



«Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional»

OFICIO N° 0024-2018-DP/AAC

Lima, 27 de setiembre de 2018

Señor

Eduardo Luna Cervantes

Director General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales
Scipión Llona 350
Miraflores.-

De mi consideración:

Me dirijo a usted para saludarlo cordialmente y, a la vez, remitirle algunas apreciaciones sobre la Opinión Consultiva N° 051-2018-DGTAPDP, del 24 de setiembre de 2018, que establece con carácter vinculante la interpretación del artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, referido a la naturaleza de la información contenida en las cuentas de correo electrónico o aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos.

1. La información contenida en los correos electrónicos institucionales y aplicativos de mensajería electrónica no recae en el ámbito del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados

- La Defensoría del Pueblo considera que la información contenida en los correos electrónicos institucionales no está incluida en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, porque este derecho prohíbe 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 presume¹.

¹ Posición contenida en el Informe 01-2015-DP/AAC, titulado «Acceso a la información generada, recibida o transmitida a través de la cuenta de correo electrónico institucional de un funcionario o servidor público», del 27 de mayo de 2015, así como en el escrito de *amicus curiae* ingresado a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de habeas data seguido por Marco Gamarra Galindo contra el ex ministro de energía y minas por la denegatoria de acceso a la información pública obrante en su cuenta electrónico institucional (Expediente 36677-2014-0-1801-JR-CI-05)

- Los correos electrónicos y aplicativos de mensajería institucional son recursos (virtuales) del Estado, proporcionados a los funcionarios y servidores públicos para el desempeño de sus funciones; en tal sentido, contienen información generada u obtenida en el cumplimiento de su función pública.
- 2. Los lineamientos de la opinión consultiva introducen un requisito no previsto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que condiciona la entrega de información al consentimiento del funcionario o servidor público**
- La opinión consultiva establece un requisito adicional para acceder a la información pública de los correos institucionales, por cuanto señala que la entrega de la información solo procede cuando medie el consentimiento de la persona a quien se le ha asignado la cuenta electrónica. Incluso cuando el recurso de apelación haya sido declarado fundado por el Tribunal no se ejecutará su decisión si no se obtiene la aceptación del titular de la cuenta.
 - A través de la exigencia del consentimiento se está sometiendo a la discrecionalidad del funcionario la atención de las solicitudes de acceso a la información, aun cuando el contenido sea de naturaleza pública. Esta postura contradice lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 0005-2013-AI/TC².
- 3. La opinión consultiva recoge ciertos criterios jurisprudenciales dictados por el Tribunal Constitucional que no están relacionados con el derecho de acceso a la información pública**
- La opinión consultiva basa su posición en una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional desarrollada en la sentencia recaída en el expediente 1058-2004-AA/TC. Sin embargo, este caso está referido a la potestad fiscalizadora y sancionadora que ejerce el empleador sobre sus trabajadores, es decir se discute la posibilidad de acceder a la información contenida en correos electrónicos bajo el amparo del poder de supervisión del empleador y no en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

² En la sentencia que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, modificado por el Decreto Legislativo 1353, el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente: «[N]o puede considerarse como legítimo aquel objetivo del legislador que le otorgue a determinada entidad administrativa estatal la discrecionalidad para decidir si respecto a la difusión, acceso público o excepciones a determinada información [...], se aplica una disposición constitucional y su ley de desarrollo constitucional, o no se aplica ninguna norma. Ello vulnera irrefutablemente el derecho fundamental de acceso a la información pública, así como las obligaciones constitucionales de publicidad y transparencia en las actuaciones del Estado» (fundamento 38).

- La precitada sentencia obedece a un criterio inicial, pues su actual jurisprudencia enfatiza que cuando se trate de correos laborales no existe una expectativa razonable de confidencialidad. Literalmente el colegiado señaló que: «[...] el proceso comunicativo realizado a través del e-mail laboral y el chat o mensajero interno no puede considerarse, en principio, como una comunicación protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones».³

4. El ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información no debe estar supeditado a las capacidades tecnológicas de la administración pública

- La Carta sobre la Preservación del Patrimonio Digital, emitida por la UNESCO en 2003, reconoce que, cada vez más, la información se conserva en forma electrónica, lo que configura el denominado «patrimonio digital», cuya conservación tiene como finalidad que sea accesible para el público⁴.
- La Resolución Jefatural 386-2002-INEI que aprueba la Directiva 016-2002-INEI/DTNP sobre «Normas Técnicas para el almacenamiento y respaldo de la información procesada por las entidades de la administración pública», regula el deber de contar con un sistema de respaldo de la información. Este aspecto es fundamental, caso contrario se correría el riesgo de que las solicitudes de acceso a las cuentas institucionales de los funcionarios públicos no sean atendidas por la pérdida de la información.
- Supeditar el acceso efectivo del derecho a la información a las capacidades tecnológicas para la gestión, soporte y conservación de su información digital supone desconocer la tendencia en torno a las políticas de gobierno abierto y gobierno digital, que exigen a las instituciones públicas mejorar sus sistemas informáticos con el fin de facilitar y garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso.

Por todo ello, la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo expresa su preocupación por el carácter vinculante de esta opinión, por cuanto esta interpretación de la norma reglamentaria privilegia la confidencialidad de la información contenida en los correos electrónicos institucionales y no promueve el derecho de acceso

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 3599-2010-PA/TC, Voto concurrente del Magistrado Eto Cruz, fundamento 14. También puede revisarse la sentencia del Expediente N° 0114-2011-PA/TC, del 10 de enero de 2012, voto concurrente del Magistrado Eto Cruz, fundamento 14.

⁴ **Artículo 2.- Acceso al patrimonio digital**

El objetivo de la conservación del patrimonio digital es que éste sea accesible para el público. Por consiguiente, el acceso a los elementos del patrimonio digital, especialmente los de dominio público, no debería estar sujeto a requisitos poco razonables.



a la información pública conforme a los principios de publicidad y máxima divulgación en la actuación de los poderes públicos.

En tal sentido, al amparo del artículo 162 de la Constitución Política y el artículo 44 de nuestro Reglamento de Organización y Funciones⁵, solicitamos se sirva tomar en cuenta estas consideraciones a fin de evaluarlas y realizar las precisiones que pudieran corresponder en el marco de sus competencias, para adoptar un criterio más tuitivo en la interpretación del derecho de acceso a la información pública en beneficio de las ciudadanas y los ciudadanos.

Atentamente,

M. Abraham García Chávarri
Adjunto en Asuntos Constitucionales (e)
Defensoría del Pueblo

Jca/nlr

⁵ **Artículo 44.-** La Adjuntía en Asuntos Constitucionales es un órgano de línea [...]. Tiene como función principal velar por la supremacía y vigencia de la Constitución Política del Estado, así como la supervisión de áreas de funcionamiento del Estado tales como: [...] transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales.