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público” (2008: párrafo 33). De acuerdo a dicho órgano de la CIDH, el discurso sobre asuntos de interés público está especialmente protegido, lo que significa que goza “(...) de un margen de apertura particularmente reforzado”. Ello trae como consecuencia que el Estado aplique, de manera más rigurosa, las excepciones previstas a su transmisión y que los funcionarios públicos deban tener una mayor tolerancia a las críticas sobre su desempeño (2008: párrafo 39).

En la ponderación entre ambos derechos debe evaluarse el tipo de sujeto que participa en el asunto de interés público (contenido, por ejemplo, en un correo institucional): tal como ha establecido el Tribunal Constitucional, se pueden establecer distintos niveles de protección al derecho a la intimidad, de acuerdo al tipo de funcionario público involucrado en la información³⁵⁸. En consecuencia, en aplicación del principio de proporcionalidad, los ciudadanos podrán acceder a *emails* institucionales de contenido íntimo de sus autoridades.

Lo anterior puede sintetizarse en tres principales reglas: en primer lugar, las conductas, hechos y datos de funcionarios públicos que se realizan o generan cuando estos se encuentran en la condición de particulares (situados fuera de su jornada de trabajo, del centro de la institución pública o de la utilización de recursos públicos), se hallan, en principio, protegidos por el derecho a la intimidad.

En segundo lugar, las actividades extraoficiales que se realizan mientras se encuentran en la condición de funcionarios públicos (por ejemplo, comunicaciones amicales por intermedio de sus cuentas institucionales de correo electrónico), pueden ser conocidas por la sociedad mediante un test de proporcionalidad: en virtud de dicho parámetro, se puede revelar el uso indebido de recursos públicos y el tiempo invertido en la realización de dichas actividades, mas no el contenido (por ejemplo, se puede revelar el número de *emails* institucionales de contenido íntimo y las fechas en que se realizaron).

En tercer lugar, si las actividades extraoficiales de funcionarios públicos (en su condición de tales o en su condición de particulares) permiten conocer su idoneidad y capacidad para el desempeño del cargo que se les ha asignado, mediante un test de proporcionalidad (tomando en cuenta el interés público, el tipo de funcionario público involucrado, el contexto de la información), se puede revelar el contenido de las conductas privadas³⁵⁹.

³⁵⁸ El Tribunal ha identificado, bajo la categoría de personajes públicos, a dos tipos distintos de funcionarios públicos: i) aquellos que tienen una presencia social importante en la vida de la Nación y cuyas decisiones determinan el rumbo que toma la sociedad, entre los que se encuentran los funcionarios de elección popular. Por otro lado, ii) están aquellos cuya actividad pública repercute en la sociedad pero no determina su dirección. Esta tesis puede mencionar en esta última clase a los funcionarios de carrera (Sentencia dictada el 17 de octubre de 2005 en el Expediente 6712-2005-HC/TC sobre recurso de hábeas corpus interpuesto por doña Magaly Medina y don Ney Guerrero contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Fundamento jurídico 54).

³⁵⁹ Estas reglas basadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los estándares interamericanos y en la doctrina deben ser apreciadas por los responsables de transparencia de las entidades públicas (quienes atienden las solicitudes ciudadanas de acceso a información); por la Autoridad Nacional de Transparencia (que conoce los recursos administrativos presentados por las personas que el Estado haya negado información); por el Poder Judicial (que conoce en doble instancia los recursos judiciales de hábeas data) y por el Tribunal Constitucional (que conoce, en última instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas data).

A manera de conclusión del tercer capítulo, se constata la existencia de una posición dentro de cuatro entidades del Poder Ejecutivo (MEF, MEM, MINJUS y MVCS) que rechaza el acceso a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos sobre la base de un concepto restringido de información pública y de la invocación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

De acuerdo al argumento relativo al concepto restringido de información pública, el MINJUS, el MEF y el MVCS sostienen que el objeto del derecho a saber se limita, a la luz del artículo 10 segundo párrafo del TUO de la Ley de Transparencia, a la información que sirve de sustento a una decisión administrativa. Por su parte, el MEM manifiesta que, según el artículo 3 numeral 1 del referido instrumento normativo, información pública es aquella que no está restringida por el régimen de excepciones.

De acuerdo a esta interpretación del objeto del derecho de acceso a la información pública, las entidades gubernamentales estudiadas explican que los correos electrónicos de cuentas institucionales están fuera del alcance de protección del derecho a saber, ya que no sirven de sustento a decisiones administrativas o porque se verifica la aplicación de normas de excepción.

El MINJUS, el MEF y el MVCS indican que los correos de cuentas oficiales de funcionarios públicos no sirven de base a decisiones administrativas porque, en su condición de herramientas de comunicación informal, contienen información intrascendente que les impide figurar en expedientes (en soporte físico papel), creados para conservar las principales actuaciones de un proceso de toma de decisión administrativa, siendo que, además, se eliminan en un plazo breve de días.

Por su parte, el MEM expone que el acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales de servidores públicos está sujeto a las normas de excepción de privilegio deliberativo y derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, lo que genera que dicha clase de documentación sea excluida del objeto del derecho a saber (concepto o alcances de información pública).

Ante este argumento, la presente tesis recuerda que la definición de información pública en el Perú, de acuerdo al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales en relación al derecho a saber, debe ser amplia. En ese sentido, el criterio de la posesión ha sido considerado como el idóneo, ya que reconoce que la información en manos de los agentes estatales pertenece a las personas y optimiza, en la mayor medida posible, los principios de transparencia, dignidad y Estado democrático.

Desde esta perspectiva, para la delimitación del objeto del derecho resulta irrelevante la clase de objeto material (el soporte), el nombre formal del documento,

la pertenencia a una serie documental (dossier o expediente), la aplicación de excepciones o las características de la base de datos.

Asimismo, la invocación del artículo 17 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia por parte de las entidades examinadas para fortalecer su denegatoria al suministro de *emails* de bandejas institucionales, no es correcta porque dicho precepto es una norma de excepción (que se aplica proporcionalmente) y no una norma que regula el concepto de información pública (objeto del derecho).

En sus respuestas emitidas a las solicitudes de información reseñadas, los Ministerios no acreditaron que los *emails* requeridos expresaran juicios de valor, estuviesen enmarcados en procesos de toma de decisión de gobierno o que existiese una amenaza cierta e inminente a su capacidad de decisión, en caso se revelaran los *emails*.

Por tanto, la posición de las entidades gubernamentales consultadas, basadas en una comprensión restringida del concepto de información pública (a través de la cual excluyen los *emails* de cuentas institucionales del acceso ciudadano), lesiona el derecho a saber, puesto que se trata de una interpretación restrictiva a un derecho fundamental.

Es importante destacar que las disposiciones invocadas por los Ministerios estudiados que ordenan la eliminación de los *emails* de bandejas institucionales en plazos de 30 días (como el artículo 6.1.7 de Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP), contravienen el derecho a saber, debido a que imposibilitan la disponibilidad de documentos.

Además del concepto restrictivo de información pública, las entidades gubernamentales examinadas han esbozado el argumento relativo a la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a través del cual explican que los *emails* de cuentas institucionales de funcionarios públicos pertenecen al objeto de protección de dicho derecho reconocido en el artículo 2 numeral 10 de la Constitución.

Los Ministerios califican dicha clase de información como comunicaciones privadas porque provienen de comunicaciones de canal cerrado (sus condiciones técnicas posibilitan que el contenido sea de conocimiento exclusivo de los interlocutores y no de terceros ajenos) y porque los empleados públicos tienen un comportamiento favorable a su confidencialidad (utilizan las características técnicas de dicha herramienta para actividades que quieren mantener ocultas, puesto que consideran que pertenecen a su esfera de vida privada).

Ante este argumento, la presente tesis recuerda que, en el marco del orden constitucional, el origen del poder público deviene del pueblo y debe ser ejercido en su beneficio y que, en consecuencia, el comportamiento de los funcionarios públicos está sujeto a principios y derechos fundamentales: el derecho a saber y sus principios de dignidad, transparencia y Estado democrático, que exigen que la información que poseen sea divulgada a la sociedad y a sus miembros, y que el secreto sea la excepción.

Por tanto, aunque las cuentas de correo institucional sean herramientas de comunicación de canal cerrado, dichas características técnicas no pueden ser interpretadas por los funcionarios públicos como ámbitos de su vida privada, sino como espacios que persiguen un fin de difusión abierta. Por esta razón, no pueden catalogarse como comunicaciones privadas.

Esta tesis observa que la posición de los Ministerios, basada en la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, resulta desproporcionada. Por un lado, es inidónea porque no acredita que los *emails* requeridos en las solicitudes reseñadas tuviesen información concerniente a la intimidad de los funcionarios públicos.

Por otro lado, es innecesaria ya que la intimidad puede protegerse (con la misma) eficacia a través de una medida alternativa menos gravosa: la invocación de excepciones aplicables de acuerdo al contenido material de la información solicitada (y no a su pertenencia formal a un proceso comunicativo determinado).

En consecuencia, las denegatorias estudiadas de los Ministerios (basadas en el argumento del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones) representan actos que vulneran el derecho de acceso a la información pública, al no cumplir con las condiciones de legitimidad establecidas en el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales para el régimen de excepciones.

Es importante aseverar que las reglas que guían el acceso ciudadano a los *emails* de cuentas institucionales de entidades públicas no son las mismas que rigen la facultad de control de un empleador con respecto a las cuentas laborales de sus trabajadores, como el MEF y el MEM han querido sustentar.

La relación ciudadano-Estado supone un vínculo jurídico político (no jurídico-económico de naturaleza contractual), en el que el reconocimiento del derecho de acceso a información pública tiene su explicación en la posición servicial del Estado (y no en la subordinación del trabajador en el contexto de una relación laboral, que da lugar únicamente al poder de dirección, cuyos alcances se delimitan en la propia relación de trabajo). El diseño constitucional del Estado (y no un acuerdo concreto

de voluntades) orienta la utilización de recursos públicos (como el correo) hacia ciertos valores y derechos fundamentales.

Asimismo, resulta relevante advertir que la postura de las entidades se basa implícitamente en el artículo 5.7 de la Directiva INEI 005-2003-INEI/DTNP, cuya redacción puede generar la impresión de que las cuentas institucionales de correos electrónicos son ámbitos de la esfera privada de los funcionarios públicos. Dicha disposición solo es constitucional si se interpreta de manera armónica con las demás normas que dicha Directiva contiene sobre el uso individual de la cuenta oficial y de conformidad con los principios de transparencia, dignidad y Estado democrático.

Por otro lado, de manera posterior a las respuestas denegatorias de las instituciones expuestas en esta tesis, el Poder Ejecutivo incorporó el artículo 16-A al Reglamento del TUO de la Ley de Transparencia, que es la consagración normativa del argumento que rechaza, de manera absoluta y abstracta, el acceso a *emails* de cuentas institucionales (sobre la base del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas).

Dicha disposición es incompatible con el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia del derecho a saber, ya que no está prevista en una ley sino en una norma infralegal y porque es inidónea e innecesaria.

Finalmente, tomando en cuenta la preocupación de los Ministerios por el derecho a la intimidad de su personal (excepción reconocida al derecho a saber), es importante señalar que existen una serie de reglas que regulan la relación entre ambos bienes: en ciertas circunstancias, de acuerdo al principio de proporcionalidad, se puede amparar el acceso al número de *emails* de contenido íntimo y a la fecha de envío o recepción, o se puede propiciar la entrega del propio contenido.

CAPÍTULO IV. POSICIONES FAVORABLES AL ACCESO CIUDADANO DE CORREOS ELECTRÓNICOS DE CUENTAS OFICIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PODER JUDICIAL PERUANO Y EN ÓRGANOS GARANTES DE MÉXICO Y CHILE

El cuarto capítulo tiene como propósito principal explicar por qué existen posiciones favorables al acceso a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos en el Poder Judicial peruano y en los órganos garantes del derecho de acceso a la información pública de México y Chile.

Como se explicó en el primer capítulo de esta tesis, el servicio de correo electrónico ha sido incorporado al funcionamiento del Estado debido a su contribución al ejercicio de derechos fundamentales. Este hecho permite constatar que muchos datos, documentos e información sobre la función pública se encuentran almacenados en las bandejas de las cuentas institucionales, bajo tenencia de los órganos públicos.

Frente a esta situación, el segundo capítulo ha establecido que el derecho de acceso a la información pública permite que dichos *emails* sean entregados a las personas y a la sociedad, ya que el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia del derecho a saber definen el concepto de información pública de conformidad con el criterio de la posesión.

Sin embargo, tal como se reseñó en el tercer capítulo, existen cuatro Ministerios que cuestionan la protección de los *emails* institucionales bajo el derecho de acceso a la información pública. Esta posición, en realidad, lesiona este derecho porque parte de una concepción restringida de información pública y porque aplica una excepción desproporcionada (derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas).

Ante ello, resulta pertinente analizar los casos conocidos y resueltos por el Poder Judicial peruano y por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI) de México y por el Consejo para la Transparencia de Chile (CPLT), en relación al acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales de agentes estatales.

Dada la vulneración al derecho a saber, las respuestas denegatorias de dos Ministerios han sido objeto de impugnación judicial. Esta tesis tiene conocimiento de dos causas tramitadas contra los Ministerios de Energía y Minas, así como el de Vivienda y Saneamiento, a raíz de recursos de hábeas data interpuestos por los ciudadanos Marco Gamarra (autor de esta tesis) y Julio Arbizu, respectivamente.

4.1. Sentencias del Poder Judicial sobre acceso ciudadano a correos de electrónicos de cuentas institucionales de funcionarios públicos

Esta tesis ha identificado dos causas actualmente tramitadas en el Poder Judicial en las que se discute el acceso a *emails* de cuentas institucionales de funcionarios públicos. Se trata de la judicialización de dos casos descritos en el capítulo tercero: la denegatoria del Ministerio de Energía y Minas a la solicitud presentada por el autor de esta investigación y el rechazo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento al pedido formulado por don Julio Arbizu.

Como describe a continuación, en el primer proceso de hábeas data ya se han emitido dos pronunciamientos (la sentencia de instancia fue estimatoria, mientras que la sentencia de vista revocó y declaró improcedente la demanda). En relación al segundo proceso existe una decisión estimatoria. Ninguno de estas sentencias tiene la calidad de cosa juzgada. Estos litigios han motivado a que la Defensoría del Pueblo haya tomado una posición favorable a la entrega de *emails* oficiales.

4.1.1. Sentencia del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36677-2014: Marco Gamarra vs. Ministerio de Energía y Minas (MEM)

El autor de esta tesis interpuso un recurso de hábeas data para restituir su derecho de acceso a la información pública, debido a que el responsable de transparencia del MEM denegó el acceso a los correos electrónicos institucionales recibidos por el entonces titular del sector Eleodoro Mayorga, de parte de compañías o gremios empresariales, así como sus respectivas respuestas, que trataran la formulación del Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares, en un periodo de tiempo determinado.

El juzgado que conoció la demanda la declaró fundada el 24 de junio de 2015 porque i) los correos electrónicos institucionales constituyen información pública (protegida por el derecho a saber) y porque, ii) en el caso, no resultaba aplicable la excepción de intimidad. Descartó así los argumentos del Ministerio relativos al objeto del derecho de acceso a la información pública y a la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Respecto a i), este tribunal reconoció que los correos electrónicos se subsumen en el supuesto de las normas que acogen el criterio de la posesión para la calificación de información pública, objeto del derecho a saber (artículos 61 numeral 1 del

Código Procesal Constitucional y 3 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia)³⁶⁰ (considerandos sexto y séptimo).

Asimismo, invocó el criterio de interpretación establecido por la Corte IDH en el fundamento 77 de su sentencia en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, aplicable para determinar el concepto de información materia de acceso: el elemento de control o tenencia (considerando quinto).

A la luz de esta pauta, consideró que no puede denegarse el carácter público de una información por su soporte o formato (considerando sexto):

(...) debemos señalar que **si la información pública consta en un correo electrónico estatal también es información pública, ya que la ley establece que ella puede constar en cualquier soporte material**. Ello es lógico, debido a que **con la evolución de la tecnología**, la comunicación ya no se efectúa únicamente a través del soporte papel, sino a través de otros medios, como son los correos electrónicos; así, en la actualidad, **muchos funcionarios públicos efectúan solicitudes, rechazan pedidos, mantienen comunicación con sus pares o terceros por la vía electrónica**. Por eso, la ley ha establecido de modo categórico que la información que debe ser entregada puede constar en cualquier soporte material, no sólo el papel (considerando sexto) (subrayado añadido).

El carácter público y accesible de los correos electrónicos institucionales, sostuvo el tribunal, es una consecuencia del principio de máxima divulgación o publicidad, que exige que toda actuación de los funcionarios públicos (incluida la propiciada en el ámbito virtual) sea de conocimiento ciudadano³⁶¹. De esta manera, se garantiza los principios de dignidad, transparencia y democrático (considerandos séptimo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo).

³⁶⁰ Este órgano jurisdiccional, sin embargo, no extrae la regla de la posesión del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia. En el considerando décimo cuarto cita el segundo párrafo de esta disposición (pese a que el primero es el adecuado para determinar el objeto del derecho), lo cual es peligroso porque solo aborda tres supuestos de información pública, los cuales no son taxativos. Por otro lado, el juzgado comete una equivocación, en el considerando décimo tercero, al invocar un fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05777-2008-HD/TC, debido a que en dicha resolución se realizó una definición restrictiva del objeto del derecho a saber, circunscrita a los tres supuestos del segundo párrafo del artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia, lo cual vulnera el derecho.

³⁶¹ Este juzgador identifica la base normativa del principio de máxima divulgación: el artículo 3 del TUO de la Ley de Transparencia, y sustenta su eficacia en los principios de transparencia, dignidad y democrático, desarrollados en las sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes 2579-2003-HD/TC (fundamento 5), 1797-2002-HD/TC (fundamentos 10 y 11), 4912-2008-PHD/TC (fundamento 3). Además, refiere que ha sido expuesto por la Corte IDH en su sentencia en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile: “92. La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”.

Así, señaló que: “(...) el juzgado considera que la información pública que conste en un correo institucional de un funcionario público si puede ser conocida, como regla general” (considerando décimo segundo) y que “(...) teniendo en cuenta el principio de publicidad, no debe negarse la información solicitada, debe acabarse con la ‘cultura del secreto’, con ello los funcionarios demuestran la transparencia de sus actos” (considerando noveno).

Respecto a ii), el juzgador sostuvo que no existían motivos, en el caso concreto, para aplicar una norma de excepción válida, debido a que demandante solicitaba información sobre el ejercicio de funciones públicas orientadas a la formulación del reglamento nacional de hidrocarburos³⁶²: “(...) la información solicitada por la parte actora, referente a la **aprobación de reglamento de hidrocarburos es propia de las funciones del Ministro y no se refiere a su intimidad personal**” (considerando noveno) (subrayado añadido).

Adicionalmente, apreció que las consideraciones de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente 1058-2004-AA/TC no resultaban aplicables al acceso ciudadano a correos electrónicos institucionales, dado que éste es un supuesto de hecho distinto al de trabajadores privados (considerando décimo cuarto).

A manera de posibilidad en otros casos, advirtió que los correos electrónicos institucionales pueden contener información protegida por el derecho a la intimidad o por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos:

(...) no toda información que consta en un correo personal institucional, es pública, indudablemente, existe información personal del funcionario público que la utiliza. Esa información está protegida por la reserva de la intimidad, no pudiendo ser divulgada de forma alguna ya que el funcionario público también goza del derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Sería absurdo creer que en un correo personal institucional, no pueda tener comunicación privada, los funcionarios públicos también son personas, y naturalmente tienen conversaciones amicales como cualquier otra, que no tienen que ver con el cargo que ocupan; esa información sí tiene protección de la Constitución y la Ley (considerando décimo tercero) (subrayado añadido).

³⁶² Debido a que el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, reconoció la vigencia del régimen de excepciones en el acceso a *emails* oficiales, cuya aplicación es casuística: “Desde luego, ello no significa que este derecho sea ilimitado o que no haya espacio para la información reservada. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que desarrolla este derecho, establece una serie de excepciones respecto de la información que pueda afectar la seguridad del Estado, la seguridad ciudadana, la intimidad de las personas, el secreto bancario y la reserva tributaria, entre otras, lo que no ocurre en autos” (considerando décimo segundo).

En general, esta tesis coincide con las consideraciones de esta decisión estimatoria: que los *emails* oficiales son información pública y, por tanto, están protegidos por el derecho a saber; y que están sujetos a un régimen de excepciones que se aplica de acuerdo a las circunstancias del caso.

Asimismo, esta investigación está de acuerdo con la sentencia de instancia en el sentido que no resulta aplicable a estos casos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de protección a las comunicaciones privadas de los trabajadores frente al poder de dirección del empleador (en el contexto de una relación de trabajo).

No obstante, esta tesis discrepa con la invocación por parte del juzgado del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los funcionarios públicos como una causal de excepción al derecho a saber. Si este órgano jurisdiccional estima que deben protegerse las comunicaciones amicales o extraoficiales, no resulta necesaria la denegatoria en virtud del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ya que, debido a su naturaleza formal, protege el proceso comunicativo en su integridad, incluyendo cualquier clase de información, tanto los extremos que versan sobre la vida íntima del funcionario como aquellas sobre el ejercicio de sus labores públicas.

Asimismo, afirmar la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas a los correos electrónicos de cuentas institucionales supone considerar que dichos *emails* son comunicaciones privadas, es decir, que constituyen ámbitos de la vida privada, cuando, en realidad, están regidos por los principios de transparencia, dignidad y Estado democrático.

4.1.1.1. Informe de Adjuntía presentado por la Defensoría del Pueblo en el proceso de hábeas data recaído en el Expediente 36677-2014

En el marco del proceso de hábeas data promovido por el autor de esta tesis, la Defensoría del Pueblo remitió el Informe de Adjuntía 01-2015-DP/AAC, de 27 de mayo de 2015³⁶³, al Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima, a pedido expreso de éste a efectos de recabar elementos de análisis.

La posición institucional de la Defensoría del Pueblo en esta controversia consiste en abogar por el carácter público de los correos electrónicos institucionales

³⁶³ Su autor es don Fernando Castañeda Portocarrero, entonces Adjunto de Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

(protegidos, por tanto, por el derecho a saber), cuyo acceso solo pueden ser denegado cuando se fundamente la aplicación de una excepción.

Dicha entidad sostiene que los correos electrónicos institucionales son información pública porque cumplen con alguno de los presupuestos exigidos por las normas que definen el objeto del derecho: la posesión, la creación, la obtención o la remisión por entidades estatales, establecidos en el artículo 10 primer párrafo del TUO de la Ley de Transparencia y en el artículo 61 inciso 1 del Código Procesal Constitucional (considerando 2.1).

De acuerdo a dicho órgano constitucional, la interpretación los artículos previamente citados deben ser interpretados a la luz del principio de publicidad, mandato dirigido a los funcionarios públicos que exige garantizar la accesibilidad de la información sobre sus actuaciones. El acceso se efectúa en cualquier formato (considerando 2.1)³⁶⁴.

Por otra parte, refiere que existe un régimen de excepciones³⁶⁵, en el que se encuentra el derecho a la intimidad, mas no el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas:

La información sobre correos electrónicos institucionales no recae en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2.10 de la Constitución Política). Ello porque el referido derecho fundamental protege toda injerencia ilegítima sobre las comunicaciones o documentos de carácter privado en las que existe una expectativa razonable de confidencialidad, a diferencia de la información transmitida a través de una cuenta de correo institucional cuya publicidad se presume (conclusión 3.4) (subrayado añadido).

³⁶⁴ La Defensoría del Pueblo identifica la base normativa del principio de publicidad en el artículo 3 inciso 1 del TUO de la Ley de Transparencia; asimismo, cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH en esta materia, en la que se explicitan una serie de reglas provenientes del principio: toda información en poder del Estado es pública (fundamento jurídico 5 de la Sentencia recaída en el Expediente 04912-2008-PHD/TC), se presume la aplicación del derecho de acceso a la información pública cuando se verifican sus presupuestos (fundamento jurídico 8 de la sentencia recaída en el Expediente 02814-2008-PHD/TC; párrafo 92 de la sentencia dictada en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile; y párrafo 199 de la sentencia dictada en el caso Gomes Gund y otros vs. Brasil), la publicidad se proyecta en la actuación de los funcionarios, la interpretación restrictiva de las excepciones, la aplicación fundamentada de las limitaciones (fundamento jurídico 5 de la sentencia dictada en el Expediente 2579-2003-HD/TC y fundamento jurídico 5 de la sentencia dictada en el Expediente 03035-2012-PHD/TC).

³⁶⁵ Según la Defensoría del Pueblo, toda limitación al acceso debe cumplir con demostrar que la información se vincula a una norma de excepción contemplada expresamente en una ley (principio de reserva legal), que el suministro de la información pueda amenazar o dañar un bien legítimo tutelado por la norma restrictiva (prueba del daño), y que el daño que generaría la divulgación de la información sea mayor que el interés público detrás del acceso a la misma (test de proporcionalidad en estricto) (considerando 2.2).

Esta institución discrepa con el MEM, ya que explica que no se configura el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en las cuentas de correo institucional, puesto que los actos de los funcionarios públicos están sujetos a la publicidad y no a la confidencialidad. Asimismo, su invocación es innecesaria porque protege el proceso comunicativo en su integridad, incluida la información relacionada a la función pública, no relacionada a la intimidad (considerando 2.3 y conclusión 3.4).

En ese sentido, reitera que la invocación de excepciones requiere el examen del contenido de la información requerida, es decir, que esta se encuentre vinculada a la excepción (conclusión 3.3). Denegar la totalidad de un documento por contar con fragmentos específicos protegidos por una norma de excepción contraviene, además, el principio de divisibilidad o acceso parcial (considerando 2.3).

Por último, manifiesta que no resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la protección que merecen las comunicaciones privadas de los empleados frente a la facultad de control de los empleadores en las relaciones de trabajo (considerando 2.3).

Esta tesis suscribe los argumentos esbozados por la Defensoría del Pueblo, debido a que considera que el acceso ciudadano a los correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos está dentro del ámbito de protección del derecho a saber.

En adición, esta investigación está de acuerdo con la postura de la Defensoría del Pueblo por medio de la cual rechaza la calificación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como una excepción legítima al derecho a saber.

Como ha expresado este trabajo en el capítulo tercero, los *emails* institucionales no son comunicaciones privadas porque los servidores públicos conducen sus actividades a la difusión pública (no se cumple, en consecuencia, con uno de los elementos configuradores de dicha manifestación de la vida privada) y porque una denegatoria en dichos términos es desproporcionada.

4.1.2. Sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36677-2014: Marco Gamarra vs. Ministerio de Energía y Minas

La sentencia de instancia fue apelada por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas³⁶⁶, la cual fue concedida con efecto suspensivo. La Segunda Sala Civil de la

³⁶⁶ En segunda instancia, Access Info Europe (AIE) y la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) presentaron un amicus curiae en apoyo al demandante, en el que sustentaron, a la luz de la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, por qué los *emails* solicitados al exministro Eleodoro Mayorga constituían documentos públicos que debían ser divulgados a la sociedad. Sostuvieron que las personas deben tener acceso a

Corte Superior de Lima revocó la resolución del a-quo y la declaró improcedente el 14 de junio de 2017. Los argumentos del fallo fueron que los *emails* institucionales no son información pública y que los mismos están dentro del ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas³⁶⁷.

Este tribunal expuso que los correos electrónicos institucionales no tienen naturaleza jurídica de información pública porque gozan de la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas³⁶⁸. El manejo de las cuentas de correo electrónico institucional, para este juzgador, pertenecen al ámbito de la vida privada del funcionario, que abarca tanto los mensajes íntimos que puedan existir, como aquellos relativos al ejercicio de sus funciones públicas.

(...) no cabe duda que el citado correo institucional, que se le habría asignado al Ministro Mayorga, goza del secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues de lo contrario no solo se estaría vulnerando el citado derecho sino el derecho a la intimidad, en el caso concreto, del ex Ministro Mayorga, pues como es sabido el derecho a la intimidad no se reduce a lo que se desarrolla en su ámbito doméstico o privado, ya que existen otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión en que se generan relaciones interpersonales vínculos o actuaciones que puedan constituir manifiestos de la vida privada; en resumen, el cúmulo de información que se almacena por su titular en un correo electrónico (en este caso institucional), entre otros datos, sobre su vida privada y profesional forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida, lo que hace en este caso, inviable la demanda (sic) (considerando décimo tercero) (subrayado añadido).

Para reforzar su posición, equiparó el acceso ciudadano a *emails* institucionales al control ejercido por el empleador a las comunicaciones privadas de trabajadores (en

documentos sobre decisiones gubernamentales porque contribuyen a supervisar la conducta de los empleados públicos, promueve la confianza en la integridad y desempeño del gobierno y alienta la participación activa. Explicaron que en Estados Unidos, cuando se presenta un conflicto entre el derecho a saber y el derecho a la vida privada, se debe apreciar si la información requerida versa sobre "(...) asuntos dentro del ámbito de las responsabilidades, funciones y jurisdicción de la agencia gubernamental" para determinar si prevalece el principio de transparencia. Constatando una práctica, manifestaron que: "(...) todas las cortes [de Estados Unidos] que han lidiado con el conflicto entre la privacidad individual y el acceso público a los correos electrónicos del gobierno han determinado que los correos electrónicos, relativos al desempeño de funciones públicas financiadas con el dinero de los contribuyentes, están sujetos a divulgación en virtud de las leyes sobre documentos públicos".

³⁶⁷ A pesar de que el argumento central del tribunal fue la supuesta cobertura de los *emails* oficiales bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, decidió declarar improcedente la demanda porque la información no existía (debido a su eliminación), teniendo en consideración que el derecho a saber no supone la exigencia de crear información nueva (considerando décimo séptimo).

³⁶⁸ Se observa que este tribunal sigue la lógica esbozada por el Ministerio de Energía y Minas, consistente en asociar dos planos completamente distintos: el objeto de un derecho y sus excepciones.

el contexto de las relaciones laborales). Invocó, en ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 114-2011-PA/TC.

Esta sala revisora manifestó que los funcionarios públicos deben ser informados de manera expresa que su correo electrónico asignado se circunscribe al desempeño de sus labores públicas y que el poder de fiscalización ciudadano abarca el acceso unilateral a sus mensajes, para que los *emails* oficiales tengan carácter público (considerando décimo).

Además, citó la Directiva 001-2006-MEM-OGP, dictada por el MEM para regular el uso de *emails* oficiales, con el propósito de señalar que esta entidad reconoce que el manejo de estas herramientas constituye un ámbito de la vida privada de sus agentes (considerando décimo primero y décimo segundo)³⁶⁹.

Este colegiado considera que (...) **es necesario que el uso del correo institucional esté reglamentado a fin que el empleador pueda hacer uso de su facultad fiscalizadora**, es decir, que a través de este reglamento o norma se indique a los usuarios – trabajadores que la cuenta de correo institucional que les fuera asignado es para el desarrollo exclusivo de las labores que realizan para la institución y que son susceptibles de fiscalización. **De ahí, que la información contenida en los correos electrónicos asignados en una institución podrían ser considerados públicos**, porque de lo contrario estaríamos frente a una cuenta de correo electrónico protegida por el derecho al Secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (sic) (considerando décimo) (subrayado añadido)³⁷⁰.

Pese a que este órgano colegiado reconoció que en un *email* institucional existe información sobre la cosa pública, consideró que esta no puede brindarse porque ello supondría abrir y divulgar, de manera indiscriminada, todos los documentos de la bandeja de almacenamiento. Por otro lado, rechazó que el recurso de hábeas

³⁶⁹ Este tribunal invocó el artículo 6.1.4 de la referida directiva, que dispone que “[e]l contenido de información de cada casilla de correo Electrónico es considerado de carácter privado, cada usuario será responsable a título personal de la información generada hacia el exterior a través del Correo”. Asimismo, recurrió al artículo 6.1.6, que prevé que “[e]l servicio de correo electrónico es suministrado por el MEN, para apoyar el logro de los objetivos estratégicos institucionales, puede ser usado de forma incidental para temas personales (...)” (sic). Estas normas no fueron citadas por el Ministerio al momento de brindar la respuesta denegatoria que dio origen al proceso de hábeas data. Al respecto, esta tesis considera, como lo expuso en el capítulo tercero, que dispositivos de esta clase estipulan que el funcionario público debe otorgar un uso individual a su cuenta de correo (medida de seguridad), mas no sirven de sustento para denegar el acceso a información pública, debido a que una mera conducta de opacidad por parte de empleados públicos no tiene respaldo frente a la sociedad (salvo que tenga un fundamento constitucional).

³⁷⁰ El tribunal se equivoca cuando señala que el comportamiento diligente del empleador, consistente en informar al trabajador sobre los alcances de su poder de fiscalización en las herramientas de comunicación laborales, hace que los mensajes generados tengan carácter público. En realidad, solo legitima el acceso por parte del empleador y no por parte de los ciudadanos.

data permita a la justicia constitucional calificar el contenido de cada *email* institucional (considerando décimo quinto).

Esta sala decidió revocar la sentencia recurrida y declarar improcedente la demanda porque los *emails* requeridos por el demandante habrían sido eliminados en cumplimiento del plazo previsto por la Directiva 001-2006-MEM-OGP³⁷¹, tomando en consideración que el derecho de acceso a la información pública no comprende dentro de su contenido esencial la facultad de exigir la creación de información nueva (considerados décimo sexto y décimo séptimo).

Dicho órgano jurisdiccional consideró que en la fecha en que resolvía el recurso de hábeas data (junio de 2017) ya habían transcurrido mucho más de 45 días desde que se publicó el Reglamento Nacional de Hidrocarburos (noviembre de 2014). En consecuencia, refirió que los correos requeridos en agosto de 2014 (sobre la elaboración de dicho reglamento) habrían sido eliminados por el MEM, en cumplimiento de la referida Directiva (considerando décimo séptimo)³⁷².

Esta tesis discrepa con la decisión desestimatoria emitida por el colegiado. En primer lugar, este se equivoca al considerar que el correo de cuenta institucional es una comunicación privada. Si bien es cierto es una herramienta de comunicación cerrada, el comportamiento asumido por los funcionarios públicos está sujeto al derecho a saber y a sus principios, que exigen que la información que poseen sea divulgada a la sociedad y a sus miembros, y que el secreto sea la excepción.

Los ciudadanos no son los empleadores de los funcionarios públicos (la relación Estado-ciudadano no es equiparable a una relación laboral). Las reglas y principios que exigen que los funcionarios públicos entreguen información a la sociedad no tienen como fuente la autonomía de la voluntad (la celebración de contratos de trabajo entre el Estado y su personal), sino las normas constitucionales, que surten efectos de manera inmediata.

Es cierto que una serie de hechos, datos o actos de la vida íntima de un funcionario público se pueden generar o realizar en ámbitos creados para el desempeño público (como una cuenta institucional, que es un recurso público). Sin embargo, la protección que otorga el derecho a la intimidad se restringe a dichos asuntos

³⁷¹ El artículo 6.1.5 de la directiva dispone que los funcionarios titulares de cuentas de mensajería electrónica eliminan sus *emails* almacenados en el servidor en un plazo máximo de 45 días.

³⁷² De manera literal, señaló que “(...) conforme a la información solicitada, (...) el citado Reglamento fue publicado en El Diario Oficial El Peruano el 12 de noviembre de 2014, por lo que, los correos remitidos por el ex Ministro Eleodoro Mayorga Alba, habrían sido eliminados antes de la publicación del acotado Reglamento (...)” (considerando décimo séptimo).

materiales, y no se expande de manera abstracta o formal a los espacios de actuación pública (al continente).

La invocación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como excepción al derecho a saber, como ha sostenido esta tesis en el capítulo tercero, es desproporcionada, ya que protege todo un proceso comunicativo, sin importar qué contenido tenga.

Debido a su naturaleza formal, la aplicación del derecho al secreto de las comunicaciones privadas para denegar el acceso a *emails* institucionales resulta una medida inidónea (en tanto la denegatoria no garantiza, en los hechos, que se optimice el derecho a la intimidad, dado que su configuración no requiere acreditar la existencia de asuntos íntimos en la comunicación).

Asimismo, la denegatoria que se sustenta en dicho bien es innecesaria porque cubre bajo su manto de protección a la integridad del mensaje transmitido, no solo la información íntima que podría existir, sino también los asuntos relativos al desempeño público del funcionario.

Por otra parte, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública no supone una interceptación o intervención de los correos electrónicos institucionales, sino implica la puesta en marcha de un procedimiento mediante el cual los propios funcionarios públicos (el poseedor y el responsable de transparencia) participan en la liberación de los documentos, examinando previamente si debe adoptarse una restricción.

En segundo lugar, las entidades públicas, de conformidad con el artículo 21 del TUO de la Ley de Transparencia (ley de desarrollo constitucional), tienen la obligación de conservar la información bajo su posesión (como los *emails* de sus cuentas institucionales).

En consecuencia, el artículo 6.1.5 de la Directiva 001-2006-MEM-OGP (aplicada por la sala superior), que ordena la eliminación de los *emails* de las cuentas institucionales de su personal en un plazo de 45 días (sin realizar verificación alguna de su utilidad y sin involucrar al Archivo General de la Nación), es inconstitucional, debido a que imposibilita la disponibilidad de dichos documentos.

En ese sentido, este tribunal debió declarar inaplicable el referido artículo (en aplicación de control difuso), declarar la vulneración al derecho de acceso a la información pública debido a la denegatoria injustificada del Ministerio a la solicitud

presentada, y exigirle que entregue la información requerida o, en caso se haya efectivamente eliminado, realice esfuerzos razonables para su recuperación³⁷³.

En tercer lugar, reconocer que el derecho de acceso a la información pública abarca el suministro de *emails* de cuentas institucionales no significa que los pedidos ciudadanos de acceso a correos sean admitidos en abstracto o sean entregados a la sociedad por el mero hecho de encontrarse bajo la posesión de las entidades.

Ello no ocurre así, puesto que los responsables de transparencia de las instituciones públicas, de acuerdo al contenido de los *emails* específicamente requeridos y a la normativa vigente, evalúan si la entrega procede o no (a partir de un test de proporcionalidad, pueden eventualmente responder con una denegatoria íntegra o parcial –este último supuesto, en aplicación del principio de divisibilidad-).

Ciertamente, en el marco del procedimiento administrativo de acceso a la información pública, el responsable de transparencia de la entidad (quien se encarga de atender las solicitudes de información) accede a los *emails* del funcionario que los posee, a efectos de cumplir debidamente sus funciones relativas a determinar, a la luz de la normativa sobre el derecho a saber y sus excepciones, la procedencia o no del pedido ciudadano de información³⁷⁴.

De acuerdo al reglamento del TUO de la Ley de Transparencia, el responsable de transparencia revisa los *emails* requeridos previo requerimiento al poseedor de los mismos, y evalúa su contenido al margen de la mirada de la sociedad (su análisis será conocido recién en la respuesta formal que brinde al solicitante, una vez que haya verificado el contenido de la información bajo posesión, haya analizado la posible aplicación del régimen de excepciones y el solicitante haya cancelado la tasa)³⁷⁵.

³⁷³ Tal como lo exige el artículo 27 del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia, la unidad de administración de archivos de la entidad o el poseedor de la información deben realizar todas las acciones que sean necesarias para recuperar los documentos que se hayan destruido arbitrariamente.

³⁷⁴ Según el artículo 8 del TUO de la Ley de Transparencia, el funcionario responsable de transparencia de la entidad (encargado de brindar la información) es elegido por la máxima autoridad de dicha institución. En caso no haya sido designado, explica dicho artículo, asume la función el secretario general de la entidad. Por su parte, el artículo 5 del reglamento de dicho instrumento normativo prescribe que, en caso de vacancia o ausencia justificada del responsable de transparencia, el secretario general también asume las obligaciones de aquel.

³⁷⁵ Artículo 5.- **Obligaciones del funcionario responsable de entregar la información**

“Las obligaciones del funcionario responsable de entregar la información, son las siguientes:

(...) b. **Requerir la información al área de la Entidad que la haya creado u obtenido, o que la tenga en su posesión o control;**

(...) d. Entregar la información al solicitante, previa verificación de la cancelación del costo de reproducción;

La entrega de *emails* al responsable de transparencia de la institución (por parte del poseedor de los mismos), en el trámite de un procedimiento de acceso a la información pública, no supone una afectación arbitraria al derecho a la intimidad (en el supuesto que los *emails* a examinar estén protegidos por dicho derecho)³⁷⁶.

Ello se debe a que el reconocimiento de dicha competencia al responsable de transparencia constituye una medida razonable y proporcional para la tutela del derecho a saber: se trata de un funcionario especializado en materia de acceso a la información pública³⁷⁷, que depende únicamente de la máxima autoridad administrativa de su institución (en ese sentido, no está sometido a ningún otro funcionario) y se encuentra inmune a represalias que puedan adoptarse contra él/ella por cumplir las normas³⁷⁸.

(...) f. **En caso la solicitud de información deba ser rechazada** por alguna de las razones previstas en la Ley, **deberá comunicar este rechazo por escrito al solicitante**, señalando obligatoriamente las razones de hecho y la excepción o excepciones que justifican la negativa total o parcial de entregar la información”.

Artículo 6.- Funcionario o servidor poseedor de la información

“Para efectos de la Ley, el funcionario o servidor que haya creado, obtenido, tenga posesión o control de la información solicitada, **es responsable de:**

a. **Brindar la información que le sea requerida por el funcionario o servidor responsable de entregar la información** y por los funcionarios o servidores encargados de establecer los mecanismos de divulgación a los que se refieren los artículos 5 y 24 de la Ley, **a fin de que éstos puedan cumplir con sus funciones de transparencia en los plazos previstos en la Ley”** (subrayado añadido).

³⁷⁶ De acuerdo al artículo 6 del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia, el funcionario que tiene bajo su posesión la información requerida por el responsable de transparencia debe elaborar, en caso la documentación está afectada por una causal de excepción, un informe en la que explique las razones que motivan dicha decisión. Es decir, el agente estatal que remite sus *emails* íntimos al responsable de transparencia, además puede transmitir los motivos por los cuales considera que los *emails* no deben entregarse al solicitante.

³⁷⁷ Artículo 3 del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia- Obligaciones de la máxima autoridad de la Entidad

“Las obligaciones de la máxima autoridad de la Entidad, bajo responsabilidad, son las siguientes:

(...) d. **Asegurar que el funcionario responsable de entregar la información de acceso público**, así como el funcionario responsable del Portal de Transparencia, **tengan las condiciones indispensables para el cumplimiento de sus funciones, entre ellas**, enunciativamente:

(...) d.3. **Recibir capacitación permanente sobre los temas de transparencia y acceso a la información pública para el adecuado ejercicio de sus funciones”** (subrayado añadido).

³⁷⁸ Artículo 5-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia- Reglas para la adecuada actuación de los funcionarios responsables de entregar la información

“Sin perjuicio de que las Entidades realicen los cambios orgánicos que consideren para el mejor ejercicio de sus funciones, **la actuación de los funcionarios responsables se rige por las siguientes reglas:**

a. **Dependen de la máxima autoridad administrativa de la Entidad en el cumplimiento de sus funciones** en materia de transparencia y acceso a la información pública. A tales efectos respecto de estas funciones **no están sometidos a ningún otro funcionario o servidor de la Entidad.**

b. **Proponen a la máxima autoridad administrativa de la Entidad los procedimientos internos que aseguren la mayor eficiencia en la gestión de las solicitudes** de información.

c. **No podrán ser sancionados, cambiados en sus funciones** de transparencia y acceso a la información, **ni desvinculados de la Entidad como consecuencia del correcto cumplimiento de la Ley”** (subrayado añadido).

Así también la legitimidad de la medida adoptada por la legislación se observa en que el responsable de transparencia mantiene bajo su conocimiento exclusivo la información que recibe del poseedor: la eventual entrega de documentación se efectúa mediante respuesta escrita una vez que ha llegado a la conclusión que se trata de información bajo posesión de la institución al que no se le aplica ninguna norma de excepción.

En cuarto lugar, la sala superior, durante el trámite del proceso de hábeas data, estaba facultada para requerir la información materia de la discusión al MEM (los correos requeridos por el demandante) a efectos de evaluar su contenido e indicar si la entidad demandada actuó conforme al derecho a saber o, al contrario, lo lesionó. Se trata de una conducta garantista, reconocida en el artículo 63 del Código Procesal Constitucional³⁷⁹, que dicho tribunal decidió omitir³⁸⁰.

En quinto lugar, al amparar los argumentos del demandado (el MEM postuló que los *emails* institucionales no constituían información pública y que estaban protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas), la sala revisora rechazó el acceso a información pública a un ciudadano de manera inconstitucional, ya que solo puede denegarse el acceso a documentos (que tiene o debe tener la entidad) en aplicación proporcional del régimen de excepciones.

4.1.2.1. Voto en discordia de magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima en la sentencia de vista recaída en el Expediente 36677-2014

La resolución del proceso de hábeas data por parte de la Segunda Sala Civil de la

³⁷⁹ Artículo 63.- Ejecución Anticipada

“De oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el Juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. La resolución deberá contener un plazo máximo de tres días útiles para dar cumplimiento al requerimiento expresado por el Juez” (subrayado añadido).

³⁸⁰ Esta tesis solo ha encontrado un proceso de hábeas data en el que el Tribunal Constitucional ha aplicado dicho artículo (pese a su utilidad en la emisión de sentencias conforme a derecho). En una causa dicho órgano colegiado solicitó la entrega de unos videos y audios al Congreso de la República (que éste había denegado a un ciudadano porque consideraba que se trataba de información íntima; sin embargo, no había fundamentado debidamente las razones de su decisión). En virtud de esta actuación proactiva, el Tribunal revisa el contenido del material en disputa y determina que cierta información no estaba afectada por normas de excepción, la cual mantuvo bajo su custodia (en cambio, la documentación sí debía ser exceptuada fue devuelta al Congreso en sobre lacrado). Con conocimiento del caso, el Tribunal pudo emitir un fallo compatible al derecho de acceso a la información pública, procediendo a entregar al demandante la información que no correspondía denegar (Sentencia dictada el 9 de diciembre de 2014 en el Expediente 01839-2014-PHD/TC sobre recurso de hábeas data interpuesto por doña Margarita del Campo contra el Congreso de la República. Fundamentos jurídicos 15 al 24).

Corte Superior no fue pacífica, ya que, en un primer momento, se produjo discordia en la causa a raíz del voto de dos jueces superiores por la revocación e improcedencia de la sentencia de instancia (Martínez Maraví y Ubillús Fortini), y el voto de un juez superior por la confirmación de la resolución apelada (Tapia Gonzáles).

Ello motivó a que se convocara a un magistrado dirimente que se adhirió al voto en discordia (Solís Macedo); frente al empate, se llamó a otro juez que definió el sentido de la sentencia a favor de su improcedencia (Soller Rodríguez). Como resultado, se emitió una sentencia de vista en mayoría (firmada por tres magistrados) y un voto en discordia (al que se adhirieron dos magistrados).

El voto en discordia sostuvo que el derecho de acceso a la información pública protege el conocimiento ciudadano de los *emails* institucionales requeridos por el demandante, ya que se trata de información que la normativa le atribuye carácter público, y porque no es aplicable el régimen de excepciones.

Al respecto, explicó que los *emails* oficiales califican como información pública, a la luz de los artículos 2 inciso 5 de la Constitución, 10 primer párrafo del TUO de la Ley de Transparencia, y 61 inciso 1 del Código Procesal Constitucional (considerando cuarto).

En relación al régimen de excepciones, refirió que el derecho a saber debe interpretarse de manera favorable a su eficacia. Por tanto, afirmó que las normas de excepción solo pueden aplicarse cuando se compruebe un motivo legítimo.

En ese marco, el voto singular consideró que si los documentos requeridos por el demandante (los *emails* de cuentas institucionales del entonces Ministro Mayorga) estaban relacionados a las excepciones de intimidad o vida privada, el demandado debía justificar que su divulgación produciría una amenaza o vulneración a dichos bienes.

Acerca de la invocación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas por parte del demandado, los magistrados discordantes sostuvieron que el uso de una cuenta institucional de correo electrónico no constituye un ámbito de la vida privada de los servidores públicos, por tanto, no califican como comunicaciones privadas: “[e]l secretismo es para la información, comunicaciones o documentos privados (...). Siendo así, se excluye de esta protección o garantía a la información o documentos públicos (...) (considerando octavo).

En cambio, resaltaron que es un espacio dedicado a las labores públicas: “[e]l correo del Ministro es institucional y persigue fines institucionales (...). No es un correo

diseñado per se para fines personales a la manera de las empresas que proveen cuentas como Hotmail, Yahoo, Gmail u otros similares” (considerando noveno).

En relación a la actuación de los funcionarios públicos en su desempeño oficial, el voto en discordia recordó que están sujetos a un mayor escrutinio público por parte de la sociedad, acerca de la manera cómo ejercen las competencias que asumieron voluntariamente (considerando noveno). Asimismo, detalló que los actos de los funcionarios públicos deben caracterizarse por la total transparencia (considerando décimo segundo).

En coherencia con los principios y valores que promueven la publicidad de la actuación pública, esta posición abogó por desterrar una interpretación aislada del artículo 2 inciso 10 de la Constitución y exigió una comprensión del referido dispositivo a la luz de los principios de unidad, concordancia práctica y pro homine, para contextualizarlo con los demás bienes constitucionales (considerando octavo).

Desde esta perspectiva, manifestó que las normas establecidas en la Directiva 001-2006-MEM-OGP que, según el demandado establecen que el contenido del correo es privado y que el uso es personal, en realidad, deben ser interpretadas como medidas de seguridad que exhortan a los funcionarios a otorgar un uso individual a sus cuentas de *email* institucional, lo que quiere decir que no deben compartir el uso de dichas herramientas a terceros (lo cual no es incompatible con reconocer el acceso ciudadano a *emails* oficiales)³⁸¹.

En relación al petitorio de la demanda (el acceso a *emails* sobre proceso de elaboración del Reglamento Nacional de Hidrocarburos), el voto en discordia recalcó que se trata de información sobre la cosa pública, sobre la cual no resultaba aplicable la excepción de intimidad o vida privada del entonces Ministro Mayorga.

¿Podría alguien razonablemente sostener que el acceso a los correos (cuenta laboral) del señor Ministro Eleodoro Mayorga Alba referidos al nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos lo afectarán **en la forja de su personalidad, sus convicciones más íntimas, sus gustos, manías, placeres y fobias en libertad que constituyen el derecho a la intimidad? Obviamente no pues dichos correos son de índole pública y no privada**³⁸².

³⁸¹ Por tanto, el voto en discordia señaló que la directiva invocada “(...) no convierte o torna su fin laboral en uno de carácter íntimo o personalísimo pues debemos distinguir la forma de operar del correo (a título personal) del fin que persigue el mismo (institucional o laboral)” (considerando décimo). Según dicha posición, una evidencia de que el servicio de email oficial es proporcionado para el cumplimiento de funciones públicas es el destino de presupuesto para “(...) la logística que su creación y mantenimiento implica” (considerando noveno).

³⁸² El voto en discordia hace esta definición del derecho a la intimidad a la luz del fundamento jurídico 18 de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente 03485-2012-PA/TC.

¿Alguien podría razonablemente sostener que el acceso a los correos (cuenta laboral) del señor Ministro Eleodoro Mayorga Alba referidos al nuevo Reglamento Nacional lo afectarán irremediablemente en **sus relaciones sociales, profesionales o actividad financiera? Obviamente no pues dichos correos son de índole pública y no privada**³⁸³.

(...) Lo cierto es que, tratándose de la cosa pública, de un asunto relativo a la exploración y explotación de hidrocarburos, los ciudadanos tienen derecho a acceder dicha información pública. Nada que tenga que ver con la cosa pública, con los recursos naturales del país, con su erario, puede estar vedado al conocimiento de la Nación, salvo las excepciones constitucionales o legales (...) ¿Podría una información relacionada al **desarrollo nacional** ser privada como pretende la demandada y no pública? Obviamente no, pues todo aquello que concierne a la Nación, debe ser absolutamente transparente (...). Los correos relativos al Reglamento, no podrían ser en absoluto privados pues conciernen al interés de la Nación y no al interés particular o individual de un Ministro (considerando sexto) (resaltado no es mío)³⁸⁴.

El voto disidente decidió someter la respuesta denegatoria del Ministerio demandado (basada en el derecho al secreto de las comunicaciones privadas) al test de proporcionalidad, a efectos de precisar si la restricción era legítima al derecho al acceso a la información pública. Bajo dicho parámetro, consideró que la denegatoria enjuiciada era desproporcionada.

En primer lugar, explicó que no cumple con el examen de idoneidad, puesto que la medida limitativa no era adecuada para la satisfacción del derecho a la intimidad, puesto que los *emails* solicitados no versan sobre esta excepción, sino sobre un asunto público, como es el proceso de elaboración del Reglamento Nacional de Hidrocarburos (considerando décimo primero)³⁸⁵.

En segundo lugar, señaló que si la medida restrictiva, de manera hipotética, hubiera superado el examen de idoneidad, tampoco hubieran cumplido con el de necesidad,

³⁸³ El voto en discordia hace esta definición del derecho a la vida privada a la luz del fundamento jurídico 18 de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente 3485-2012-PA/TC.

³⁸⁴ Este voto disidente también descartó la aplicación de la excepción de privilegio deliberativo (artículo 17 inciso 1 del T.U.O. de la Ley de Transparencia) porque no se demostró que la información tratara sobre ella (considerando séptimo).

³⁸⁵ Los magistrados que suscribieron el voto en discordia señalan que si la medida restrictiva, de manera hipotética, hubiera superado el examen de idoneidad, tampoco hubieran cumplido con el de necesidad, debido a que la medida utilizada (denegatoria total) no es indispensable, ya que existen alternativas menos gravosas para tutelar la información íntima: la discriminación entre la información íntima y la relativa a la cosa pública, de modo que solo la primera se excluya del acceso. Igualmente, aún si hubiera superado el subjuicio de necesidad, no hubiera cumplido el de proporcionalidad en sentido estricto, porque el grado de intervención al derecho a saber es grave, mientras que la intensidad de la satisfacción del derecho a la intimidad es leve (considerando décimo primero).

debido a que la medida utilizada (denegatoria total) no es indispensable, ya que existen alternativas menos gravosas para tutelar la información íntima: la discriminación entre la información íntima y la relativa a la cosa pública, de modo que solo la primera se excluya del acceso.

En tercer lugar, argumentó que, aún si la denegatoria de acceso a los *emails* institucionales de Mayorga hubiera superado el subjuicio de necesidad, no hubiera cumplido el de proporcionalidad en sentido estricto, porque el grado de intervención al derecho a saber es grave, mientras que la intensidad de la satisfacción del derecho a la intimidad es leve (considerando décimo primero).

Esta tesis concuerda con los argumentos formulados por el voto en discordia, ya que reconoce que los correos electrónicos institucionales están dentro del ámbito de protección del derecho a saber y aplica el principio de proporcionalidad para evaluar la legitimidad de una restricción a dicho bien (lo que lleva a descartar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como excepción válida).

Asimismo, esta investigación, al igual que la postura de los magistrados disidentes, rechaza que la cuenta institucional de correo electrónico propicie comunicaciones privadas, puesto que el comportamiento de los funcionarios públicos está destinado a la máxima divulgación (por ello, la regla es la transparencia y el secreto, de acuerdo al contenido de la información, la excepción).

En relación al estado de esta causa, se debe indicar que, una vez notificada la sentencia de vista a las partes, el autor de esta tesis interpuso un recurso de agravio constitucional, el cual ha sido declarado procedente. En estos momentos se encuentra pendiente de resolución en la segunda sala del Tribunal Constitucional.

4.1.3. Sentencia del Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima en el Expediente 36498-2014: Julio Arbizu vs. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

Otro caso en el que el Poder Judicial ha tenido la oportunidad de pronunciarse es en el proceso de hábeas data promovido por don Julio Arbizu contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el cual, como se revisó en el capítulo tercero, denegó la entrega de *emails* de la cuenta institucional del entonces titular del sector Milton Von Hesse (que hubiera recibido de parte de compañías o gremios empresariales, así como sus respectivas respuestas que trataran asuntos de interés público, en un periodo de tiempo determinado).

El 31 de enero de 2017 el juzgado que conoció este recurso declaró fundada la demanda porque, según su argumentación, los *emails* oficiales encajaban dentro

del objeto del derecho a saber y porque, debido a su contenido relacionado al interés público, su entrega prevalecía sobre la excepción de privilegio deliberativo invocada.

A partir de la examinación de las normas aplicables, señaló que, de acuerdo al TUO de la Ley de Transparencia, se establece la regla por la cual “(...) se consigna como información pública toda aquella que posea el Estado (...)” (considerando octavo). En relación al privilegio deliberativo, aseveró que se trata de una norma de excepción (considerando octavo).

Si bien es cierto el juzgado citó de modo textual la norma que reconoce el límite del privilegio deliberativo (prevista en el artículo 17 numeral 1 del TUO de la Ley de Transparencia), no precisó si los *emails* requeridos por el demandante se subsumían en ella. El juzgado sostuvo que el hecho que se pidieran los *emails* que abordaran asuntos de interés público, bastaba para efectuar su divulgación (considerando noveno).

Esta tesis suscribe parcialmente los argumentos del juzgado. Coincide en que los *emails* de cuentas institucionales califican como información pública, de acuerdo al criterio de la posesión. No obstante, discrepa que el criterio del interés público baste para conceder la información solicitada.

De la lectura de esta resolución, se observa que el juzgado, en realidad, no verifica, en los hechos, si los *emails* requeridos están sujetos a la norma de excepción invocada por la entidad demandada. Al parecer, desiste de esta labor por el mero hecho de que la información solicitada revestía de interés público.

Esta actuación lleva implícita la idea de que el derecho de acceso a la información no requiere de un ejercicio de ponderación (en caso de conflicto con otro bien legítimo) si permite que las personas estén informadas de asuntos de interés público. Es decir, le otorga una protección absoluta al derecho, no admitiendo restricción alguna cuando se constata la dimensión colectiva del derecho (perspectiva que destaca la importancia de la divulgación de asuntos públicos en el fortalecimiento del sistema democrático).

Para esta tesis, la teoría de la posición preferente de derechos no es admisible en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la Constitución reconoce principios y derechos en condiciones de igualdad y establece que, en casos de conflicto, debe acudir al test de proporcionalidad³⁸⁶. El criterio del interés público es un elemento

³⁸⁶ Debido a que el derecho de acceso a la información pública tiene una dimensión colectiva (que contribuye a la formación de la opinión pública y, de esta manera, al fortalecimiento del sistema democrático), el Tribunal Constitucional le ha concedido el estatus de una libertad preferida, condición que, ha referido, no significa que prevalezca (sobre otros bienes constitucionales) por su mera configuración en un caso concreto, sino que

más a considerar en el balance, mas no es un elemento determinante en la resolución de conflictos³⁸⁷.

Esta sentencia de instancia ha sido apelada por el Procurador del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento³⁸⁸, la cual fue concedida con efecto suspensivo. El expediente, en la actualidad, se encuentra bajo conocimiento de la primera sala constitucional de la Corte Superior de Lima.

Vistas las tres sentencias identificadas por esta tesis, recaídas en acciones de protección judicial del derecho de acceso a la información en correos electrónicos de cuentas institucionales, se observa que dos de ellas consideran que dichos documentos están dentro de su ámbito de tutela porque se subsumen en la categoría de información pública.

ocasiona que ostente una protección reforzada mediante la concesión de una serie de garantías (por ejemplo, presunción de inconstitucionalidad de medidas limitativas). Ello se debe a que la Constitución no ha establecido una jerarquía entre principios o derechos constitucionales y que cada situación de conflicto debe ser resuelta mediante el test de proporcionalidad (Sentencia dictada el 29 de enero de 2003 por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1797-2002-HD sobre acción de hábeas data interpuesto por don Wilo Rodríguez contra don Valentín Paniagua, entonces Presidente de la República. Fundamento jurídico 11).

³⁸⁷ El criterio de interés público es un elemento que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, debe ser tomado en cuenta para la ponderación de conflictos entre derechos o principios (y no se erige como un elemento determinante en la resolución). En relación a la divulgación de actividades íntimas de funcionarios públicos que reúnen un interés público, el Tribunal Constitucional se pregunta si la verificación de la existencia de una atención de la sociedad en ellas resulta suficiente para efectuar la apertura. Responde que no: “30. (...) corresponde analizar si la sola acreditación de la relevancia pública de la información relativa a su intimidad o a su vida privada basta para producir una intervención constitucionalmente válida en los referidos derechos fundamentales. Para nosotros queda claro que la respuesta debe ser negativa. En primer lugar, porque la intervención en el conocimiento de datos relativos a la intimidad o vida privada de los funcionarios público[s] solo puede darse por medios lícitos (...) 31. En segundo lugar, **el conocimiento y difusión de la información relativa a la vida privada de los funcionarios públicos debe superar el test de proporcionalidad**” (subrayado añadido) (Sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 en el Expediente 03485-2012-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por don Keith Mamani y doña Lid Gonzáles contra don Saúl Flores, Fiscal Superior Provincial Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público).

³⁸⁸ En segunda instancia, Access Info Europe (AIE) y la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) presentaron un amicus curiae en apoyo al demandante, en el que sustentaron, a la luz de la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, por qué los *emails* solicitados al exministro Eleodoro Mayorga constituían documentos públicos que debían ser divulgados a la sociedad. Sostuvieron que las personas deben tener acceso a documentos sobre decisiones gubernamentales porque contribuyen a supervisar la conducta de los empleados públicos, promueve la confianza en la integridad y desempeño del gobierno y alienta la participación activa. Explicaron que, en Estados Unidos, cuando se presenta un conflicto entre el derecho a saber y el derecho a la vida privada, se debe apreciar si la información requerida versa sobre “(...) asuntos dentro del ámbito de las responsabilidades, funciones y jurisdicción de la agencia gubernamental” para determinar si prevalece el principio de transparencia. Constatando una práctica, manifestaron que: “(...) todas las cortes [de Estados Unidos] que han lidiado con el conflicto entre la privacidad individual y el acceso público a los correos electrónicos del gobierno han determinado que los correos electrónicos, relativos al desempeño de funciones públicas financiadas con el dinero de los contribuyentes, están sujetos a divulgación en virtud de las leyes sobre documentos públicos”.

La otra sentencia, en cambio, no le otorga dicha condición por hallarse bajo la protección del derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Ello muestra que la posición de los cuatro Ministerios (estudiada en el capítulo tercero) también tiene recepción en un órgano del sistema de justicia, lo cual es preocupante.

Además de revisar el tratamiento que le ha otorgado el Poder Judicial al acceso ciudadano a *emails* de cuentas institucionales, también es importante observar la jurisprudencia administrativa de entidades de la región americana que tienen competencias especializadas para garantizar el derecho de acceso a la información pública.

4.2. Jurisprudencia administrativa de órganos garantes del derecho de acceso a la información pública en la región americana en favor de la entrega de *emails* de cuentas institucionales

Esta tesis ha decidido acudir a las decisiones administrativas de las autoridades de transparencia de Chile y México porque la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha destacado su diseño institucional: cuentan con competencias de supervisión y promoción del derecho de acceso a la información pública (entre ellas, la de resolver las controversias existentes sobre la provisión de información pública mediante decisiones vinculantes) en condiciones aceptables de autonomía (2014: párr. 82-83).

Se trata del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México (INAI) –órgano autónomo de rango constitucional con patrimonio propio³⁸⁹ y del Consejo para la Transparencia de Chile (CPLT) –órgano autónomo de derecho público con patrimonio propio³⁹⁰. Ambos no se encuentran bajo la dirección de organismos existentes.

4.2.1. Resoluciones favorables del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México

El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de

³⁸⁹ Artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.-

“(…) A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: (...) VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley”.

³⁹⁰ Artículo 31 de la Ley 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública de Chile.-

“Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. (...)”.

Datos de México, encargado de verificar el cumplimiento de las normas del derecho a saber por parte de las entidades de la Administración Pública Federal³⁹¹, tiene una línea jurisprudencial orientada al reconocimiento del acceso a correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos.

Para el INAI, los *emails* oficiales son objeto de acceso siempre que registren el ejercicio de competencias o funciones públicas y obren en poder de las entidades obligadas³⁹². Debido a que estos recursos tecnológicos han sido suministrados por el Estado para el desempeño de labores públicas, se concibe su divulgación.

De acuerdo a sus “Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, el INAI ha definido el servicio de correo institucional como una herramienta informática que “(...) permite el intercambio expedito de información al interior y al exterior de las dependencias y entidades, al tiempo que facilitan y documentan el quehacer gubernamental derivado del ejercicio de las atribuciones legales de las mismas” (2009).

Entre las decisiones que expanden la protección del derecho de acceso a información pública a los *emails* oficiales, se debe citar la dictada en el Expediente 5476-09, en la que acogió un recurso de revisión interpuesto por un ciudadano para que se revocara la denegatoria de acceso a todos los correos electrónicos institucionales recibidos y remitidos por un funcionario de la Comisión Federal de Mejora Reguladora, entre el 1 de abril al 15 de octubre de 2009:

³⁹¹ El artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho de acceso a la información pública: “A. (...) I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información”. Este precepto es desarrollado en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (publicada el 4 de mayo de 2015), que en su artículo 3 fracción VII define el concepto de documento objeto de acceso, que puede estar en cualquier soporte: “Los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o bien, cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades, funciones y competencias de los sujetos obligados, sus Servidores Públicos e integrantes, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico”.

³⁹² Se observa que en México el criterio predominante en la definición de información pública es el de contenido, debido a que el objeto del derecho se describe como la información que trata sobre el ejercicio de funciones públicas. No obstante, el criterio de la posesión tiene importancia porque la información debe existir en la entidad para que pueda brindarse.

Quinto. (...) **los correos electrónicos de los servidores públicos son documentos susceptibles de acceso** en los términos de la LFTAIPG [Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, sustituida por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública], **ya que registran el ejercicio de sus facultades o actividades; se encuentran en medios electrónicos o informáticos, y contienen información que los sujetos obligados generaron, obtuvieron, transformaron o conservaron por cualquier título.**

(...) En razón de la naturaleza de su cargo y al considerar que el desempeño de sus labores lo realiza en el marco del servicio público, es posible advertir que, **generalmente, los servidores públicos reciben en sus cuentas electrónicas, entre otros, peticiones ciudadanas sobre diversos temas; opiniones sobre hechos de la vida nacional; invitaciones y participaciones en eventos inherentes a su cargo y asuntos gubernamentales. Así, estos correos electrónicos versan sobre información en el marco de la LFTAIP** [Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública], pues **están relacionados con las actividades llevadas a cabo por servidores públicos** (subrayado añadido)³⁹³.

En la misma línea, en resolución recaída en Expediente 1836-09, el INAI estimó un recurso de revisión interpuesto por un ciudadano, ordenando la búsqueda y el suministro de los documentos adjuntos a los correos electrónicos de los funcionarios de mando medio y superior de la Administración Portuaria Integral de Dos Bocas, correspondientes a los años 2006, 2007, 2008 y 2009.

Cuarto. (...) es criterio de este Instituto que las **comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos por servidores públicos, en ejercicio de sus atribuciones, constituyen documentos e información en términos de** las fracciones III y V del artículo 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental [sustituidas por el **artículo 3 fracción VII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**], por lo que ante una solicitud de acceso a la información, en donde se requieran correos electrónicos, la misma deberá atenderse en términos del procedimiento previsto en el Título II de la Ley de la materia [sustituido por el Título VII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública] (subrayado añadido)³⁹⁴.

³⁹³ Decisión del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos, dictada el 20 de enero de 2010 en el Expediente 5476-09, sobre recurso de revisión interpuesto por un ciudadano contra la Comisión Federal de Mejora Regulatoria.

³⁹⁴ Decisión del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos, dictada el 17 de junio de 2009 en el Expediente 1836-09, sobre recurso de revisión interpuesto por un ciudadano contra la Administración Portuaria Integral de Dos Bocas. En semejantes términos, se expresó en sus decisiones emitidas en el Expediente 3069-08 (considerando cuarto); en el Expediente 5810-08 (considerando cuarto); en el Expediente 5436-09 (considerando cuarto); y en el Expediente 5476-09 (considerando quinto).

Este órgano garante, con el objetivo de ampliar el conocimiento sobre el derecho a saber, elaboró una investigación denominada “Estudio y Consideraciones sobre la publicidad del correo electrónico de los servidores públicos”, en el que sostuvo que los *emails* institucionales son información pública.

(...) los **correos electrónicos de los servidores públicos, al estar en un medio electrónico o informático, son documentos gubernamentales, susceptibles de acceso** en los términos de la Ley [Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública]; la **condición sine qua non para considerarlos como tales es que en ellos se encuentren el registro del ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos** (2007: 2) (subrayado añadido).

A su vez, el INAI ha emitido un criterio de interpretación específico sobre la divulgación de correos electrónicos institucionales, en ejercicio de su función de intérprete de las normas de acceso a la información pública, a propósito de los precedentes que dictó de modo uniforme en torno a dicho asunto. Se trata del Criterio de interpretación 08-10.

Correos electrónicos que constituyen documentos susceptibles de acceso a la información. **Las comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos institucionales, incluidos los archivos adjuntos, que registran información relativa a un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, generado, recibido o conservado bajo cualquier título, en el ejercicio de atribuciones de los servidores públicos, constituyen documentos e información** en términos de las fracciones III y V del artículo 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental [sustituidas por el artículo 3 fracción VII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública]. Por ello, ante una solicitud de acceso a la información, en donde se requiera acceso al contenido de correos electrónicos institucionales enviados o recibidos en ejercicio de la función pública, la misma deberá atenderse en términos del procedimiento previsto en la propia ley para cualquier solicitud de acceso a la información (subrayado añadido).

Para este órgano autónomo constitucional, los *emails* institucionales que constatan una actuación pública deben ser conservados en los archivos de las entidades obligadas. En su decisión recaída en el Expediente 5810-08, en el que estimó un recurso de revisión interpuesto por un ciudadano, revocando una denegatoria del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado para conocer los *emails* institucionales recibidos por un funcionario de dicha entidad, entre diciembre de 2007 y mayo de 2008, señaló, de conformidad con su investigación “Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, que:

Cuarto. (...) exclusivamente aquellos correos institucionales que reflejen el ejercicio de atribuciones de los sujetos obligados y la actividad y desempeño de los servidores públicos serán considerados como correos electrónicos de archivo por lo que podrán conservarse en los términos y los periodos de guarda y conservación señalados en el Catálogo de Disposición Documental, sin que sea necesario imprimir los correos electrónicos y sus documentos adjuntos (...) ³⁹⁵.

El INAI ha reconocido que los correos electrónicos institucionales pueden contener información no relacionada a labores públicas y, más bien, a actividades de interés personal del funcionario público. Esta clase de información, sostiene, no puede ser suministrada a las personas o a la sociedad.

En ese sentido, ha señalado, en la Sección I, disposición segunda, de sus “Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, que no son objeto de acceso “[l]os correos electrónicos de carácter estrictamente personal que no guardan relación con el ejercicio de las atribuciones de la dependencia o entidad, ni con el desempeño o actividades de las personas en su calidad de servidores públicos (...)”.

En tanto el derecho a saber no es absoluto, el INAI reconoce que existen otros bienes constitucionales que pueden justificar una limitación a la publicidad de los *emails* institucionales. Un precedente identificó la relación del derecho a acceder a los *emails* oficiales con el derecho a la protección de datos personales de funcionarios y particulares ³⁹⁶.

Como se aprecia, el órgano garante del derecho de acceso a la información pública de México reconoce que los *emails* de cuentas institucionales son información pública cuando revelan o registran el ejercicio de competencias y funciones públicas.

Esta tesis considera que la posición construida por el INAI es parcialmente favorable al derecho de acceso a la información pública. Si bien es cierto permite su ejercicio cuando la información trata directamente sobre asuntos relativos al desempeño

³⁹⁵ Decisión del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos, dictada el 11 de febrero de 2009 en el Expediente 5810-08, sobre recurso de revisión interpuesto por un ciudadano contra el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.

³⁹⁶ Se trata de la decisión recaída en el Expediente 5476-09, en el que estableció criterios para resolver conflictos entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales, suscitados en el suministro de *emails* institucionales. Estableció las siguientes reglas: i) se debe eliminar el nombre y dirección electrónica de la persona que contacta a funcionario; ii) si email intercambiado entre particular y funcionario no está relacionado a vida privada o intimidad del primero y, más bien, versa sobre invitaciones a eventos privados de difusión pública o sobre peticiones de organizaciones sociales, debe suministrarse el email, incluyendo el nombre del particular, mas no la dirección electrónica de éste; iii) si email trata sobre asuntos gubernamentales, se divulgan los datos personales involucrados (Considerando quinto).

público, impide evaluar plenamente su actuación, ya que, al excluir toda clase de información sobre *emails* de contenido extraoficial, la sociedad no puede evaluar el uso (in)debido y el tiempo invertido que brindan los servidores públicos a un recurso público (las cuentas institucionales de correo).

En tanto el INAI niega que los *emails* de cuentas institucionales de contenido personal o privado (ajenos a la función pública) sean información pública, cancela la posibilidad de que los ciudadanos, de manera proporcional, puedan conocer la cifra numérica (no contenido o la identidad del otro interlocutor) de *emails* de contenido extraoficial (una manera proporcional de evaluar el manejo adecuado o no que realizan los funcionarios del servicio de correo electrónico).

Por otro lado, esta investigación considera que la definición del concepto de información pública debe realizarse en virtud del criterio de la posesión (que abarca mucha mayor información que el criterio del contenido). La pauta de la tenencia es más garantista, puesto que permite a los ciudadanos conocer la actuación íntegra de los funcionarios públicos (la existencia de *emails* institucionales de contenido privado revela indirectamente el desempeño del funcionario en su cargo).

Además, el reconocimiento de los correos de cuentas institucionales (tanto oficiales como extraoficiales), como información pública (objeto del derecho a saber), permite la conservación y eventual entrega de información atinente a la vida privada que puede ser relevante para examinar la idoneidad y capacidad de los funcionarios públicos en su cargo (previo test de proporcionalidad).

Esta tesis considera que, en caso de solicitarse un *email* institucional de contenido amical o familiar (que no corresponda liberar una vez realizado el test de proporcionalidad), se debe aplicar una norma de excepción (la causal de intimidad, por ejemplo).

En su jurisprudencia administrativa, es importante destacar (como un aspecto positivo) que el INAI no ha contemplado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como una posible limitación al derecho a saber. Reconoce, más bien, una serie de causales de restricción a este bien legítimo que se justifican casuísticamente.

4.2.2. Resoluciones favorables del Consejo para la Transparencia de Chile

En su jurisprudencia administrativa, el Consejo para la Transparencia de Chile, encargado de supervisar el cumplimiento de las normas de acceso a la información

pública en ese Estado³⁹⁷, ha construido una posición garantista del acceso a *emails* institucionales³⁹⁸, que reconoce la divulgación de esta clase de documentos, siempre que trate sobre el ejercicio de funciones públicas y obre en poder de las entidades de la Administración Pública³⁹⁹.

De acuerdo a esta postura, los correos electrónicos institucionales son herramientas tecnológicas brindadas por el Estado a los agentes públicos para que puedan realizar sus labores y actividades públicas. Por tanto, esta clase de documentos electrónicos son supuestos de información pública y no están amparados por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

No obstante, las normas de reserva o secreto pueden resultar aplicables a los *emails* oficiales si éstos tienen un contenido sobre la vida privada o íntima de los emisores, receptores o de terceros. Como en otros ámbitos de ejercicio del derecho a saber, el régimen de limitaciones incide en el acceso a los *emails* oficiales.

Entre las decisiones del Consejo para la Transparencia que interpretan los alcances del derecho a saber, se puede subrayar la dictada en el rol C83-10, donde acogió una reclamación planteada por una persona que deseaba acceder a los correos electrónicos recibidos por el Servicio Electoral de Chile (SERVEL) de parte de la gerente de la empresa NCR Chile Ltda., en la que se abordaba el desempeño de

³⁹⁷ La Constitución de Chile reconoce el derecho a saber en su artículo 8: “(...) Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Este precepto es desarrollado en la Ley de Transparencia (Ley 20.285, publicada el 20 de agosto de 2008), que en su artículo 10 contempla una serie de supuestos de información pública, que pueden estar en cualquier soporte: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”. Acogiendo una interpretación amplia del objeto del derecho, el artículo 5 consagra que “(...) es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”.

³⁹⁸ Sin embargo, existe otra postura en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Transparencia que niega el carácter público de los correos electrónicos institucionales, la cual sostiene que constituyen un ámbito de la vida privada del funcionario, protegido por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Describe que los *emails* institucionales transmiten expresiones propias de la personalidad de sus interlocutores por medio de un canal cerrado (con emisores y destinatarios acotados) y con voluntad de excluir cualquier conocimiento de terceros, y que la protección otorgada por el referido derecho no cesa aún se trate de comunicaciones realizadas por medios financiados con presupuesto público (considerandos 4 y 5 de la decisión recaída en el Rol C2008-17). Adicionalmente, esta postura sostiene que la Ley de Transparencia de Chile La Ley de Transparencia no establece de modo específico el procedimiento para intervenir las comunicaciones privadas de manera válida (no delimita casos y formas), cuando deba prevalecer el derecho a saber en casos excepcionales (considerando 3 inciso a de la decisión recaída en Rol C2219-13). Se trata de una interpretación similar a la realizada por los Ministerios estudiados en esta tesis.

³⁹⁹ Se observa que en Chile el derecho de acceso a la información pública se torna efectivo en la práctica cuando su contenido trata directamente sobre el ejercicio de funciones públicas.

una servidora pública, en el marco de un convenio celebrado entre ambos. Al respecto, señaló:

3) Que la información solicitada es información que **obra en poder del órgano de la Administración**, teniendo por origen la misiva de un particular dirigida a un funcionario público, razón por la cual ésta debe, **en principio, considerarse pública (...), a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.** (...)

10) Que lo solicitado por la reclamante es la copia de una carta enviada por una particular, en su calidad de Gerente de Ventas de la empresa NCR Chile Ltda., dirigida a la casilla del correo electrónico institucional de un funcionario de dicho órgano de la Administración del Estado, en la cual **se refiere, exclusivamente, a las labores efectuadas por uno de los funcionarios de dicho servicio, en el ejercicio de sus funciones, y a las consecuencias de estas labores en la ejecución de los compromisos convenidos entre la empresa NCR Chile Ltda. y el SERVEL.**

11) Que **la comunicación solicitada no puede estimarse “privada” (...); en ellas no se expone antecedente alguno acerca de la intimidad o la vida privada del emisor del mensaje;** y ha sido formulada en el contexto de la comunicación cotidiana y expedita que debe sostener un particular con la Administración del Estado, cuando ésta es su contraparte en una relación jurídica, no pudiendo sino **ser de conocimiento del particular el carácter público del destinatario y del medio utilizado.** Consecuentemente, la divulgación de la información no supone una afectación a los derechos del tercero involucrado, en los términos del artículo 21 de la Ley de Transparencia (subrayado añadido)⁴⁰⁰.

Asimismo, en el rol C377-11, el Consejo estimó un recurso de reclamación interpuesto por una persona que buscaba acceder a los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos del Servicio de Impuestos Internos (SII) intercambiados entre ellos o con el Poder Ejecutivo, sobre actos administrativos o de gobierno, orientados a la aplicación de descuentos a liquidaciones de sueldo de los trabajadores del SII, correspondientes a enero de 2011, por haberse ausentado de sus labores en el marco de la participación en una huelga.

En esta decisión, aseveró que los correos electrónicos requeridos eran información pública porque estaban relacionados al ejercicio de competencias públicas, y que, en el caso, prevalecía el suministro sobre el derecho de protección de datos personales de los funcionarios (información requerida contenía nombre de funcionarios, días u horas dejadas de trabajar, descuentos a remuneraciones)⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Decisión del Consejo para la Transparencia de Chile dictada el 22 de junio de 2010 en el Rol C83-10, sobre recurso de amparo interpuesto por doña Ximena Gómez contra el Jefe de Administración del SERVEL.

⁴⁰¹ El Consejo reconoce que el derecho a saber no prima en abstracto sobre el derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, en esta misma decisión, señaló que la protección de datos personales como descuentos

4) Que dicha información, en principio, reviste carácter público a la luz de lo preceptuado por el artículo 8° de la Constitución Política de la República [que prescribe el derecho a saber], en relación con lo dispuesto en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia [que definen los alcances del concepto de información pública], pues corresponde al fundamento de actos o resoluciones adoptados por un órgano de la Administración del Estado, y/o los documentos que les sirven de sustento o complemento directo o esencial, además de **constituir información elaborada con presupuesto público y que se encuentran en poder del órgano reclamado (...).**

8) (...) a) Si bien la **vinculación entre la identidad de un determinado funcionario público con el hecho de haber sido éste objeto de descuento** en sus respectivas remuneraciones como consecuencia de haber participado en determinadas movilizaciones, **como asimismo la información relativa al periodo no trabajado** que dio lugar a tales descuentos, **pueden considerarse datos personales de dicho funcionario**, en los términos del artículo 2°, letra f), de la Ley N° 19.628, al constituir información concerniente a un persona natural identificada o identificable, **su divulgación importa un interés público que debe prevalecer, por cuanto permitiría ejercer un adecuado control social de la función pública** al permitir conocer la medida en que determinados funcionarios públicos han **desempeñado efectivamente las funciones para las cuales han sido contratados durante su jornada laboral**, y a partir de ello, **el destino de los recursos públicos** con cargo a los cuales se remuneran tales funciones⁴⁰².

9) (...) los **correos electrónicos emitidos y recibidos por funcionarios públicos, a través de sus casillas de correos institucionales, y en cabal ejercicio y desempeño de sus funciones públicas, no constituyen formas de comunicación privada**, razón por la cual, **obrando en poder del órgano reclamado, constituyen información de carácter pública**, cuya divulgación, comunicación o conocimiento no afecta los derechos de los sujetos que intervienen en dichas comunicaciones, lo que ha conllevado desechar las alegaciones formuladas en torno a una eventual afectación a los derechos consagrados en los numerales 4° [vida privada], 5° [derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas] y 26° [garantía del contenido esencial de los derechos] del artículo 19 de la Constitución Política de la República. **Que, no obstante ello, este Consejo ha reconocido que el razonamiento anterior puede ser morigerado en caso que tales correos expongan algún antecedente acerca de la intimidad o la vida**

a remuneraciones de funcionarios públicos por aportes de salud, seguro, préstamos bancarios, no relacionados al ejercicio de labores públicas, podría prevalecer sobre el derecho a saber (considerando 8 inciso c).

⁴⁰² Se aprecia que en esta decisión, el Consejo establece una regla de resolución del conflicto entre el derecho a saber y el derecho a la protección de datos personales: si un dato personal revela el desempeño de una función pública o la utilización de recursos públicos (por ejemplo: nombre de funcionarios, días u horas dejadas de trabajar, descuentos a remuneraciones por incumplimiento de tareas), entonces debe suministrarse.

privada de su emisor o receptor, que no diga relación con el desempeño de sus funciones públicas (subrayado añadido)⁴⁰³.

De igual manera, en el Rol C406-11, el Consejo acogió un recurso de reclamación interpuesto por una persona para acceder a *emails* electrónicos remitidos por el Ministerio del Interior de Chile a la Gobernación Provincial de Melipilla y viceversa, sobre tres temas: i) transferencia de fondos del Ministerio a la Gobernación para atender la emergencia provocada por un terremoto; ii) rendición de gastos realizados por la Gobernación al Ministerio; y iii) órdenes de devolución emitidas por el Ministerio a la Gobernación. Al respecto, señaló:

6) (...) debe estimarse que la **solicitud planteada en la especie por el Alcalde** de la Municipalidad de Melipilla se refiere, exclusivamente, a la petición de los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de los fondos transferidos por el Ministerio del Interior a dicho municipio, y las correspondientes rendiciones de gastos y órdenes de devolución, con ocasión del terremoto del 27 de febrero del año pasado, de modo que los mismos **guardan relación directa con el ejercicio de las funciones públicas de dichos servidores**. Que, en consecuencia, tales comunicaciones electrónicas **no pueden estimarse que revisten el carácter de “privadas”, (...)** pues éstas versan sobre **materias vinculadas con el ejercicio de funciones y atribuciones de los órganos intervinientes**, especialmente referidas a la **trasferencia de fondos públicos, y la supervigilancia respecto de su correcta inversión, actividades que deben enmarcarse dentro (...)** [d]el deber de “**velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública (...)**”, para cuyo cumplimiento contribuyen los correos electrónicos como forma o mecanismo de comunicación eficaz entre los distintos agentes públicos. (...)

10) (...) este Consejo acogerá el presente amparo, y requerirá a la Subsecretaría del Interior que entregue a la Municipalidad de Melipilla copia de los correos electrónicos indicados (...), **tarjando o resguardando, solamente, los antecedentes que pudieran contenerse en ello relativos a la intimidad o vida privada de sus emisores o receptores, pero no los relacionados con el desempeño de sus funciones públicas**, en virtud del principio de la divisibilidad antes citado (subrayado añadido)⁴⁰⁴.

En el mismo sentido, en el Rol C1125-15, el Consejo amparó un recurso de reclamación interpuesto por un ciudadano para conocer los correos electrónicos

⁴⁰³ Decisión del Consejo para la Transparencia de Chile dictada el 29 de julio de 2011 en el Rol C377-11, sobre recurso de amparo interpuesto por don Carlos Insulza contra el Servicio de Impuestos Interno.

⁴⁰⁴ Decisión del Consejo para la Transparencia de Chile dictada el 12 de agosto de 2011 en el Rol C406-11, sobre recurso de amparo interpuesto por don Mario Gebauer, entonces Alcalde de la Municipalidad de Melipilla contra el Ministerio del Interior de Chile.

institucionales recibidos por el Director del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (Sernapesca) de parte de representantes de la Asociación de la Industria del Salmón de Chile, y sus respectivas respuestas, entre 17 de julio de 2014 y 19 de abril de 2015. En esta causa sostuvo:

5) (...) **correos electrónicos consultados son públicos**. Lo anterior, en la medida que éstos digan **relación directa con el ejercicio de aquellas competencias del Director Nacional de Sernapesca** enunciadas en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 citado precedentemente [normas que atribuyen a dicho funcionario la facultad de aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas de la industria de pesca]. En efecto, **el ejercicio actual de la función pública, supone el uso de toda forma de comunicación para concretizar los fines que la Administración del Estado persigue, es por esto que a cada funcionario se le otorga una casilla institucional financiada con recursos del erario nacional, sostenidas por la plataforma técnica de las entidades respectivas, con el objeto de facilitarles el cumplimiento de sus tareas, erigiéndose como una concreción de los principios de eficiencia, eficacia y coordinación (...).**

6) (...) este Consejo hace presente que **si se estimara que los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de materias propias del desempeño de sus funciones son comunicaciones de carácter privado, se crearía un canal secreto que transformaría en reservados documentos esencialmente públicos por el puro hecho de ser remitidos por esa vía. (...) el secreto o la reserva de la información dependen del contenido y no del continente**. Solo así son posibles el control y la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y el adecuado ejercicio de la libertad de expresión (...).

7) (...) las entidades públicas ponen servidores de correo electrónico a disposición de sus funcionarios y les entregan cuentas de correo sostenidas por la plataforma técnica de las entidades respectivas, con el objeto de facilitarles el cumplimiento de sus tareas. (...)

11) Que, con todo, **es posible que entre los correos electrónicos que se solicitan existan algunos que expongan algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor, su receptor o un tercero**, datos que simplemente **no se relacionan con el ejercicio de funciones públicas**. Por tal razón, y teniendo presente que la Ley de Transparencia **consagra el principio de la divisibilidad**, conforme al cual cuando un documento contiene información que puede ser conocida, e información que debe denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda (...) (subrayado añadido)⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Decisión del Consejo para la Transparencia de Chile dictada el 1 de septiembre de 2015 en el Rol C1125-12, sobre recurso de amparo interpuesto por don Cristián Arroyo contra el Servicio Nacional de Pesca.

Se aprecia que estas resoluciones, ilustrativas de la postura asentada dentro de la jurisprudencia administrativa del Consejo para la Transparencia, consideran que los correos electrónicos recibidos o generados en cuentas institucionales de funcionarios públicos son información pública porque se encuentran bajo posesión de las entidades estatales.

Dicho órgano garante ha indicado, a modo de regla general, que cuando el *email* trata asuntos relativos al desempeño del funcionario en su cargo público, se debe efectuar la entrega, y que cuando aborda aspectos íntimos o personales, ajenos a la labor pública, deben mantenerse en opacidad. En adición, ha señalado que cuando un *email* contiene ambos tipos de información, se debe aplicar el principio de divisibilidad.

Esta tesis concuerda con el razonamiento del Consejo para la Transparencia. Sin embargo, considera importante recordar que, en aplicación del principio de proporcionalidad, las autoridades deben informar a los ciudadanos la cifra numérica de los correos con contenido privado existentes, ya que es una manera de supervisar si los funcionarios públicos han cumplido efectivamente con realizar las funciones para las cuales fueron contratados y para las cuales se les ha otorgado una cuenta de correo institucional (recurso público).

Esta investigación suscribe la posición del Consejo para la Transparencia en rechazar la aplicación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como causal legítima al derecho a saber, ya que el régimen de excepciones se aplica tomando en consideración el contenido y no el continente.

El órgano garante de la transparencia de Chile reconoce que no es posible que un funcionario público pueda extender su ámbito de vida privada al uso de correos electrónicos institucionales porque el derecho a saber exige que los funcionarios hagan visibles sus comportamientos.

A manera de conclusión del cuarto capítulo, se observa que existen resoluciones judiciales y administrativas favorables al acceso a correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos, tanto en el sistema de justicia peruano como en los órganos garantes de México y Chile.

A nivel nacional, el Poder Judicial ha estimado, en primera instancia, dos recursos de amparo en los que ciudadanos solicitaban acceso a correos electrónicos de cuentas institucionales de agentes gubernamentales, en virtud del derecho de acceso a la información pública. Dicho poder del Estado reconoció que los correos de cuentas oficiales están dentro del ámbito de protección de dicho derecho porque se encuentran bajo posesión de las instituciones públicas.

No obstante, a pesar de este avance, la apelación a una de estas sentencias dio lugar a que una sala superior revocara el fallo estimatorio y declarara improcedente la demanda (con voto disidente de por medio). De acuerdo a sus considerandos, los *emails* de cuentas institucionales no son información pública porque están protegidos por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Como ha sostenido esta tesis en el capítulo anterior, la invocación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como excepción al derecho a saber, es desproporcionada, ya que dicho bien protege todo un proceso comunicativo, sin importar qué contenido tenga. Asimismo, desconoce el hecho que los funcionarios públicos guían su desempeño hacia la máxima publicidad.

En ese contexto, se aprecia la necesidad que las autoridades jurisdiccionales interioricen plenamente el parámetro tuitivo del derecho de acceso a la información pública, de conformidad con el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales (descritos en el capítulo segundo).

A nivel de derecho comparado, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos de México ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública permite el suministro de *emails* de cuentas institucionales que tratan materias directamente relacionadas al ejercicio de funciones públicas. Ha descartado la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas como excepción.

Por su parte, el Consejo para la Transparencia de Chile ha considerado que el derecho a saber incluye la facultad de recibir los correos electrónicos de cuentas oficiales de funcionarios públicos en general. No obstante, en aplicación de la causal de intimidad, a modo de regla general, solo se podrá acceder a *emails* de contenido oficial. También ha desechado la posibilidad de invocar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

CONCLUSIONES

1. La conclusión central de esta investigación es que el derecho de acceso a la información pública incluye dentro de su ámbito de protección a la facultad subjetiva de solicitar y recibir los *emails* de cuentas institucionales de correo electrónico de funcionarios públicos.
2. El correo electrónico es un servicio de Internet que se caracteriza por su capacidad de gestionar información y de comunicar contenido multimedia en soporte digital, de manera rápida y a distancia, entre interlocutores determinados (canal cerrado). La bandeja o buzón de correo almacena la información.
3. El Estado ha incorporado el servicio de correo electrónico a su funcionamiento porque aporta a una gestión pública eficiente, eficaz, transparente y participativa y contribuye al ejercicio de derechos fundamentales. La habilitación de cuentas oficiales a los funcionarios públicos ha dado lugar a que estos generen y reciban información en sus bandejas o buzones institucionales de correo.
4. En su condición de documentos, los *emails* de cuentas institucionales se caracterizan por estar contemplados en objetos de soporte digital o electrónico, con una grafía multimedia y por abordar actividades, razonamientos, conductas o interpretaciones relacionadas al ejercicio de la función pública.
5. El derecho de acceso a la información pública, de acuerdo al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales, atribuye dos facultades subjetivas a las personas: presentar solicitudes de documentación y recibir la información requerida de las entidades públicas.
6. Este derecho, de acuerdo a dicho parámetro, permite la apertura de toda la información bajo posesión del Estado, ya que el objeto del derecho debe ser comprendido de manera amplia (de este modo, se optimiza los fundamentos de dignidad, transparencia y Estado democrático).
7. La información de la que disponen los funcionarios públicos (ya sea por el ejercicio de funciones públicas o por la utilización de recursos públicos) pertenece a las personas, ya que la sociedad es la fuente del poder y éste debe ser ejercido en su beneficio.

8. En ese sentido, el ordenamiento jurídico peruano acoge el criterio de la posesión para reconocer los alcances del derecho a saber, y descarta que solo se pueda acceder a ciertos soportes o sistemas de almacenamiento bajo tenencia de las autoridades (como los que se encuentran en soporte papel o en expedientes administrativos).
9. A la luz del criterio de la posesión, se infiere entonces que los *emails* de cuentas oficiales de correo electrónico califican como información pública (objeto del derecho a saber). Ello ocasiona que su divulgación esté prevista como la regla y su restricción como la excepción (debidamente fundamentada).
10. Sin embargo, el reconocimiento del acceso ciudadano a *emails* oficiales contrasta con la postura de cuatro entidades del Poder Ejecutivo (Ministerios de Economía y Finanzas, Energía y Minas, Justicia y Derechos Humanos y Vivienda, Construcción y Saneamiento).

Dichas instituciones, mediante la emisión de respuestas a solicitudes ciudadanas de acceso a *emails*, consideran que dicha documentación debe ser excluida del conocimiento general por no subsumirse en una concepción restrictiva de información pública y por la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

11. En relación al primer argumento, el MINJUS, MEF y MVCS sostienen que el objeto del derecho a saber se limita, a la luz del artículo 10 segundo párrafo del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a la información que sirve de sustento a una decisión administrativa. Por su parte, el MEM indica que, de acuerdo al artículo 3 numeral 1 de dicho instrumento legislativo, información pública es aquella que no está restringida por el régimen de excepciones.
12. Según el MINJUS, MEF y MVCS, los correos de cuentas oficiales de servidores públicos no sirven de base a decisiones administrativas porque, en su condición de herramientas de comunicación informal, presentan contenidos intrascendentes en relación a las principales actuaciones del proceso de toma de decisión administrativa que les impide ser depositados en sus expedientes.

Por su parte, el MEM considera que la apertura de *emails* institucionales está sujeta a normas de excepciones de privilegio deliberativo y secreto e

inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que aplica de manera abstracta y absoluta.

13. El bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales en materia del derecho de acceso a la información pública descartan este razonamiento porque el objeto de este bien legítimo (o presupuestos de configuración) se define de acuerdo a un criterio garantista como lo es el de la posesión (lo que rechaza delimitaciones del concepto de información pública basadas en el tipo de soporte o condicionadas a la aplicación de excepciones).

14. En relación al segundo argumento, los Ministerios citados explican que los *emails* de cuentas institucionales pertenecen al objeto de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (previsto en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución vigente). En otras palabras, señalan que los *emails* oficiales son comunicaciones privadas.

Desde su perspectiva, dichas entidades indican que los *emails* provienen de comunicaciones de canal cerrado (que significa que sus condiciones técnicas permiten que el contenido sea conocido exclusivamente por los interlocutores) y porque los empleados públicos tienen un comportamiento orientado a mantener sus actos bajo confidencialidad (aunque se trate de actividades relativas a la función pública), puesto que consideran que pertenecen a la esfera de su vida privada.

15. El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, de acuerdo al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales, reconoce a las personas una serie de atributos para rechazar intromisiones arbitrarias a los procesos de transmisión de mensajes (desarrollados en condiciones de confidencialidad) en los que participan como interlocutores.

16. Respecto al razonamiento de los Ministerios en este extremo, se debe indicar que, de acuerdo al orden constitucional (artículos 1, 38, 39, 43, 44 y 45 de la Constitución), los funcionarios públicos se sujetan a principios y derechos fundamentales, como el de dignidad, transparencia y Estado democrático: entonces, sus comportamientos deben ser conforme a dicho parámetro, que exige que la información que poseen sea divulgada a la sociedad, rechazando el secretismo, salvo que cuente con fundamento debido.

En ese sentido, aunque las cuentas institucionales de correo sean herramientas de comunicación cerrada, la existencia de estas condiciones técnicas no justifica que los agentes estatales las interpreten como elementos configuradores de ámbitos de su vida privada. En realidad, en tanto se

encuentran al servicio de la sociedad, deben reconocerlos como espacios que persiguen un fin de difusión abierta. Ello genera que se descarte su entendimiento como comunicaciones privadas.

17. Por otro lado, a la luz del test de proporcionalidad, la invocación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas es una restricción desproporcionada al derecho a saber, ya que resulta una medida inidónea porque no necesariamente protege asuntos relativos a la intimidad de los funcionarios públicos (debido a su carácter formal, protege el proceso comunicativo en sí, independientemente de su contenido).
18. Así también la aplicación del derecho consagrado en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución como excepción es innecesaria porque el derecho a la intimidad de los empleados públicos puede tutelarse con (la misma) eficacia a través de medidas alternativas menos gravosas para el derecho de acceso a la información pública: la invocación de excepciones aplicables de acuerdo al contenido material de la información solicitada (no basadas en el continente).
19. Adicionalmente, el MEF y el MEM citan los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección del derecho de los trabajadores al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones privadas (ante el poder de dirección de los empleadores respecto a correos laborales).
20. Al respecto, siguiendo el orden constitucional, la relación Estado-ciudadano supone un vínculo jurídico político (no jurídico económico de naturaleza contractual), en el que el reconocimiento del derecho a saber (que no es un poder restringido a una relación laboral) tiene su origen en la posición servicial del Estado –en favor de la dignidad del ser humano- (y no en el elemento de subordinación del trabajador en el contexto de una relación laboral).
21. En tanto la relación Estado-ciudadano es un vínculo distinto a la relación empleado-trabajador, no se pueden equiparar las reglas establecidas para el acceso a *emails*. El diseño constitucional del Estado peruano orienta la utilización de recursos públicos (como el *email* institucional) hacia la protección de principios y derechos fundamentales.
22. Al esgrimir una concepción restrictiva del derecho a saber y la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, los Ministerios estudiados (que representan una postura en contra del acceso

ciudadano a correos oficiales) vulneran el derecho de acceso a la información pública, al interpretarlo restrictivamente y al omitir el cumplimiento de los requisitos establecidos para limitarlo válidamente.

23. Aparte de los pronunciamientos de las entidades gubernamentales analizadas en esta investigación, se verifica la existencia de disposiciones e interpretaciones que amparan la postura negativa del acceso a *emails* oficiales. Se trata de los artículos 5.7 y 6.1.7 de la Directiva 005-2003-INEI-DTNP (que regula el uso de correos electrónicos en entidades de la Administración Pública) y del artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
24. El artículo 5.7 citado establece una regla ambigua acerca de la privacidad de las cuentas oficiales de correo electrónico. A partir de una lectura literal, se da a entender que dichas herramientas configuran ámbitos de la vida privada de los funcionarios públicos. Sin embargo, siguiendo una interpretación sistemática del instrumento normativo que lo contiene, y de conformidad a los principios de transparencia, Estado democrático y dignidad, se observa que alude, más bien, al uso individual que merece dicho recurso (medida de seguridad).
25. Por su parte, el artículo 6.1.7 mencionado prescribe que las entidades públicas deben eliminar los *emails* de sus cuentas institucionales en un plazo de 30 días. Esta regla contraviene el derecho a saber porque infringe la obligación correspondiente a toda institución de garantizar la disponibilidad de la información bajo su tenencia (la cual solo puede ser destruida siguiendo los procedimientos establecidos).
26. En relación al artículo 16-A señalado prohíbe el acceso a cualquier información que se encuentre en los correos de cuentas institucionales de funcionarios públicos. En tanto es una restricción absoluta y abstracta contemplada en una norma infralegal, contraviene el derecho a saber.
27. La evaluación de las respuestas denegatorias de cuatro Ministerios y de las disposiciones normativas citadas reafirma la respuesta formulada por el bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales: que el derecho de acceso a la información pública permite que los individuos y la sociedad conozcan los *emails* oficiales de sus autoridades.
28. Es importante advertir que, en tanto el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, la entrega de *emails* puede estar sujeta al régimen

de excepciones, siempre que el Estado demuestre que su contenido se subsume en alguna de sus causales legales de limitación y que supera el test de proporcionalidad.

En consecuencia, el acceso solo se efectúa cuando en el caso no incurre alguna limitación proporcional. En el supuesto en que un correo se encuentre parcialmente afectado por una norma restrictiva, se debe aplicar el criterio de la divisibilidad.

29. A propósito de las respuestas denegatorias esbozadas por los Ministerios referenciados, se observa una preocupación por la protección del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos. Ciertamente, dicho bien ostenta la condición de excepción al derecho de acceso a la información pública. Siguiendo criterios de proporcionalidad, puede prevalecer en el caso concreto.
30. Tal como ha indicado el Tribunal Constitucional, si bien es cierto que los funcionarios públicos, al ingresar a laborar en la gestión pública, sufren la reducción del ámbito de su vida íntima, ello no significa que carezcan del referido derecho: ella se circunscribe a datos, actividades o hechos ajenos a la función pública.
31. En el caso que los servidores públicos realicen actividades ajenas a materias oficiales en el centro de la institución pública, durante el tiempo destinado a la labor pública o mediante la utilización de recursos públicos, se puede generar información (depositada en registros estatales) que ilustra el desempeño del funcionario público en su cargo.
32. La realización de actos privados por parte de empleados públicos se puede verificar en el manejo de las cuentas institucionales: utilizan un recurso público, durante el tiempo que dedican a sus labores públicas, para intercambiar mensajes amicales o familiares (que quedan registrados en los buzones institucionales de correo).

En estas situaciones, se encuentran en conflicto los derechos a la intimidad y el de acceso a la información pública: en virtud del principio de proporcionalidad, se debe adoptar una medida idónea para satisfacer el derecho a saber que afecte en la menor medida posible el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos.

33. Este ejercicio de ponderación puede concluir, a manera de regla general, en que las personas, en ejercicio de su derecho a saber, conozcan la cifra numérica de los *emails* de contenido privado (o extraoficial) que los funcionarios públicos han intercambiado desde sus cuentas institucionales, así como la fecha en que fueron recibidos o enviados (mas no su contenido o la identidad del otro interlocutor).

De este modo, los individuos pueden controlar el uso indebido de un recurso público o la realización efectiva de labores oficiales durante el tiempo de trabajo por parte de los funcionarios públicos, de manera armónica con su derecho a la intimidad.

34. En consecuencia, no solo se debe permitir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública cuando los *emails* versan directamente sobre funciones públicas, sino también, de acuerdo a criterios de proporcionalidad, cuando se emplean dichos recursos públicos para actividades privadas.

35. Además de las respuestas denegatorias de los Ministerios estudiados y de las disposiciones legislativas que regulan el tratamiento de correos institucionales, la teoría favorable al acceso ciudadano a *emails* institucionales se somete a comprobación a la luz de los fallos emitidos por el Poder Judicial al respecto y por las decisiones administrativas de los órganos garantes del derecho de acceso a la información pública de México y Chile.

36. A nivel del Poder Judicial, existen dos sentencias favorables a la apertura de *emails* oficiales de Ministros de Estado que resuelven, en primera instancia, recursos de hábeas data. En dichos pronunciamientos, los jueces de las causas reconocieron que los *emails* de cuentas oficiales están dentro del ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública porque se encuentran bajo posesión de las instituciones públicas.

37. Sin embargo, a pesar de este razonamiento garantista, la apelación a una de estas sentencias dio lugar a que una sala superior la revocara y emitiera una sentencia desestimatoria (con un voto disidente destacable). De acuerdo a sus considerandos, la información solicitada no es información pública porque está protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

38. Como se ha sostenido anteriormente, en la evaluación de los argumentos de los Ministerios estudiados, la invocación del derecho al secreto e

inviolabilidad de las comunicaciones es una restricción desproporcionada al derecho a saber, ya que aquel bien constitucional tutela la integridad del proceso comunicativo, sin importar su contenido. Asimismo, implica desconocer el hecho que los agentes estatales guían sus actuaciones públicas hacia la máxima publicidad.

39. La judicialización del derecho de acceso a la información pública aplicado a *emails* oficiales ocasionó que la Defensoría del Pueblo presentara un *amicus curiae* en una de las causas abiertas, apostando por la apertura de dicha clase de documentación, al considerarla información pública, siguiendo los criterios que definen el objeto del derecho.
40. A nivel de derecho comparado, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos de México ha razonado que el derecho de acceso a la información pública ampara el suministro de *emails* de cuentas institucionales que tratan materias relacionadas directamente al ejercicio de funciones públicas. Ha descartado la aplicación del derecho al secreto de las comunicaciones privadas como excepción.
41. Por su parte, el Consejo para la Transparencia de Chile ha considerado que el derecho de acceso a la información pública abarca la facultad de solicitar y recibir los correos de cuentas oficiales de servidores públicos en general. No obstante, en aplicación de la causal de intimidad, a modo de regla general, solo admite el acceso a *emails* de contenido oficial. Igualmente, ha descartado la aplicación del derecho al secreto a las comunicaciones privadas como excepción.
42. En consecuencia, en términos generales, el acceso a información proveniente del servicio institucional de correo electrónico también tiene respaldo en la postura de dos órganos garantes del derecho a saber en la región americana cuyo diseño institucional autónomo ha sido reconocido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
43. Concebir los *emails* institucionales como objeto de protección del derecho a saber contribuye a que las personas puedan realizar sus proyectos de vida o actuar de manera autónoma, conozcan cómo actúan sus autoridades en sus cargos públicos y participen en los diversos ámbitos de la vida en sociedad. Se optimiza, de esta manera, los principios de dignidad, transparencia y Estado democrático.

44. Afirmar los alcances del derecho a saber en relación a información proveniente de cuentas institucionales de correo electrónico significa reconocer la eficacia de dicho bien constitucional en el Internet (ya que la documentación bajo estudio se encuentra en un servidor de la Red).
45. Las maneras cómo se ejerce el acceso a correos oficiales son mediante la publicación proactiva en portales de transparencia o a través de la tramitación de un procedimiento administrativo (a propósito de una solicitud ciudadana), en la que el responsable de transparencia de la entidad requerida evalúa si corresponde o no la entrega (de acuerdo a la normativa de acceso a la información pública, su régimen de excepciones y el contenido de la documentación requerida).
46. La atribución de la competencia al responsable de transparencia de la entidad para revisar los *emails* de los funcionarios públicos, en aplicación del artículo 5 del Reglamento del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, supone (en caso contengan información personal o privada) una restricción proporcionada al derecho a la intimidad para tutelar el derecho a saber.
47. Ello se debe a que el responsable de transparencia es un funcionario especializado que cuenta con ciertas condiciones para ejercer su labor autónomamente y realiza su examinación al margen de la mirada de la sociedad. Solo aprueba la entrega de información que no está exceptuada o que, de estarlo, cede ante el derecho a saber mediante la aplicación del test de proporcionalidad.
48. En tanto dicha clase de documentación encuentra cobertura bajo el derecho de acceso a la información pública, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar su ejercicio. Ello significa que las autoridades deben contestar, de manera completa, accesible y oportuna las solicitudes formuladas al respecto y deben brindar una respuesta debidamente fundamentada, en el caso que corresponda denegar su entrega (de acuerdo a los requisitos establecidos para su limitación válida, y no según el continente).
49. Por otro lado, implica que el Estado debe establecer un marco tuitivo del derecho de acceso a la información pública reconociendo sus alcances a *emails* oficiales, lo que involucra adoptar disposiciones que coadyuven a su ejercicio y derogar aquellas que obstaculizan o limitan su realización.

50. En ese sentido, el Estado debe expulsar del ordenamiento jurídico el artículo 16-A del reglamento del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el artículo 6.1.7 de la Directiva 005-2003-INEI-DTNP por inconstitucionales, y atribuir un significado al artículo 5.7 de la referida Directiva que sea conforme a la Constitución.

Asimismo, debe implementar prácticas y disposiciones que reafirmen que los correos de cuentas oficiales no son propiedad de los funcionarios públicos sino pertenecen a las personas, de la mano de la generación de una cultura de la transparencia.



BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

BASTERRA, Marcela

2006 *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Lexis Nexis: Buenos Aires.

BIDART, Germán

1991 *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires.

BLANCAS, Carlos

2013 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

2017 *Derecho constitucional* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

BOZA, Guillermo

2011 *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTRO, Karín

2008 *Acceso a la información Pública: apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

DÍAZ, Javier

2009 *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos: genética e internet ante la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

EGUIGUREN, Francisco y otros

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ELÍAS, Julio

2008 *La prueba de los documentos electrónicos en los tribunales de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ, María

1998 *Nuevas tecnologías: internet y derechos fundamentales*. Madrid: Mc Graw Hill.

GAETE, Eugenio

2000 *Instrumento público electrónico*. Barcelona: Bosch.

LANDA, César

2011 *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México DF: Porrúa.

2017 *Los derechos fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada

2011 *La intervención de las comunicaciones electrónicas*. Madrid: La Ley

MARCIANI, Betzabé

2004 *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*.
Lima: Palestra.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL PERU

2014 *Guía práctica sobre la transparencia y el acceso a la información pública*.
Lima: MINJUS.

MONTERO AROCA, Juan

1999 *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MORALES, Martín

1995 *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.

MORALES GODO, Juan

2002 *Derecho a la intimidad*. Lima: Palestra.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2017 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley 27444*. Doceava edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NOGUEIRA, Humberto

2003 *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

RODRÍGUEZ, Blanca

1998 *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw Hill.

RUBIO, Marcial.

2009 *El sistema jurídico: introducción al Derecho*. Décima edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

2011 *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

2013 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Tercera edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALMÓN, Elizabeth

2014 *Curso de derecho internacional público*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

WARAT, Luis

1976 *El derecho y su lenguaje*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y Ciencias Sociales.

2. Artículo en libro

ABAD YUPANQUI, Samuel

2006 "Transparencia y acceso a la información pública: avances y retos pendientes". En DANÓS, Jorge (editor). *Temas de derecho tributario y de derecho público: libro homenaje a Armando Zolezzi Moller*. Lima: Palestra, pp. 1229-1246.

ALAMILLO, Ignacio

2016 "Régimen de la firma y el sello electrónico". En GARCÍA, Carmen (coordinadora). *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 208-307.

ATIENZA, Manuel

2016 "A vueltas con la ponderación". En ATIENZA, Manuel y Juan GARCÍA AMADO. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, pp. 9-37.

BIA, Alejandro y Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA

2016 “Fundamentos técnicos y organizativos de Internet”. En GARCÍA, Carmen (coordinadora). *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-45.

BLASCO, Javier

2005 “¿Qué es Internet? En GARCÍA, Pablo (editor). *Principios de Derecho de Internet*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 30-97.

COPA, América

2016 “Artículo 233. Documento”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Código procesal civil comentado por los mejores especialistas: análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias, jurisprudencia y referencias bibliográficas*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 446-450.

2016 “Artículo 234. Clases de documentos”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Código procesal civil comentado por los mejores especialistas: análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias, jurisprudencia y referencias bibliográficas*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 451-453.

2016 “Artículo 236. Documento privado”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Código procesal civil comentado por los mejores especialistas: análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias, jurisprudencia y referencias bibliográficas*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 457-459.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2009 “El derecho de información en el Perú: luces, sombras y algunos retos por afrontar”. En ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy y Marcela BASTERRA. *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*. Arequipa: Adrus, pp. 253-282.

GARCÍA, Pablo

2005 “El derecho de Internet”. En García, Pablo (editor). *Principios de Derecho de Internet*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 99-126.

GARCÍA, Pablo y Ulises CORONA

2005 “Internet y el derecho de las telecomunicaciones: el régimen jurídico del acceso a la red”. En GARCÍA, Pablo (editor). *Principios de Derecho de Internet*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 132-181.

GARRÓS, Imma

2017 “La intimidad y los demás derechos privados legítimos”. En INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INA, pp. 277-296.

GIMENO, Vicente

2011 “La intervención de las comunicaciones”. En PRIORI, Giovanni (editor). *Proceso y Constitución*. Lima: ARA Editores.

GRÁNDEZ, Pedro

2010 “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En CARBONELL, Miguel y Pedro Grández (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, pp. 337-376.

GUICHOT, Emilio

2014 “Límites a la transparencia y al derecho de acceso a la información pública”. En GUICHOT, Emilio (editor). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, pp. 97-141.

GUILLÉN, Javier

2005 “La administración electrónica. En GARCÍA, Pablo (editor). *Principios de Derecho de Internet*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 247-290.

LEDESMA, Marianella

2015 “Artículo 233. Documento”. En LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 642-644.

2015 “Artículo 235. Documento público”. En LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 646-652.

ROCA, Óscar

2017 “La protección del proceso de toma de decisiones como límite al derecho de acceso a la información pública”. En INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INA, pp. 185-208.

ROMERO, Jorge

2009 “El derecho de acceso a la información pública en Costa Rica. En BASTERRA, Marcela y Eloy ESPINOZA-SALDAÑA (editores). *El derecho de*

acceso a la información pública en Iberoamérica. Arequipa: Adrus, pp. 181-202.

SAR, Omar y Néstor LOYOLA

2018 “El derecho de acceso a la información pública en los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos”. En ROEL, Luis (coordinador). *Política y derecho constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini*. Lima: Adrus, pp. 565-580.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE

2014 “Exception 5”. En: *Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act*. Washington. United States Department of Justice, pp. 357-416.

VERA, José.

2005 “Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y comunicación”. En GARCÍA, Pablo (editor). *Principios de Derecho de Internet*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 189-245.

3. Revistas

ABAD YUPANQUI, Samuel

2012 “El derecho al secreto a las comunicaciones: alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”. *Pensamiento constitucional*. Lima, año 16, no. 16, pp. 11-29.

DÍAZ, Javier

2006 “El derecho fundamental al secreto a las comunicaciones”. *Derecho PUC*. Lima, no. 59, pp. 159-175.

GARCÍA-CORROCHANO, Luis

2013 Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución de 1993. *Agenda Internacional*. Lima, año 20, número 31, pp. 99-130.

MENDOZA, Daniel

2015 “Hábeas data y correos electrónicos institucionales. Derecho de acceso a la información versus privacidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos”. *Administración Pública y Control*. Lima, número 19, pp. 31-35.

SALMÓN, Elizabeth

2002 “Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”. *Agenda Internacional*. Lima, año 7, no. 16, pp. 59-81.

VILLEGAS, Elky

2016 “El derecho al secreto de las comunicaciones y la prueba ilícita en el proceso penal: a propósito de la R.N. 2076-2014-Lima Norte”. *Gaceta penal y procesal penal*. Lima, tomo 85, pp. 313-331.

ZEGARRA, Diego

2009 “El ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el Perú: marco jurídico administrativo”. *Revista de derecho administrativo*, año 4, no. 8, pp. 315-340.

4. Diccionarios

CULTURAL

2008 *Diccionario de informática y computación*. Madrid: Cultural.

MICROSOFT

2001 *Diccionario de informática e Internet de Microsoft*. Madrid: McGraw-Hill.

5. Ponencia

LANDA, César

2016 “Derecho fundamental al internet”. Ponencia presentada en *XIX Congreso Internacional de Derecho Constitucional. Constitución, internet y nuevas tecnologías. Interfaces para un nuevo derecho constitucional*. En homenaje a la memoria del profesor Igor Tenório. Universidad de Brasilia. Brasilia, 28 de octubre.

5. Documento de internet

ABAD YUPANQUI, Samuel

2014 “¿Los correos electrónicos de los ministros deben ser de acceso público?” En *Enfoque Derecho*. Consulta: 12 de septiembre de 2016.

<https://www.enfoquederecho.com/2014/08/28/los-correos-electronicos-de-los-ministros-deben-ser-de-acceso-publico/>

GÓZAR, Marco

2014 “El deber de conservar la información en poder del Estado mirado desde la archivística (I)”. En *Suma Ciudadana*. Consulta 12 de febrero de 2018.

<https://sumaciudadana.wordpress.com/2014/10/10/el-deber-de-conservar-la-informacion-en-poder-del-estado-mirado-desde-la-archivistica-i/>

INDACOCHEA, Úrsula

2015 “La protección de las deliberaciones previas a una decisión de gobierno en la administración pública (parte I)”. En *Suma Ciudadana*. Consulta: 6 de septiembre de 2016.

<https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL DE ESPAÑA

S/f “Conceptos básicos de firma electrónica”. En *Ministerio de Fomento de España*. Consulta: 23 de febrero de 2018.

https://sede.fomento.gob.es/SEDE_ELECTRONICA/LANG_CASTELLANO/DOCS_AYUDA/conceptos_basicos_firmae.htm

7. Declaración

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

2003 *Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia*. AG/RES 1932. Santiago: 33 período ordinario de sesiones.

2010 *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*. AG/RES 2607. Lima: 40 período ordinario de sesiones.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO

2007 *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Pucón: IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2000 *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*. Washington: 108 período ordinario de sesiones.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS y ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN DE EUROPA

2004 *Declaración Conjunta de relatores en materia de libertad de expresión sobre acceso a la información y sobre la legislación que regula el secreto.*

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS y CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

2013 *Declaración Conjunta de relatores en materia de libertad de expresión sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión.*

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

2008 *Principios sobre el derecho de acceso a la información.* CJI/RES 186. Río de Janeiro: 73 periodo ordinario de sesiones.

ORGANIZACIÓN ARTÍCULO 19

1996 *Los principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a información.* Londres.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA

2003 *Carta sobre la preservación del patrimonio digital.* París: Conferencia General.

8. Informes

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2001 *Informe Defensorial 60. Acceso a la información pública y la 'cultura del secreto'.* Lima.

2005 *Informe Defensorial 96. Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. 2003-2004.* Lima.

2015 *Informe de Adjuntía 01-2015-DP/AAC. Postura institucional de la Defensoría acerca de la viabilidad jurídica de acceder a información contenida en correos electrónicos oficiales.* Lima.

HIPERDERECHO

2017 *La voz de la Internet Peruana. Informe de resultados.* Lima.

INSTITUTO NACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE MÉXICO

2007 Estudio y consideraciones sobre la publicidad del correo electrónico de los servidores públicos. Ciudad de México.

2009 *Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*. Ciudad de México. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5079833&fecha=10/02/2009, consultado el 26 de noviembre de 2015.

2010 *Criterio de interpretación 08/10 sobre correos electrónicos*. Ciudad de México.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2014 *Informe N° 1011-2014-EF/42.0*. Deniega pedido de información pública presentado por un ciudadano. Lima.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2014 *Informe N° 101-2014-MEM/OGJ*. Deniega pedido de información pública presentado por un ciudadano. Lima.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2014 *Informe N° 7-2014-JUS/DGDOJ*. Deniega pedido de información pública presentado por un ciudadano. Lima.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

2014 *Informe N° 828-2014-VIVIENDA/OGAJ*. Deniega pedido de información pública presentado por un ciudadano. Lima.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

2013 *El derecho a la privacidad en la era digital*. Resolución 68/167. Nueva York.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2001 *Informe Anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.

2002 *Informe Anual 2002. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.

2003 *Informe Anual 2003. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.

- 2007 *Estudio Especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington.
- 2008 *Informe Anual 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2009a *Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2009b *El derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico interamericano*. Primera edición. Washington.
- 2010 *Informe Anual 2010. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2012 *Informe Anual 2012. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2013 *Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2014 *Informe Anual 2014. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2015 *Informe Anual 2015. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.
- 2016 *Informe Anual 2016. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- 1988 *Observación General 16 sobre el artículo 17 relativo al derecho a la intimidad*. Ginebra.
- 2011 *Observación General 34 sobre el artículo 19 relativo a la libertad de opinión y expresión*. Ginebra.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

- 1998 *Informe del Relator Especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión al Consejo Económico y Social en relación al derecho a buscar y recibir información, los medios de comunicación en países en transición y su función en las elecciones, el impacto de las nuevas tecnologías de la información, la seguridad nacional, así como las mujeres y el derecho a la libertad de expresión. Documento E/CN.4/1998/40. Ginebra.*
- 2004 *Informe del Relator Especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión al Consejo Económico y Social en relación a la implementación del derecho de acceso a la información, acceso a información para fines educativos y preventivos sobre el VIH/SIDA y el derecho a la libertad de expresión en el marco de medidas antiterroristas. Documento E/CN.4/2004/62. Ginebra.*
- 2013 *Informe del Relator Especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en relación al derecho de acceso a la información. Documento A/68/362. Ginebra.*

9. Tesis

IRIARTE, Erick

- 2013 *Acceso a la información pública y gobierno electrónico: ¿mecanismo de rendición de cuentas o tecnificación de la burocracia?* Tesis de maestría en Ciencias Políticas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

10. Normas jurídicas

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

- 1993 *Constitución Política del Perú*. Lima, 29 de diciembre de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 1991 *Ley 25323. Ley del Sistema Nacional de Archivos*. Lima, 10 de junio.
- 2000 *Ley 27269. Ley de Firmas y Certificados Digitales*. Lima, 26 de mayo.
- 2002 *Ley 27697. Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de las comunicaciones y documentos privados en caso excepcional*. Lima, 11 de abril.

2002 *Ley 27815*. Ley del Código de Ética de la Función Pública. Lima, 12 de agosto.

2003 *Ley 28024*. Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública. Lima, 11 de julio.

2004 *Ley 28237*. Ley del Código Procesal Constitucional. Lima, 28 de mayo.

PODER EJECUTIVO

1992 *Decreto Supremo 008-92-JUS*. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Archivos. Lima, 26 de junio.

2003 *Decreto Supremo 043-2003-PCM*. Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Lima, 22 de abril.

2003 *Decreto Supremo 072-2003-PCM*. Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Lima, 6 de agosto.

2005 *Resolución Ministerial 187-2005-MTC*. Plan Nacional de Atribución de Frecuencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. 1 de abril.

2007 *Decreto Supremo 020-2007-MTC*. Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Lima, 3 de julio.

2008 *Decreto Supremo 052-2008-PCM*. *Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales*. Lima, 18 de julio.

2011 *Decreto Supremo 066-2011-PCM*. Aprueban el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - Agenda Digital Peruana 2.0. Lima, 26 de julio.

2013 *Decreto Supremo 004-2013-PCM*. Aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. Lima, 8 de enero.

2013 *Decreto Supremo 081-2013-PCM*. Aprueba la Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013-2017. Lima, 9 de julio.

2017 *Decreto Supremo 006-2017-JUS*. Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, 17 de marzo.

- 2017 *Decreto Supremo 022-2017-PCM*. Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros. Lima, 27 de febrero.
- 1990 *Decreto Legislativo 604*. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática. Lima, 30 de abril.
- 1991 *Decreto Legislativo 635*. Código Penal. Lima, 3 de abril.
- 2004 *Decreto Legislativo 957*. Nuevo Código Procesal Penal. Lima, 22 de julio.
- 2017 *Decreto Legislativo 1353*. Crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos personales y la regulación de gestión de intereses. Lima, 6 de enero.
- 1993 *Resolución Ministerial 010-93-JUS*. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima, 8 de enero.
- 2017 *Memorando 722-2017-JUS-SG*. Exposición de Motivos del Reglamento del Decreto Legislativo 1353. Lima, 28 de septiembre.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

- 2011 *Resolución de Secretaría General 040-2011-VIVIENDA/SG*. Aprueba Directiva 005-2011-VIVIENDA/SG sobre uso del correo electrónico e internet en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Lima, 6 de mayo.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

- 2004 *Resolución de Secretaría General 499-2004-JUS*. Aprueba Directiva 001-2004-JUS/OGI sobre normas y procedimientos para el uso de correo electrónico del Ministerio de Justicia. Lima, 3 de diciembre.
- 2014 *Resolución de Secretaría General 0097-2014-JUS*. Aprueba Directiva 001-2014-JUS/OGTI sobre normas y procedimientos para el uso de correo electrónico institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima, 29 de octubre.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

- 2006 *Resolución [s/i]*. Aprueba Directiva 001-2006-MEM-OGP de Comunicación Electrónica, Correo electrónico e Internet del Ministerio de Energía y Minas. Lima [s/f].

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN

2018 *Resolución Jefatural 012-2018-AGN-J*. Aprueba Directiva 001-2018-AGN-DNDAAI sobre normas para la eliminación de documentos de archivos de entidades del sector público. Lima, 26 de enero.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2003 *Resolución Jefatural 088-2003-INEI*. Aprueban Directiva 005-2003-INEI/DTNP sobre normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública. Lima, 3 de abril.

CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

1948 *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, 2 de mayo.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

1969 *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, 22 de noviembre.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

1948 *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, 10 de diciembre.

1966 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, 16 de diciembre.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

1917 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México, 5 de febrero.

CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

2015 *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. Ciudad de México, 4 de mayo.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE

2008 *Ley 20.285*. Ley de Transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Santiago, 11 de agosto.

JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

1980 *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, 21 de octubre.

12. Expedientes

PODER JUDICIAL

- 2000 *Expediente 953-2000*. Sentencia: 18 de diciembre de 2000.
- 2014 *Expediente 36498-2014*. Sentencia de instancia: 31 de enero de 2017.
- 2014 *Expediente 36677-2014*. Contestación del Procurador del Ministerio de Energía y Minas a la demanda: 12 de diciembre de 2014.
- 2014 *Expediente 36677-2014*. Sentencia de instancia: 24 de junio de 2015.
- 2014 *Expediente 36677-2014*. Amicus Curiae de la Asociación Interamericana de Prensa y de Access Info Europe: 2 de diciembre de 2015.
- 2014 *Expediente 36677-2014*. Sentencia de vista: 14 de junio de 2017.
- 2016 *Expediente 14614-2016-LIMA*. Sentencia: 10 de marzo de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 *Expediente 01042-2002-AA/TC*. Sentencia: 6 de diciembre de 2002.
- 2002 *Expediente 2863-2002-AA/TC*. Sentencia: 29 de enero de 2003.
- 2002 *Expediente 1797-2002-HD/TC*. Sentencia: 29 de enero de 2003.
- 2003 *Expediente 1219-2003-HD/TC*. Sentencia: 21 de enero de 2004.
- 2003 *Expediente 2579-2003-HD/TC*. Sentencia: 6 de abril de 2004.
- 2003 *Expediente 007-2003-AI/TC*. Sentencia: 2 de junio de 2004.
- 2003 *Expediente 0008-2003-AI/TC*. Sentencia: 11 de noviembre de 2003.
- 2003 *Expediente 1013-2003-HC/TC*. Sentencia: 30 de junio de 2003.
- 2004 *Expediente 2235-2004-AA/TC*. Sentencia: 18 de febrero de 2005.
- 2004 *Expediente 4677-2004-PA/TC*. Sentencia: 7 de diciembre de 2005.
- 2004 *Expediente 1899-2004-HD/TC*. Sentencia: 30 de septiembre de 2004.
- 2004 *Expediente 04566-2004-HD/TC*. Sentencia: 4 de marzo de 2005.
- 2004 *Expediente 0644-2004-HD/TC*. Sentencia: 17 de octubre de 2005.
- 2004 *Expediente 1058-2004-AA/TC*. Sentencia: 18 de agosto de 2004.
- 2004 *Expediente 2235-2004-AA/TC*. Sentencia: 18 de febrero de 2005.
- 2004 *Expediente 034-2004-PI/TC*. Sentencia: 15 de febrero de 2004.
- 2004 *Expediente 045-2004-AI/TC*. Sentencia: 29 de octubre de 2005.
- 2005 *Expediente 3619-2005-HD/TC*. Sentencia: 21 de julio de 2005.
- 2005 *Expediente 7440-2005-PHD/TC*. Sentencia: 7 de diciembre de 2005.
- 2005 *Expediente 0003-2005-AI/TC*. Sentencia: 9 de agosto de 2006.
- 2005 *Expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC*. Sentencia: 25 de abril de 2006.
- 2005 *Expediente 0030-2005-PI/TC*. Sentencia: 2 de febrero de 2006.
- 2005 *Expediente 5854-2005-AA/TC*. Sentencia: 8 de noviembre de 2005.
- 2005 *Expediente 6712-2005-HC/TC*. Sentencia: 17 de octubre de 2005.
- 2006 *Expediente 02193-2006-PHD/TC*. Sentencia: 23 de abril de 2007.
- 2006 *Expediente 03869-2006-HD/TC*. Sentencia: 12 de abril de 2007.
- 2006 *Expediente 4468-PHD/TC*. Sentencia: 22 de marzo de 2002.
- 2006 *Expediente 4972-2006-PA/TC*. Sentencia: 4 de agosto de 2006.
- 2006 *Expediente 007-2006-PI/TC*. Sentencia: 22 de junio de 2007.

2007 Expediente 315-2007-PHD/TC. Sentencia: 16 de febrero de 2007.
2007 Expediente 00712-2007-PHD/TC. Sentencia: 16 de noviembre de 2007.
2007 Expediente 04407-2007-PHD/TC. Sentencia: 14 de septiembre de 2009.
2007 Expediente 04885-2007-PHD/TC. Sentencia: 18 de agosto de 2008.
2007 Expediente 00005-2007-PI/TC. Sentencia: 26 de agosto de 2008.
2007 Expediente 00815-2007-HC/TC. Sentencia: 7 de diciembre de 2009.
2007 Expedientes 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC. Sentencia: 29 de agosto.
2007 Expediente 03901-2007-PA/TC. Sentencia: 28 de septiembre.
2008 Expediente 02845-2008-PHD/TC. Sentencia: 29 de marzo de 2010.
2008 Expediente 02814-2008-PHD/TC. Sentencia: 25 de mayo de 2010.
2008 Expediente 04912-2008-HD/TC. Sentencia: 7 de septiembre de 2009.
2008 Expediente 579-2008-AA-AA/TC. Sentencia: 5 de junio de 2008.
2008 Expediente 00850-2008-PA/TC. Sentencia: 24 de septiembre de 2008.
2009 Expediente 00330-2009-HD/TC. Sentencia: 4 de septiembre de 2009.
2009 Expediente 03156-2009-PHD/TC. Sentencia: 18 de agosto de 2010.
2009 Expediente 04145-2009-HD/TC. Sentencia: 22 de junio de 2010.
2009 Expediente 04645-2009-PHD/TC. Sentencia: 8 de marzo de 2010.
2009 Expediente 05254-2009-PHD/TC. Sentencia: 4 de mayo de 2010.
2009 Expediente 05898-2009-PHD/TC. Sentencia: 13 de mayo de 2010.
2009 Expediente 05982-2009-HD/TC. Sentencia: 22 de junio de 2010.
2009 Expediente 06070-2009-PHD/TC. Sentencia: 8 de septiembre de 2010.
2009 Expediente 04224-2009-PA/TC. Sentencia: 19 de julio de 2011.
2010 Expediente 00565-2010-PHD/TC. Sentencia: 5 de septiembre de 2010.
2010 Expediente 00849-2010-HD/TC. Sentencia: 8 de junio de 2010.
2010 Expediente 01454-2010-PHD/TC. Sentencia: 6 de agosto de 2010.
2010 Expediente 01475-2010-PHD/TC. Sentencia: 26 de agosto de 2010.
2010 Expediente 01864-2010-HD/TC. Sentencia: 19 de octubre de 2010.
2010 Expediente 02229-2010-PHD/TC. Sentencia: 19 de octubre de 2010.
2010 Expediente 04241-2010-HD/TC. Sentencia: 25 de marzo de 2011.
2010 Expediente 03599-2010-PA/TC. Sentencia: 10 de enero de 2012.
2011 Expediente 01410-2011-PHD/TC. Sentencia: 22 de agosto de 2011.
2011 Expediente 01581-2010-PHD/TC. Sentencia: 11 de octubre de 2010.
2011 Expediente 04139-2011-HD/TC. Sentencia: 9 de noviembre de 2011.
2011 Expediente 04788-2011-PHD/TC. Sentencia: 31 de enero de 2012.
2011 Expediente 05173-2011-PHD/TC. Sentencia: 11 de mayo de 2012.
2012 Expediente 00441-2012-PHD/TC. Sentencia: 11 de mayo de 2012.
2012 Expediente 01839-2012-PHD/TC. Sentencia: 9 de diciembre de 2014.
2012 Expediente 01900-2012-PHD/TC. Auto: 14 de marzo de 2016.
2012 Expediente 02213-2012-PHD/TC. Sentencia: 11 de julio de 2013.
2012 Expediente 03994-2012-HD/TC. Sentencia: 10 de diciembre de 2015.
2012 Expediente 04203-2012-PHD/TC. Sentencia: 13 de enero de 2014.

- 2012 *Expediente 02976-2012-PA/TC*. Sentencia: 5 de septiembre de 2013.
- 2012 *Expediente 03485-2012-PA/TC*. Sentencia: 10 de marzo de 2016.
- 2013 *Expediente 00168-2013-HD/TC*. Sentencia: 9 de agosto de 2013.
- 2013 *Expediente 00313-2013-PHD/TC*. Sentencia: 10 de junio de 2013.
- 2013 *Expediente 01847-2013-PHD/TC*. Sentencia: 23 de julio de 2014.
- 2013 *Expediente 03247-2013-HD/TC*. Sentencia: 25 de marzo de 2015.
- 2013 *Expediente 03672-2013-PHD/TC*. Sentencia: 14 de julio de 2014.
- 2013 *Expediente 04865-2013-PHD/TC*. Sentencia: 14 de julio de 2014.
- 2014 *Expediente 02313-2014-PHD/TC*. Sentencia: 21 de septiembre de 2016.
- 2014 *Expediente 00009-2014-AI/TC*. Sentencia: 4 de marzo de 2016.
- 2015 *Expediente 00734-2015-HD/TC*. Sentencia: 24 de enero de 2017.
- 2016 *Expediente 02097-2016-PHD/TC*. Sentencia: 19 de octubre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 1986. *Opinión Consultiva OC-6-86*. Emisión: 9 de mayo.
- 2006 *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia: 19 de septiembre.
- 2009 *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia: 6 de julio.
- 2010 *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia: 24 de noviembre.
- 2011 *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia: 29 de noviembre.

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE MÉXICO

- 2008 *Expediente 3069-08*. Resolución: 23 de septiembre de 2008.
- 2008 *Expediente 5810-08*. Resolución: 11 de febrero de 2009.
- 2009 *Expediente 1836-09*. Resolución: 17 de junio de 2010.
- 2009 *Expediente 5476-09*. Resolución: 30 de enero de 2010.
- 2009 *Expediente 5436-09*. Resolución: 20 de enero de 2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA DE CHILE

- 2010 *Rol C83-10*. Resolución: 22 de junio de 2010.
- 2011 *Rol C377-11*. Resolución: 29 de junio de 2011.
- 2011 *Rol C406-11*. Resolución: 12 de agosto de 2011.
- 2013 *Rol C2213-13*. Resolución: 21 de marzo de 2014.
- 2015 *Rol C1125-15*. Resolución: 1 de septiembre de 2015.
- 2017 *Rol C2008-17*. Resolución: 29 de octubre de 2017.