

“La importancia del derecho de acceso a la información pública en la lucha contra la corrupción. A propósito del debate sobre el acceso a la información pública de los correos institucionales de los funcionarios públicos”

**Kris Ivone Vidal Conde¹*

“Con la evolución de la tecnología la comunicación ya no se efectúa únicamente, a través del soporte papel, sino también con otros medios como lo son los correos electrónicos”

(Sentencia Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional: EXP. 36677-2014-0-1801-JR-CI-05).

1. Introducción.

Diversos organismos tanto nacionales como internacionales han manifestado la importancia que tiene el derecho de acceso a la información pública como mecanismo de lucha contra la corrupción, puesto que en una sociedad democrática opera el principio fundamental de la transparencia en la administración del estado, en contraste con la cultura del secreto, así, se han emitido distintas recomendaciones, y los países han ido perfeccionando sus ordenamientos internos con el fin de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, pese a los esfuerzos, la realidad fáctica muchas veces termina superando las regulaciones dadas para una determinada época. La realidad que nos toca afrontar ahora es la del mundo electrónico. En esa medida el Comité de Derechos Humanos, en su observación General Número 34, emitida el año 2011 manifestó que con la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, han cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo, en razón de ello, instó a los Estados partes a tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso a los mismos de los particulares”. En esa medida con la evaluación de las tecnologías, el derecho tiene el desafío de adaptarse a los nuevos en cambios, dentro de todo ello, están los cambios sustanciales que ha dado el uso de las nuevas tecnologías en la administración de los Estados, tanto es así que la mayoría de ellos, tienen dentro de sus leyes de acceso a la información se han implementado disposiciones que obligan a las entidades públicas a difundir a través de un portal de transparencia información importante que posea la entidad pública.

Dentro de toda esta inserción del derecho de acceso a la información con la incursión de las nuevas tecnologías, entra a tallar un nuevo debate, esto es, la posibilidad de poder acceder a los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos cuando la información tenga que ver con el ejercicio de sus funciones, a nivel del derecho comparado se tiene múltiples avances sobre el tema. En nuestro país, el tema ha saltado a la vista recientemente, sobre todo a partir de la emisión de la Sentencia del Quinto Juzgado Constitucional de Lima mediante Resolución N° 07 de fecha 24 de junio del 2015, que bajo el pedido de hábeas data declaró fundada la demanda de solicitud

¹ Estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho en la UNMSM, Miembro del Círculo de Derechos Humanos-UNMSM. Asistente de cátedra de derechos fundamentales, Ex Becaria por la Universidad de Arizona en EEUU.

de acceso a la información referente al reglamento de hidrocarburos del correo institucional del Ministro de Transportes.

El debate, aún no ha concluido, y no pretendemos agotarlo en el presente escrito, nuestra finalidad es poner sobre la mesa un tema tan importante como es el derecho de acceso a la información pública y la importancia de que este avance conforme va cambiando la realidad fáctica, es por ello que, a través de nuestra investigación pretendemos sentar posición sobre la factibilidad de acceder a los correos institucionales de los funcionarios públicos.

2. Sobre el papel del acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción.

2.1. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental.

El derecho fundamental de acceso a la información pública se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esa línea, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública implica que nadie pueda ser arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos del Estado o personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización².

Este derecho al ser reconocido como derecho fundamental debe ser entendido como facultad y como principio. En razón a ello, Santiago Díaz, dice que, por un lado, existe el derecho de cualquier ciudadano a acceder a la información pública que quiera conocer. Por otro lado, existe el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones de manera completa, en función de la lógica democrática republicana a la que hemos aludido³ (DÍAZ CAFFERATA, 2009, pág. 162)

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia⁴ y ha manifestado que este derecho cuenta con una vertiente individual y una colectiva.

En su “vertiente individual” centra su relevancia en el beneficio individual que la persona tiene al acceder a la información pública solicitada, con lo que puede ejercer otros derechos de relevancia constitucional, como la libertad de investigación, de opinión o de participación ciudadana, entre otros.

En su “vertiente colectiva”, en cambio, comprende a la información pública como un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

² Tribunal Constitucional. EXP. N° 04912-2008-PHD/TC, fundamento 6.

³ El autor toma como referencia a RODRÍGUEZ VILLAFañE, Miguel J., “El acceso a la información pública en Argentina”, Derecho Comparado de la Información, nro. 2, 2003, p. 12

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 01797-2002-HD/TC, fundamento 10 y 11; EXP. N° 04912-2008-PHD/TC, fundamento 2; EXP. N° 05777-2008-PDH/TC, fundamento 1 y 2; EXP. N° 05624-2009-PHD/TC, fundamento 5

2.1.1. El proceso constitucional de Hábeas Data como garantía constitucional del derecho de acceso a la información pública.

El proceso constitucional del hábeas data se presenta como una garantía constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución, en consecuencia, a través de este proceso se protege tanto el derecho del ciudadano al acceso a la información pública, como el derecho a mantener en reserva la información que pueda afectar su intimidad personal y familiar⁵.

De allí, que en opinión del constitucionalista César Landa, se diga que el hábeas data comparte la doble dimensión de los procesos constitucionales, una dimensión de orden objetivo y otra de orden subjetivo, en la que se busca proteger los derechos constitucionales que podrían verse afectados ante la ausencia de conocimiento y, en su caso, autorización del interesado para procesar determinado tipo de informaciones (LANDA ARROYO, 2007, pág. 239), en ese sentido, a través del proceso constitucional de hábeas data, se protege tanto el derecho de acceso a la información pública como el derecho a la autodeterminación informativa, esta última es entendida como la facultad de “exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentran almacenados los datos de una persona”⁶, además de “rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados”⁷.

2.2. El derecho al acceso a la información pública en el ámbito internacional

A nivel internacional, el derecho de acceso a la información pública ha sido reconocido en su mayoría como una manifestación del derecho a la libertad de expresión.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) reconocen un derecho positivo a buscar y a recibir información. Así mismo, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 34, se ha referido a la información pública como aquella comprendida en los registros que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción (ONU, 2011, párr 18, 19).

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 13 el derecho y la libertad no solo de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir información de toda índole.

Asimismo, la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el año 2010, ha adoptado una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, y una guía para su aplicación⁸ conscientes de su importancia para la participación ciudadana y la promoción del respecto efectivo de los derechos humanos.

En esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial para la libertad de Expresión en octubre de 1997. En el 2016, “la Asamblea General de la OEA aprobó la resolución AG/RES. 2885 (XLVI-O/16) sobre acceso a la información pública, que encomienda a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión desarrollar y difundir el contenido del marco jurídico interamericano en materia de derechos de acceso a la información, incluyendo la Ley Modelo

⁵ Tribunal Constitucional. EXP. N°5952-2006-PHD/TC. FJ 3.

⁶ Tribunal Constitucional. EXP. N°1797-2002-PHD/TC. FJ 4.

⁷ Tribunal Constitucional. EXP. N°1797-2002-PHD/TC. FJ 4.

⁸ OEA, Organización de Estados Americanos (2010). Comentario y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. OEA/Ser.G/ CP/CAJP-2841/10. 23 abril 2010. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp.

Interamericana de Acceso a la Información Pública, mediante la elaboración de informes sobre el alcance del derecho y la aplicación de sus principios” (CIDH, 2016, pág. 8).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en reiterada jurisprudencia⁹, ha establecido el derecho de acceso a la información pública, uno de sus casos emblemáticos al respecto es *Claude Reyes vs. Chile* que ha contemplado el derecho de las personas a recibir información pública 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 en algún motivo permitido por la Convención que permita al Estado limitar el acceso a la misma para el caso concreto.¹⁰

2.3. La participación ciudadana en la fiscalización de la administración pública y el principio de la transparencia.

Ya hemos establecido el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública tanto a nivel nacional como internacional, y hemos evidenciado que este derecho es trascendental para un régimen democrático, y es que en un sistema democrático como el nuestro, en donde el poder emana del pueblo (artículo 45 de la constitución) nadie puede detentar a título propio el poder (DIAZ CAFFERATA, 2009, pág. 153), dado que la creación de un Estado democrático reposa precisamente en la idea de control de los ciudadanos sobre la Administración Pública¹¹

En razón a ello, cobra importancia “la participación ciudadana como principio fundamental que ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho, y (...) persigue un incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales.”¹² Reconocido también en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.

Sobre la base de lo anterior, el derecho de acceso a la información pública “surgió como la herramienta principal e indispensable para que la ciudadanía fiscalice el actuar de los funcionarios públicos, pues, sin este tipo de información, se debilita su rol supervisor y participativo.”¹³ Por ello, el Tribunal Constitución afirmó que este derecho es consustancial a una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública.¹⁴

Encontramos entonces, sustentos constitucionales sobre las cuales el ciudadano, tiene un rol importante en la fiscalización del manejo del Estado. Por ello, consideramos al igual que la Corte Suprema de Justicia del Salvador, que el derecho de acceso a la información pública es un principio que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos públicos.¹⁵

Por consiguiente, resulta lógico afirmar que el derecho de acceso a la información pública, termina convirtiéndose en “un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los

⁹ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001; y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.

¹⁰ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

¹¹ Tribunal Constitucional. EXP. 05777-2008-PDH/TC, FJ. 7

¹² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1338/00 de la

¹³ Tribunal Constitucional. EXP. 05777-2008-PDH/TC, FJ. 1 y 2

¹⁴ Tribunal Constitucional. EXP. 05777-2008-PDH/TC, FJ. 7

¹⁵ El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 13-2012

(Inconstitucionalidad). 5 de diciembre de 2012. Cifrado en. CIDH. Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información, relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.147. 2013, pág.

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.”¹⁶

Concluimos entonces en ese apartado, que garantizar la transparencia en la administración del Estado es un principio, inherente a nuestro Estado democrático y social de Derecho, que proyecta la obligación sobre la Administración de entregar la información solicitada, sin que se tenga que argumentar inclusive para qué se solicita tal información. Este giro paradigmático se sustenta en el principio de publicidad, a partir del cual se comprende que toda información en poder del Estado es en principio pública.¹⁷ Se pretende con ello erradicar cualquier vestigio de la “cultura del secreto”, bajo la cual la Administración se estimaba “propietaria” de los documentos, archivos e información de naturaleza pública. Desde esta equivocada perspectiva, las entidades estatales muchas veces sentían que podían decidir discrecionalmente si entregaban o no la información pública solicitada.”¹⁸

2.4. La importancia del derecho de acceso a la información pública en la lucha contra la corrupción

Habiendo establecido la importancia del derecho de acceso a la información pública en la fiscalización de la administración del estado, es necesario ahora, resaltar su efectividad como mecanismo de lucha contra la corrupción.

En esa línea, el derecho de acceso a la información es reconocido como un medio eficiente de lucha contra la corrupción, y forma parte de las medidas de promoción del buen gobierno recomendadas por las organizaciones internacionales, así, La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, define a la corrupción “como el abuso en beneficio particular del poder depositado por los ciudadanos en las instituciones públicas. Mientras que el buen gobierno se refiere al ejercicio de la autoridad por medio de procesos políticos e institucionales que son transparentes, están sujetos a la rendición de cuentas y alientan la participación de los ciudadanos”¹⁹. Además menciona que “las iniciativas anticorrupción subrayan la importancia de la transparencia y la rendición de cuentas y hacen hincapié en el derecho a solicitar y obtener información de los funcionarios del Estado”²⁰.

El Perú no ha sido ajeno a dicha práctica, pues una de las estrategias de lucha contra la corrupción, plasmada en el Plan Nacional de Lucha contra la corrupción del año 2012-2016 ha sido asegurar la transparencia y acceso a la información en la administración pública, en el sentido que se buscó mejorar el marco normativo sobre la transparencia y acceso a la información pública²¹. Asimismo, dentro de las estrategias anticorrupción del poder ejecutivo, encontramos como uno de sus objetivos la consolidación de un Estado transparente y libre de la cultura de secreto²².

3. Sobre el acceso a la información pública y los correos electrónicos institucionales

¹⁶ Tribunal Constitucional. EXP. N° 05624-2009-PHD/TC, FJ. 6; EXP. 05777-2008-PDH/TC, FJ. 5

¹⁷ Tribunal Constitucional. EXP. 04912-2008-PHD/TC, FJ. 5.

¹⁸ Tribunal Constitucional. EXP. 04912-2008-PHD/TC, FJ. 4.

¹⁹ ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos. 2008, pág. 65.

²⁰ ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos. 2008, pág. 65.

²¹ Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Diciembre/09/DS-119-2012-PCM.pdf>

²² Decreto Supremo N° 046-2013-PCM. Estrategias Anticorrupción del Poder Ejecutivo.

Este apartado se da a propósito de una reciente sentencia emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima. En donde, Marco Gamarra Galindo, interpuso una demanda de Hábeas data dirigida contra el Secretario General del Ministerio de Energía y Minas, en cuyo petitorio pide que «se le otorgue los correos electrónicos recibidos por el Sr. Ministro Eleodoro Mayorga Alba a su cuenta de correo oficial o cualquier otra que le haya sido creada en el ministerio, 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»²³.

Es así que con fecha 24 de junio de 2015, mediante resolución N°7, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, declara fundada la demanda y ordena al secretario General del Ministerio de Energía y Minas, que proceda a entregar la información solicitada.

Dicho pronunciamiento ha causado mucha polémica, pues aparentemente se estaría relegando el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en favor del derecho de acceso a la información pública, es así que en este apartado pretendemos desarrollar los argumentos que nos permitan pronunciarnos a favor de la línea seguida por la sentencia, así como hacer un análisis comparado del tema.

3.1. Sobre el acceso a la información pública de los correos institucionales de los funcionarios Públicos. ¿Es posible?

Para determinar si es posible conocer, por medio del derecho de acceso a la información pública, la información contenida en los correos institucionales de los funcionarios públicos, debemos estructurar el análisis de la siguiente manera: i) ¿Opera una presunción pública en la información contenida en el correo institucional? ii) Si existe esa presunción pública, ¿Habrà una motivación suficiente para desvirtuar la presunción pública de la información contenida en los correos institucionales? Si la primera respuesta es afirmativa y la segunda negativa, entonces si sería factible el conocimiento de la información pública contenida en los correos institucionales.

Para responder la primera pregunta, debemos partir primero por definir qué es información pública, y en esa línea qué se entiende por presunción pública. En razón a ello, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante Ley N° 27806), nos dice en su artículo 10, que es información de acceso público «*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*», así mismo de manera complementaria a ello, el Tribunal Constitucional señala que «(l)o 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»²⁴.

El inciso 1 del artículo 61° del Código Procesal Constitucional prescribe que:

«Toda persona puede acudir a dicho proceso para acceder 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» (el subrayado es nuestro).

²³ Corte Superior de Justicia de Lima. EXP. N° 36677-2014-0-1801-JR-CI-05, f. j. 6.

²⁴ Tribunal Constitucional. EXP. N° 05777-2008-PDH/TC, FJ. 14.

Respecto al soporte en el que debe encontrarse la información no hay un requisito indispensable, pues el mismo Código Procesal Constitucional ha establecido una regulación abierta al considerar “cualquier otro tipo de soporte”, en razón a ello, concordamos con Santiago Diaz, en que toda información que sea pública por su objeto, es decir que verse sobre asuntos de la comunidad considerada como un todo, es en principio pública independientemente del soporte en que se encuentre. (DIAZ CAFFERATA, 2009, págs. 159, 160).

En resumen podemos establecer decir que se entenderá como información pública, independientemente del soporte material en que se encuentre, a i) la información que se encuentre en poder de los órganos públicos y ii) que sirva como base para la adopción de decisiones administrativas.

Además de ello, en aras de la transparencia en la administración del Estado, la Ley N° 27806 ha establecido en su artículo 3 que todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en dicha ley están sometidas al principio de publicidad, y el inciso 1 del mismo artículo dispone que *«toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15 de la presente Ley»*.

Ahora bien, respecto a la información contenida en los correos institucionales sostenemos opera sobre ella una presunción pública, toda vez que dichas cuentas han sido creadas con la finalidad de facilitar la comunicación relacionada con la actividad que realiza un funcionario, como lo señala, por ejemplo, el artículo 4.d de la Resolución Directoral N° 0061-2016-MTC/10²⁵, por consiguiente, el correo electrónico institucional es un soporte técnico creado por el mismo Estado en donde en principio su uso está destinado para asuntos de carácter público. Ello quiere decir, existe una presunción pública respecto a esa información, toda vez, que es información que los funcionarios públicos generan, producen y poseen en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior, sumado a la obligación que tienen los Estados de incorporar al dominio público la información del gobierno que sea de interés público establecida en la Observación General N° 34²⁶ hace que la información que verse sobre el ejercicio de las funciones de los funcionarios públicos contenida en los correos institucionales deba ser privilegiada por el derecho de acceso a la información pública²⁷.

Habiendo puesto en evidencia la presunción pública de la información contenida en los correos institucionales, corresponde ahora, pasar a verificar la existencia o no de una motivación suficiente que permita desvirtuar dicha presunción pública.

La presunción de publicidad, hace que la denegatoria de una solicitud de acceso a la información pública, requiera motivación cualificada “a fin de desvirtuar la presunción de publicidad que recae sobre la información que está bajo el control del Estado y al

²⁵ Resolución Directoral N° 0061-2016-MTC/10. “Normas para el correcto uso de equipo de cómputo, correo electrónico institucional, software legal y servicios informáticos del ministerio de transportes y comunicaciones.”

²⁶ Observación General N°34 (2011), Comité de Derechos Humanos, párr. 19.

²⁷ OEA, Organización de Estados Americanos (2010). Comentario y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. OEA/Ser.G/ CP/CAJP-2841/10. 23 abril 2010, pág. 43. Lo primero que debemos determinar para analizar el tema en cuestión es si los correos electrónicos institucionales, son información pública. Al respecto, la guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información dada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), establece la importancia que ha tenido el correo electrónico para la comunicación. En ese sentido, determina que los correos electrónicos, archivos de audio, de video son información y que es el contenido de la información lo que determina si algo constituye un “archivo” del organismo. La identificación y mantenimiento de archivos para el interés público es primordial para facilitar el propósito y objetivo de toda ley de acceso a la información”

carácter restrictivo con que deben ser interpretadas y aplicadas las causales de exclusión.²⁸, Ello, en complementariedad con el principio de máxima divulgación recogido en el caso *Claude Reyes vs Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los expedientes N° 03035-2012-PHD/TC, N° 2579-2003-HD/TC, impone a la Entidad pública la carga de la prueba en demostrar que la información solicitada en efecto no es susceptible de conocimiento público, sobre el cual existe la obligación de tener presente como regla general la publicidad en la actuación de los poderes públicos; y el secreto como la excepción.

La motivación cualificada, consiste entonces, en probar que la denegatoria de la solicitud se encuentra dentro de las excepciones contenidas en la Ley N°27806, y que dichas excepciones son interpretadas restrictivamente. En ese sentido, para denegarnos la información contenida en un correo institucional, se debe demostrar que dicha información está exceptuada por ley, para lo cual, tenemos dos argumentos, el primero se basa en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, respecto del cual nos referiremos más adelante, y el segundo cuando en el correo institucional existiera tanto información reservada por ley como información susceptible de conocimiento público.

El tratamiento de lo anterior ha sido establecido en un informe de la Defensoría del Pueblo en el año 2015²⁹, así establece dos situaciones: la primera, si el correo institucional contiene solo información de carácter público, es decir haya sido generada, recibida o transmitida ejerciendo la función pública, la información debe ser entregada a quien la solicite, y la segunda, cuando el correo institucional contiene tanto información pública como información que debe ser protegida bajo el régimen de excepciones prevista en la Ley 27806, se deberá entregarse solo la información de carácter público y restringirse el acceso respecto de aquella información protegida por ley, al ser de información confidencial, reservada o secreta según corresponda³⁰, esto último ha sido establecido también en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, “En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté exenta de divulgación mediante las excepciones enunciadas en el artículo 41, podrá hacerse una versión del documento que tache o cubra solamente las partes del documento sujetas a la excepción. La información no exenta deberá ser entregada al solicitante y hacerse pública”³¹.

En ese caso, dejamos claro, que la Entidad, no podrá basarse en el argumento de que en el correo institucional se encuentra también información reservada, puesto que la protección de esta ya está garantizada por la propia Ley N°27806, entonces no habrá motivación cualificada respecto a ese punto.

3.1.1. Análisis a nivel del derecho comparado

A nivel del derecho comparado se ha identificado diferentes países cuyo ordenamiento ha optado por regular el acceso a la información de los correos institucionales de los funcionarios públicos, ello nos permitirá nutrirnos de sus experiencias a fin de reforzar nuestra posición.

²⁸ Tribunal Constitucional. Expediente N° 03035-2012-PHD/TC. FJ. 6

²⁹ Defensoría del Pueblo. El informe de adjuntía N° 01-2015-DP/AAC.

³⁰ Ley 27806: Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 19. “En 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”.

³¹ OEA. Aprobada por asamblea general de la OEA, mediante resolución AG/RES.2607 (XL-0/10) del 8 de junio de 2010.

En EE.UU, *La Freedom of Information Act* (FOIA), que es la ley encargada de brindar el derecho de acceso a la información del Gobierno Federal, fue reformada en 1996, con el propósito de incluir la información electrónica. Asimismo un tribunal de apelaciones determinó que los correos electrónicos constituyen expedientes públicos. (Acuerdos, 2007, págs. 7-14).

En México, país cuya ley de Acceso a la Información Pública es la más avanzada en la región, “los correos electrónicos de archivo y sus documentos adjuntos se consideran documentos e información en términos de las definiciones contenidas en las fracciones III y V del artículo 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental” (Instituto Federal de Acceso a la Información pública, 2009), además de ello, no se permiten solicitudes genéricas, estas deben precisar el soporte o medio en que se encuentra la información, el tema, y atribución. La atención de solicitudes de acceso a la información sobre correos electrónicos de los servidores públicos debe hacerse partiendo de la base de que éstos se consideran documentos en términos de la Ley, siempre y cuando registren el ejercicio de las facultades o la actividad de los *sujetos obligados y sus servidores públicos* (Acuerdos, 2007, pág. 7) *(El subrayado y cursiva es nuestro)*.

En Canadá, la Biblioteca y Archivos elaboró un documento para facilitar la “Política sobre la Gestión de la Información Gubernamental”, en la que se establece que “las instituciones deben administrar los mensajes electrónicos oficiales de manera que se garantice la memoria institucional del Gobierno”, debido a que, un gran número de decisiones se toman y registran en soporte electrónico. Además, los mensajes electrónicos, generados, recibidos o transmitidos durante el curso normal de las operaciones gubernamentales y que reflejen las funciones, las actividades y las decisiones del gobierno son considerados documentos oficiales” (Acuerdos, 2007, págs. 7-16)

En los países mencionados, no es que se permita un acceso indiscriminado a la información contenida en los correos electrónicos, al contrario, sus propios ordenamientos han establecido mecanismos en cuanto a su procedimiento, en Estados Unidos, por ejemplo, el Departamento de Justicia establece en su Guía de Referencia que la solicitud debe ser tan específica como sea posible, ya que esto facilitará la búsqueda de la información. En Canadá, el solicitante deberá proporcionar suficientes detalles de un documento para permitir que un empleado experimentado de la institución realice un esfuerzo razonable para identificarlo. En el Reino Unido las autoridades incluso tienen la posibilidad de rechazar solicitudes que no se entiendan para asegurarse que el solicitante plantee un tema bien definido (Acuerdos, 2007, págs. 7, 8).

3.1.2. Caso complejo, sobre la referida intervención del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Un punto dejado para el análisis, era sobre el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones, y es precisamente al que vamos a referirnos en este apartado.

A raíz del caso citado del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, surgió en el país el debate de si dicha decisión era contraria a la constitución en el sentido de que se estaría vulnerando del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Los que establecen que sí, consideran que los correos electrónicos de los funcionarios públicos se enmarcan dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados”, toda vez, que estos son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados, y que

por tanto, hay expectativa razonable de que están cubierto de injerencias y conocimiento de terceros³²

Sin embargo, nosotros consideramos que ello no es así, por los siguientes motivos: i) El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones protege toda comunicación que se da con una expectativa de secreto y ii) Un correo Institucional es creado y dado a un funcionario público para que este pueda hacer uso de él en el ejercicio de sus funciones. Dichos argumentos, lo analizaremos en las siguientes líneas.

“El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o se acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados 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”³³. (Subrayado es nuestro)

“El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, 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. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”³⁴. Así, podemos decir que tiene “dos dimensiones, la primera *procedimental*, referida al desarrollo normal de los procesos comunicativos, y la segunda *sustantiva* busca proteger el conocimiento que terceros no autorizados pudieran tener sobre el contenido de la comunicación” (VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, 2010, pág. 196).

Respecto al término “privados”, un voto del magistrado Eto Cruz³⁵, precisa lo siguiente “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.”(El subrayado es nuestro)

En las líneas anteriores se ha hecho referencia a la cualidad del medio técnico empleado para la comunicación, con los avances tecnológicos dentro de esos medios técnicos entrarían a tallar los correos electrónicos, siguiendo esta línea argumentativa diremos que los correos electrónicos que serán protegidos por el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones serán aquellos que tengan por su naturaleza una presunción de confidencialidad, al respecto diremos que los correos institucionales

³² Tribunal Constitucional chileno, Sentencia 11 de Setiembre de 2012, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2153-2011; Sentencia 31 de enero de 2013, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2246- 2012; Sentencia 29 de enero de 2014, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2379- 2013.

³³ Tribunal Constitucional. EXP. N°2863-2002-AA/TC, FJ. 3; EXP. N°0086-2001-PA/TC, FJ. 2; EXP. N°01058-2004-AA/TC.

³⁴ Tribunal Constitucional. EXP. N°2863-2002-AA/TC, FJ. 3

³⁵ Voto del magistrado Eto Cruz, en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 03599-2010-PA/TC, párr. 9.

carecen de dicha presunción, pues dichas cuentas han sido creadas para que los funcionarios públicos puedan realizar sus funciones a través de estas.

Lo anterior también ha sido establecido por informe de la Defensoría del Pueblo, el cual señala que “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. Ello porque el referido derecho fundamental protege toda injerencia ilegítima sobre las comunicaciones o documentos de carácter privado en las que existe expectativa razonable de confidencialidad, a diferencia de la información transmitida a través de una cuenta de correo institucional cuya publicidad se presume.”³⁶

3.1.3. Sobre la limitación del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos.

Otro de los argumentos, que entran a resaltar en el debate pretendido abordar en el presente artículo es el límite al derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, al respecto sostendremos que si bien es cierto se limita dicho derecho este sería constitucional y legítimo.

Un funcionario público tiene deberes³⁷ que se le atribuyen producto de la sociedad democrática en que vivimos, y en esa medida es entendible que la vida del funcionario público sea de alguna manera un tema de interés general cuando esta tenga que ver con el ejercicio de alguna de sus funciones.

En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, señalando que “la vida del funcionario público --entendido el concepto en un sentido amplio--no tiene los linderos claros, que si los hay en la vida de un ciudadano particular. No siempre será fácil distinguir entre los actos privados y los actos públicos, o mejor todavía, entre los actos personales sin trascendencia, relevancia o interés públicos, y los actos personales que sí los tengan. La dificultad en establecer el deslinde no significa, lo subrayo, que no exista una zona estrictamente privada, legítimamente sustraída a la observación pública.”³⁸

Entonces, si bien un funcionario público goza también del derecho fundamental a la intimidad, este es de alguna forma limitado, debido que, como se establecido en el Caso Kimel vs. Argentina, “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.”³⁹

Ahora bien, sobre el debate en cuestión, la posibilidad de acceder a un correos institucional del funcionario público por medio del derecho de acceso a la información pública no representa ningún peligro al contenido esencial del derecho a la intimidad del servidor público, puesto que su tratamiento, evidentemente, tiene que darse en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y esta, en su artículo 15-B, inciso 5, prevé la excepción de que “*la información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la*

³⁶ El informe de adjuntía N° 01-2015-DP/AAC.

³⁷ Constitución Política del Perú. Artículo 39, establece que “todos los funcionarios públicos están al servicio de la Nación

³⁸ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 25

³⁹ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 86.

intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado”

Por lo tanto, resulta evidente que se deberá exceptuar aquella información en el correo institucional que verse sobre la vida íntima del servidor público, ello es factible a la luz del artículo 17 de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el sentido que cuanto el documento contenga información exceptuada por ley, se debe dar a conocer solo la información disponible.

En ese sentido, sobre ello concluimos que, “cuando se solicita conocer el contenido de una correspondencia pública intercambiada entre funcionarios públicos, que documenta el ejercicio de sus facultades o actividades, prevalece el interés general por encima del derecho –no anulado, pero sí limitado- a la privacidad del funcionario público” (FUSADES, 2014, pág. 7)

4. Conclusiones.

Por lo expuesto anteriormente, dejamos en claro la importancia del derecho de acceso a la información pública como mecanismo de lucha contra la corrupción y en el sostenimiento de una sociedad democrática que hace que los Estados se vean en la obligación de mejorar conforme avance la realidad fáctica el ejercicio y goce de este derecho.

En razón a ello, hemos buscado brindar en el presente artículo argumentos que permitan implementar al acceso a la información pública de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, por ello, miramos con buenos ojos la reciente sentencia aprobada por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, toda vez que, resulta necesario impulsar el activismo judicial para fortalecer el Estado de Derecho frente a la corrupción (LANDA ARROYO, 2007, pág. 203).

Sin embargo, consideramos que la sentencia emitida es solo un primer paso, pues la tarea que nos trae la incursión de las nuevas tecnologías en cuando al derecho de acceso a la información pública requiere que todo el aparato estatal implemente los mecanismos necesarios a fin de poder garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho en armonía con los otros derechos y bienes constitucionales.

Por ello no pretendemos agotar el debate al respecto, sino todo lo contrario, se requiere que la comunidad académica continúe proponiendo argumentos tanto a favor y en contra a fin de que a través de ello se perfeccione como país una mejor protección del derecho de acceso a la información frente a las nuevas tecnologías.

5. Bibliografía.

Acuerdos, S. d. (2007). *Estudio y consideraciones sobre la publicidad del correo electrónico de los servidores públicos*. México.

CIDH, C. I. (2016). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf>

DIAZ CAFFERATA, S. (2009). El derecho de acceso a la información pública. *Lecciones y Ensayos*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>

FUSADES. (febrero de 2014). Los correos electrónicos institucionales y el acceso a la información pública. *Estudios legales N°158*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/FUSADESORG/los-correos-electronicos-institucionales-y-el-acceso-a-la-informacin-pblica>

Instituto Federal de Acceso a la Información pública, S. d. (12 de agosto de 2009). *Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la administración pública federal*. Obtenido de http://www.inecc.gob.mx/descargas/csi/ifai_conserva_correo.pdf

LANDA ARROYO, C. .. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores.

ONU, C. d. (12 de setiembre de 2011). *Oberservación General N°34 (CCPR/C/GC/34)*. Obtenido de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1I5979OVGGb%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>

Plan Nacional de Lucha contra la corrupción 2012-2016. (14 de diciembre de 2012). Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Diciembre/09/DS-119-2012-PCM.pdf>

VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, R. (2010). Delimitación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* (pág. 624). Lima: Gaceta Jurídica.

- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 04912-2008-PHD/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 01797-2002-HD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 04912-2008-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 05777-2008-PDH/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°5952-2006-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°1797-2002-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 05777-2008-PDH/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 05624-2009-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 04912-2008-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 04912-2008-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°2863-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°0086-2001-PA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°01058-2004-AA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°2863-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 03035-2012-PHD/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 03035-2012-PHD/TC.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 11 de Setiembre de 2012, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2153-2011.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 31 de enero de 2013, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2246- 2012.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 29 de enero de 2014, Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 2379- 2013.

- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004.
- Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 86.
- OEA, Organización de Estados Americanos (2010). Comentario y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. OEA/Ser.G/ CP/CAJP-2841/10. 23 abril 2010. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp.
- Comité de Derechos humanos. Observación General N°34 (2011).
- OEA, Organización de Estados Americanos (2010). Comentario y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. OEA/Ser.G/ CP/CAJP-2841/10. 23 abril 2010.
- CIDH. Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información, relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.147. 2013.
- ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos. 2008.
- Decreto Supremo N° 046-2013-PCM. Estrategias Anticorrupción del Poder Ejecutivo.
- Corte Superior de Justicia de Lima. EXP. N° 36677-2014-0-1801-JR-CI-05, f. j. 6.
- Resolución Directoral N° 0061-2016-MTC/10. “Normas para el correcto uso de equipo de cómputo, correo electrónico institucional, software legal y servicios informáticos del ministerio de transportes y comunicaciones.”
- Defensoría del Pueblo. El informe de adjuntía N° 01-2015-DP/AAC.
- Ley 27806: Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.