

CONSTITUCIONALISMO PRÁCTICO: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CORREOS ELECTRÓNICOS INSTITUCIONALES Y DE PLANILLONES DE ADHERENTES DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS

*Eduardo Luna Cervantes
Departamento Académico de Derecho, PUCP**

Categoría profesores

Este artículo analiza la tensión entre el derecho al acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y a la vida privada a la luz de dos opiniones consultivas de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, con el objetivo de visibilizar como estos casos prácticos evidencia la importancia de la transparencia en un régimen democrático.

I. Tensiones entre derechos

En el presente artículo, se comentarán dos casos recientes que ilustran acerca de la habitual tensión entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y la vida privada, los cuales tienen, en los derechos al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y a guardar reserva de las convicciones políticas, a dos de sus manifestaciones más vistosas, a la luz de los supuestos que comprenden. Se comentará sobre ellos a propósito de dos opiniones consultivas emblemáticas de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Antaip)¹, la misma que recae en la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Se confía en que estas líneas transmitan al lector no solo el valor intrínseco que posee un ejercicio académico como el propuesto, sino también el valor instrumental que, posee la determinación de contenidos jurídicos tan importantes para la comunidad política como el derecho de acceso a la información pública; un derecho que es clave efectivizar; si se concuerda con la necesidad de instalar una cultura de la transparencia en la administración pública peruana y de promover; con ello, otros derechos políticos y civiles que son tributos de la democracia².

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, grado reconocido por su diploma en la misma disciplina otorgada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Abogado por la Universidad de Lima. Profesor del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno y en la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Se trata de las Opiniones Consultivas N° 030 y 051-2018/DGTAIPD del 27 de junio y 24 de septiembre de 2018, respectivamente.

2 Como bien lo han expresado Abramovich y Courtis (2000), «[...] la consideración individual del acceso a la información, como presupuesto del ejercicio de la libertad de expresión, puede traducirse en clave pública en el acceso a la información pública como presupuesto del ejercicio del derecho de voto, en el sentido de expresión

I.1. Primer caso: el acceso a la información pública de los correos electrónicos institucionales.

¿Son los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos de acceso al público? Esto a propósito de las solicitudes ciudadanas que tienen como pretensión el acceso a los mismos, al amparo del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

La respuesta no es fácil ni corta. Mediante un esfuerzo de síntesis, podría afirmarse que no ha habido, hasta hace poco, una respuesta expresa y absoluta a nivel legislativo (aunque sí —se colegía— a nivel jurisdiccional). Sin embargo, sí hay una respuesta —y siempre la hubo— clara y definitiva si la pregunta se reformula y se atiende a la naturaleza de la información que dichos correos contienen; vale decir, la respuesta varía según se trate de información pública o privada que pudiera estar contenida en dichos correos. Los correos electrónicos pueden contener —y de hecho contienen— información de carácter público y privado, y ese carácter va marcado tanto por el contenido de la información como por el tiempo en que esta se requiere, en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución. Una solicitud de acceso a la información pública de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos, amparada en el derecho constitucional de referencia, podrá atenderse si y solo si, en el tiempo en que se requiere, ha adquirido la condición de pública.

¿Cuáles son los derechos en tensión? De un lado, claramente el derecho constitucional de acceso a la información pública. Este derecho está reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución; en el artículo 10 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (toda referencia que se haga de ella en adelante se entenderá que se hace de su Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-IUS, en particular por la numeración de sus artículos); y el artículo 61 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. Al reconstruir con cierta libertad esta configuración normativa, se puede señalar que este derecho reconoce a su titular la acción de solicitar —sin expresión de causa (artículo 7 de la Ley No 27806) — y recibir toda información que produzca o posea el Estado, dentro del plazo legal, y en el soporte material que requiera (documentación escrita, fotografías, grabaciones, información que se exprese en soporte magnético o digital, electromagnético, etc.³), con las excepciones que prevé la ley de la materia y bajo el coste que suponga la reproducción de la misma⁴.

de censura o confianza con la tarea de gobierno realizada por las autoridades representativas, de modo que la expresión de una preferencia individual funciona como insumo del mecanismo de acumulación de preferencias de efecto público que determina la composición del gobierno» (p. 224).

- 3 En Colombia, la Corte Constitucional ha sido muy clara en precisar que la categoría «documento público», a la que se alude cuando se invoca el derecho de acceso a él, es «todo documento que repose en las oficinas públicas» (Sentencia T-473/92). En esa línea, se colige que un documento digital contenido en un correo electrónico o aplicativo de mensajería electrónica almacenado en algún servidor de una entidad pública es, en principio, de carácter público.
- 4 Además, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental protegido por la Convención Americana. Como lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia del 19 de setiembre de 2006, Serie C. Nro. 151, párr. 58 a) y b)], el artículo 13 de este instrumento internacional «comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder». Por su parte, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece, en su principio 2, que «[t]oda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana», y que «[t]odas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información». Asimismo, el artículo 3 de dicho instrumento consagra que «[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté

De otro lado se tiene, si no un derecho⁵ llamado a rivalizar con el anterior; a propósito de un caso concreto, el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, sí, al menos, una serie de bienes jurídicos de relevancia constitucional que encuentran en las excepciones a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (arts. 15, 16 y 17) una configuración también en modo de derechos (verbigracia, el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho al secreto bancario, tributario, comercial, industrial, bursátil, etc.) o de prerrogativas de la administración pública propias de la etapa previa a una decisión de poder público (el llamado «privilegio deliberativo» de la administración recogido en el artículo 17, inciso 1, de la Ley) del ejercicio en curso de la potestad sancionadora del Estado (art. 17, inciso 3), o propias de la reserva que requiere la estrategia litigiosa del mismo (art. 17, inciso 4).

De estas posibles tensiones, en abstracto, que es el ámbito desde el cual absuelve consultas la Antaip, se comentarán las dos que han merecido más atención de su parte en la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD; a saber: (i) derecho de acceso a la información pública (derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados); y (ii) derecho de acceso a la información pública (privilegio deliberativo de la administración pública).

La primera tensión se aborda y resuelve a partir de la delimitación que hace la Antaip en el ámbito de la protección de las comunicaciones, en el contexto de la información que se transmite desde una cuenta de correo electrónico asignada por una entidad pública a un funcionario o servidor público. Se pregunta la Antaip: ¿el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, comprende a las comunicaciones realizadas desde las cuentas de correos electrónicos institucionales?⁶

La respuesta que ofrece es una: este derecho constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones comprendería también las comunicaciones y documentos que provengan de una fuente institucional, léase, las que provengan de correos electrónicos asignados a los funcionarios y servidores en razón de sus cargos. La Antaip, a este respecto, hace una acotación en la que opina que bien podría arribarse a la opción contraria, habida cuenta de la normativa general y sectorial existente⁷ que prohíbe el uso de estos medios técnicos para fines personales o no institucionales —de hecho, señala que esa sería su opción preferencial dado que es la que optimiza principios como el de publicidad y máxima divulgación de la información, que son propios de la ley material⁸—, pero se decanta por la solución anotada debido a que no puede soslayar el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece sugerir que la delimitación convenida de dicho derecho comprendería, bajo su ámbito de protección, a las comunicaciones realizadas a través de estos medios técnicos institucionales.

Esta declaración no es baladí. Sugiere no solo una toma de postura institucional, sino también una declaración de principios respecto de cómo esta entidad interpreta el rol que debe asumir en tanto operador jurídico y determinador eventual de contenidos sustantivos,

contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, recificarla y/o enmendarla». Por su parte, el principio 4 señala que «[e]l acceso a la información [...] es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho».

5 Al menos eso se desprende de la lectura de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional peruano, que más adelante se citan.

6 Véanse los párrafos 39 y 40 de la citada Opinión.

7 Véase el párrafo 38 de la citada opinión.

8 Queda claro con el numeral 3) del epígrafe de la citada Opinión, dedicado a las «Recomendaciones y Exhortación».

específicamente, en lo referido a la delicada tarea de adscribir significados a normas de reconocimiento constitucional, en estricto, a la posibilidad de postular determinaciones de contenidos —o, para ser más precisos aún, a la posibilidad de postular excepciones implícitas en el ámbito de protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución—, y que dichas determinaciones tengan la propiedad de arrogarse la condición de significado definitivo de dichas normas y de sus condiciones de aplicación⁹.

Regresando al punto, esta conclusión de la Antaip se sustenta en lo que, de momento, parece arribar la jurisdicción constitucional con relación a este punto. Así, a propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas sobre los Expedientes N° 1058-2004-AA/TC y N° 04224-2009-PA/TC, se ha afirmado lo siguiente:

17. [...] queda claro que *aunque una empresa o entidad (énfasis añadido)* puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental *no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal (énfasis añadido)*, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento

9 Queda claro en el Oficio N° 1263-2018-JUS/DGTAIPD que remite la Autoridad en respuesta al Oficio N° 0024-2018-DP/AAC de la Defensoría del Pueblo: «Esta Dirección General que ejerce la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene el encargo legal de "absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública" (artículo 4, inciso 4, del Decreto Legislativo N° 1353). Y esto lo hace a propósito de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, sus normas modificatorias, ordenadoras y reglamentarias, y con las fuentes jurídicas que dispone para dicho propósito. Esto le supone una habilitación legal para establecer, en el ámbito de la administración pública, un sentido interpretativo correcto de las normas bajo su ámbito competencial, lo que se traduce en la adscripción de un significado a las normas —una determinación prima facie de contenidos—, valiéndose para ello de las fuentes del derecho a su disposición y siempre en el plano de la solución genérica —en abstracto— de casos del mismo orden (pues para el caso concreto, en el ámbito administrativo, está el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Esta Dirección General es consciente que cuando ello no sea posible, podrá postular determinaciones de contenidos dentro del margen que la Constitución admite, aún incluso cuando sujetos aparentemente mejor legitimados para ello —como son los jueces, por ejemplo— puedan hacerlo luego en términos distintos o hasta opuestos a los señalados por ella. Ello es claro para normas como la contenida en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, donde se esclarece —gracias a la Opinión Consultiva en comentario— el sentido interpretativo de una norma prohibitiva, pues había el riesgo de que una interpretación literal extendiera indebidamente el velo de la reserva a unos supuestos de hecho que no debían estar vedados para el conocimiento público; se acotó con esta Opinión, en buena cuenta, una excepción al ámbito donde debía mantenerse, al de las excepciones previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806 (Texto Único Ordenado), generando con ello una norma habilitadora para la entrega de la información pública. Distinta es la cuestión cuando el contenido a determinar es el de un derecho fundamental. Esto no ha sido materia de determinación en la Opinión en comentario; lo cual no significa que dicho contenido —el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución— no sea relevante para efectos de la adscripción de un significado definitivo a la norma contenida en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806. La Autoridad Nacional, a este respecto, puede postular determinaciones de contenidos allí donde la Constitución, las leyes, la jurisprudencia, etc., sean incompletas o parcas, es decir, cuando no provean una solución normativa a cuestiones materiales vinculadas a estos contenidos sustantivos; pero, lo que no puede hacer, es ignorar las determinaciones ya existentes aportadas por actores tan o mejor legitimados que una autoridad administrativa para llenar esos contenidos; una autoridad, por cierto, que debe ser deferente con dichos actores, no porque esté o no de acuerdo con ellos, sino porque es consciente que los contornos de un derecho como el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, deben ser delimitados legalmente o cimentados por una consolidada línea jurisprudencial».

de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, 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. *Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos (énfasis añadido)*, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. [...]

21. La demandada [...] *ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva (énfasis añadido) solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley*¹⁰.

De igual modo, recientemente el Colegiado Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, con similares términos, en sentencias recaídas sobre los Expedientes N° 3599-2010-PA/TC y N° 0114-2011-PA/TC, aunque, valgan verdades, la *ratio decidendi* difiere entre los magistrados que concurren en el fallo. Solo dos de ellos presentan fundamentos en similares términos que los expuestos¹¹.

10 Sentencia recaída sobre el Expediente N° 1058-2004-AA/TC. En idéntico sentido, también puede consultarse la sentencia recaída sobre el Expediente N° 04224-2009-PA/TC, f. j. 16.

11 Voto del magistrado Mesía Ramírez (STC, Exp. 3599-2010-PA/TC): «*Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (énfasis añadido)*» (f. j. 5). «[...] *debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador; así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (énfasis añadido)*» (f. j. 6). «*Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2º de la Constitución es una prueba prohibida (énfasis añadido)* que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador. En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea (énfasis añadido) que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma (énfasis añadido) de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución» (f. j. 7). En similares términos emite su voto el magistrado Calle Hayen (STC, Exp. 3599-2010-PA/TC): «*El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia (STCS N° 02863-2002-AA/TC y N° 00003-2005-AII/TC), ha establecido un criterio frente a la violación al secreto de las comunicaciones, sosteniendo que "tal derecho se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello (énfasis añadido)*».

De esta manera, se colige con claridad que existen elementos de autodeterminación personal en estos medios técnicos de comunicación que no pueden ignorarse y que, aunque pueda «alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que [esta] pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos». Y todo ello por estar protegido por el artículo 2, inciso 10, de la Constitución.

Hasta este punto la atención del texto se ha referido a la primera tensión. A continuación, se tratará sobre la segunda: (ii) derecho de acceso a la información pública (privilegio deliberativo de la administración pública).

Hechas ya las presentaciones del derecho de acceso a la información pública, lo que sigue es hacerlo de este llamado privilegio deliberativo de la administración pública.

En nuestra ley material, Ley N° 27806, está recogido en el artículo 17, inciso 1, que encabeza las excepciones al ejercicio del derecho por su condición de información confidencial, a saber:

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

I. 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.

Esta excepción destaca en la Opinión porque es una que ha sido tradicionalmente alegada por las administraciones para negar la información requerida de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos¹².

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 estos órganos públicos (énfasis añadido) o particulares, ajenos al proceso de comunicación (énfasis añadido)* (f. j. 2). «El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertinencia o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (énfasis añadido). 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 (énfasis añadido)» (f. j. 3). «Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional, si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo (énfasis añadido). [...] En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el servicio de Net Send Chat Virtual en forma desproporcionada o incorrecta en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo (énfasis añadido) era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso» (f. j. 7). Cabe señalar que lo mismo ocurre en la sentencia recaída en el Expediente N° 0114-2011-PA/TC (véanse los fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 del Voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez y fundamentos jurídicos 2, 3, 5, 6 y 7 del voto concurrente del magistrado Calle Hayen).

12 En lo que respecta a la posición que en su tiempo sostuvieron el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas, por ejemplo, pueden consultarse los informes jurídicos citados en la nota 23 de la comentada Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD, en los que se sostiene que no es posible la entrega de correos electrónicos salvo que conste en un expediente, en atención a la interpretación que hacen del artículo

El argumento central es el siguiente. Los funcionarios públicos requieren generar un espacio para la libre discusión en el seno de la administración pública y alcanzar una solución política a los problemas públicos. Ello requiere hacerse, al menos en tanto se adopta una decisión, sin los reflectores de la ciudadanía, la que puede perturbar con su crítica y opinión prematura el debate franco, abierto y disonante entre agentes públicos.

Cabe señalar que este «privilegio deliberativo» está reconocido también en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹³.

¿Cómo se resuelve esta tensión? Distinguiendo. No puede afirmarse que toda la información que puede contener la cuenta de correo electrónica de un funcionario o servidor público responde a una situación como la que se pretende proteger en esta excepción. En otras palabras, no todos los mensajes transmitidos y recibidos responden a procesos deliberativos previos a tomas de decisiones públicas.

Ser exhaustivos en la presentación de esta tensión y mostrar el modo en que se resolvió exigiría adelantar la presentación de la solución normativa que se dio a la primera tensión, pese a la conclusión arribada líneas arriba respecto del ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Así que, por cuestiones didácticas, se hará en el siguiente acápite.

1.2. Segundo caso: el acceso a la información pública de los planillones de adherentes para la inscripción de organizaciones políticas¹⁴.

¿La información contenida en los planillones de adherentes de las organizaciones políticas da cuenta de las convicciones políticas de ciudadanos? Y en ese caso, o en el contrario, ¿es información susceptible de entregarse a través de una solicitud de acceso a la información amparada en el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución?

Sobre lo primero, se considera que no; sin embargo, aun admitiendo que ello sea así, hay determinada información en los planillones de adherentes que bien debería entregarse ante una solicitud de acceso a la información amparada en el derecho constitucional reconoci-

17, numeral 1, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

13 Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General, celebrada el 8 de junio de 2010, mediante Resolución 2607 (XL-O/10): «Excepciones a la divulgación. 40. Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: [...] b) Cuando el acceso genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, [el cual deberá ser definido de manera más detallada mediante ley] a los siguientes intereses públicos: 3. la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas; [...]. Las excepciones contenidas en los literales (b) 3, 4, y 9 no deberán aplicarse a hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas (énfasis añadido)».

El documento denominado Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Americana sobre Acceso a la Información Pública de la OEA (p. 10), presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, señala respecto de esta excepción que busca proteger el proceso deliberativo de las autoridades del Estado para asegurar la efectiva administración pública y el mandato del Estado.

14 De acuerdo con el Texto Único Ordenado del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas (ROP), aprobado por Resolución N° 0049-2017-JNE, el adherente «es aquel ciudadano que brinda su apoyo suscribiendo una lista de adherentes otorgada a la organización política por la ONPE, para su inscripción, con la finalidad que ésta consiga el número mínimo de firmas necesarias para lograr su inscripción en el ROP. El adherente no tiene derechos, obligaciones, ni vínculo con la organización política».

do en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

¿Cómo podría verificar un ciudadano que su firma ha sido mal utilizada por una organización política al momento de solicitar su inscripción? ¿Cómo puede saber si ha sido falsificada para ese fin? ¿Se puede acceder a los planillones de adherentes?

Pero, a su vez, si fueran accesibles para cualquiera los planillones de adherentes, ¿no se vulneraría con su develamiento la protección de un dato personal como lo es la opinión o convicción política¹⁵? Más aún, ¿no se vulneraría el derecho fundamental a guardar reserva sobre las convicciones políticas, reconocido en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución?

Como se sabe, la reserva de las convicciones políticas está asociada con la libertad de conciencia (art. 2, inciso 18, de la Constitución)¹⁶, lo cual se debe a su paralelismo con la libertad religiosa.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido a la libertad de conciencia como un derecho referido al cúmulo de ideas y valoraciones frente al mundo que tienen las personas y la obligación del Estado de generar las condiciones para proteger su libertad de ejercerlo. Así, el Colegiado Constitucional ha señalado algunos de los elementos que configuran la libertad de conciencia, analizándola en perspectiva con la libertad de religión:

El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo [...] El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden [...] En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias»¹⁷.

De este modo, es posible sostener una relación de género a especie entre ambos derechos, en la que la libertad de conciencia se refiere a distintos aspectos de las concepciones que tienen los individuos, mientras que las religiosas se refieren estrictamente a aquellas relacionadas con una creencia divina o espiritual. Así, el Tribunal ha dicho que «Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia»¹⁸.

15 En estricto, se trataría de un dato sensible, siguiendo la definición que presenta el artículo 2, numeral 5, de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: «Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual».

16 El Tribunal Constitucional ha señalado que «la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve» (Sentencia recaída sobre el Expediente N° 6111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 10).

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 3.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 3.

Aunque el Tribunal Constitucional no ha delimitado en detalle los alcances o contenidos posibles del derecho a la libertad de conciencia, sí lo ha hecho con relación al derecho a la libertad religiosa, por lo que reconoce entre sus atributos la posibilidad de declarar públicamente la vinculación con un credo o creencia como la de abstenerse de manifestar su pertenencia a alguna¹⁹. Dada la vinculación entre ambos derechos, los mismos atributos se pueden predicar del derecho a la libertad de conciencia, por lo que la idea de guardar reserva respecto de las convicciones políticas se entiende como parte del contenido protegido de este más genérico derecho a la libertad de conciencia.

De otro lado, y conforme con lo dispuesto por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, develar un dato personal, más aún, un dato sensible, como de hecho lo son las convicciones políticas de las personas, se constituiría en una infracción al derecho a la protección de datos personales²⁰, si no se contará con el consentimiento de la persona para ello²¹.

Esta es la tensión que se hace evidente en este caso. El derecho de acceso a la información pública antes referido entraría en colisión con el derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas de las personas, cuando no, con el derecho a la protección de datos personales, al hacerse casi imposible materialmente recabar el consentimiento de los adherentes para develar su adhesión, con su firma, a determinada organización política.

2. Soluciones normativas

2.1. Primer caso

El desarrollo anterior ha sido necesario para aludir a continuación al problema que origina la primera de las tensiones descritas en el acápite que precede, es decir, la literalidad del primer párrafo del artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, que, al tiempo de emitirse la Opinión Consultiva²², prescribía: «*La información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público*».

Por razones de espacio, se ha eludido aquí la cuestión de los aplicativos de mensajería electrónica, aunque es posible pregonar de ellos las mismas propiedades de los correos electrónicos y, en lo sustantivo, el mismo fundamento para admitir o no el acceso a los mismos. Así que se seguirá circunscribiendo el comentario a la cuestión de los correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 3284-2003-AA/TC, f. j. 18.

20 O también reconocido en la doctrina como el derecho a la autodeterminación informativa (art. 2, inciso 6, de la Constitución).

21 Véase el artículo 13 de la Ley N° 29733, Alcances sobre el tratamiento de datos personales: «13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular; salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco. 13.6 En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público».

22 Se hace alusión al tiempo porque, como se explicará más adelante, esta norma fue modificada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS, la misma que fue publicada el 14 de noviembre de 2018; vale decir, casi dos meses después de emitida la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD.

Sobre estos, se tiene, pues, una norma prohibitiva como la enunciada en el citado artículo 16-A que anularía cualquier pretensión de acceder a ellos vía una solicitud de acceso a la información pública, amparada en el derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución; ello, si se asume que la norma contenida en dicho enunciado guarda consonancia con su formulación lingüística. Pero no es el caso.

La interpretación de una norma es un ejercicio de adscripción de significado a esta. Para ello, el intérprete escoge aquel que, según su lectura de todas las normas relevantes del sistema jurídico que concurren para resolver el caso en cuestión, resulte consonante con ellas o, al menos, con las que debería privilegiar a decir de su rango en el edificio normativo del ordenamiento jurídico o del resultado de la confrontación entre aquellas. En cuanto al caso del que se trata en este trabajo, lo que se pretende con una opinión consultiva de la Antaip es la resolución de un caso genérico, en abstracto, a propósito de la existencia de enunciados jurídicos que apuntarían a direcciones opuestas. Y el caso que se comenta se ha expresado en los siguientes términos: ¿puede accederse, en ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, a los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos?

La respuesta es afirmativa. Siempre que se distinga entre correos electrónicos que albergan información clasificada o considerada como secreta, reservada o confidencial, y correos que no contienen información de este tipo. Sobre estos últimos, sí cabe el acceso como consecuencia del trámite de una solicitud de información pública amparada en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

Esta es la solución normativa del caso. Y se llega a ella sobre la base de la disociación, como enseña la doctrina. Esta norma contenida en el artículo 16-A sería una supraincluyente (Schauer, 1991), por contener en ella al menos una regla que no debiera estar incluida a efectos de la consecuencia jurídica que prevé, a la luz de los valores y propósitos subyacentes a ella misma. Así, valiéndose de la diferencia entre enunciado y norma, habría que distinguir como hizo la Antaip entre dos normas:

N1: La información contenida (toda ella) en correos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público; y

N2: La información contenida (que califique o se considere secreta, reservada o confidencial) en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público.

Claramente, N1 no sería la norma que cumpliría los propósitos que persiguen los valores y propósitos subyacentes, no solo al artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806, sino a todo el subsistema normativo que la temática de la transparencia y el acceso a la información pública identifica. Entre ellos, destacan los principios de publicidad y transparencia²³

23 Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TUO): **Artículo 3.- Principio de publicidad.** Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley. En consecuencia: 1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley. 2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de

y de máxima divulgación²⁴, los cuales —como se sabe— propugnan la publicidad de la actuación de los poderes públicos y la entrega de información que poseen como regla²⁵, y la reserva y confidencialidad como la excepción, vale decir, existe una presunción de publicidad de la información (salvo el listado de excepciones expresas que establecen los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806), y que las excepciones deben interpretarse restrictivamente²⁶.

Por lo tanto, la norma de referencia es N2. Ese es el presupuesto normativo que nos permite responder con rotundidad al caso en consulta: ¿puede accederse, en ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, a los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos? Sí, solo a aquella información que no califique como secreta, reservada o confidencial. La dificultad a partir de ahora será determinar cuándo se está ante esta información y cómo tramitar las solicitudes de información de este sui generis continente.

La dificultad que tiene un poseedor de la información requerida, responsable a su vez de la cuenta de correo electrónica asignada por su entidad para labores vinculadas con el servicio público que realiza, para identificar la información que tiene el carácter de secreta, reservada o confidencial, es la misma que tiene cualquier funcionario público que debe resolver una solicitud ordinaria amparada en el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

Siendo así, el funcionario o servidor público siempre tendrá en los parámetros de la Ley N° 27806, particularmente en los artículos 15, 16 y 17, una primera señal para identificar la información protegida y la que no lo está. La segunda señal la podrá encontrar, en caso exista, en la clasificación de la información que rija para el sector; de responsabilidad del titular del mismo, y que se alude en los referidos artículos 15 y 16 de la Ley N° 27806. La tercera, por supuesto, en la jurisprudencia constitucional y administrativa que haya explicitado supuestos a partir de la resolución de casos²⁷, y la cuarta señal la podrá encontrar en los criterios generales de interpretación y aplicación de normas de su competencia que para este efecto establezca la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, como ha ocurrido con la emisión de la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD.

Si el intérprete-poseedor de la información que yace en su cuenta de correo electrónico es perceptivo con el derecho que rige su actuación, sabrá cuándo está ante una información de carácter público; más aún cuando esta Opinión de la cual se comenta se ha encargado de desmontar la equivocada idea de que toda la información que pudiera albergarse en su cuenta forma parte de un llamado proceso deliberativo no institucionalizado previo a la toma de una

las entidades de la Administración Pública. 3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

24 Véase la sentencia recaída sobre el Expediente N° 03035-2012-HD/TC (fundamento jurídico 5).

25 Véase las sentencias recaídas sobre los Expedientes N° 2579-2003-HD/TC (f. j. 5) y N° 003-2005-PI/TC (f. j. 38).

26 Además, no podría ser NI la norma porque eso significaría aceptar la idea de que por vía reglamentaria se pueden introducir excepciones al listado que conforman los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806. Una cuestión inadmisibles dada la distinta jerarquía normativa. Véase el párrafo 65 de la Opinión Consultiva comentada aquí.

27 Se refiere a los casos resueltos por los jueces constitucionales en la tramitación de los procesos de *habeas data* y a los fallos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública por los recursos de apelación que los solicitantes planteen ante la negativa de una entidad de entregarles la información que requieren (véase el artículo 11, literal e) de la Ley N° 27806).

decisión pública, de lo que se seguiría su exclusión del dominio público, en virtud del artículo 17, inciso 1²⁸, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁹.

Lo cierto es que la máxima de la experiencia enseña que en los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos hay información de este tipo, como también información que no puede catalogarse como parte integrante de un proceso deliberativo, o que, aun siéndola, no puede pregonarse de ella un carácter confidencial. Así, hay correos que:

- (i) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que fueron referidos expresamente por la propia decisión.
- (ii) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que, pese a no haber sido referidos expresamente, resulta evidente que sirvieron de sustento para la misma.
- (iii) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que no fueran referidos expresamente por la propia decisión, debido a que discurren en un sentido distinto u alternativo, o porque son opuestos a la decisión.
- (iv) Pueden transmitir información que dé cuenta de coordinaciones o reuniones de trabajo a propósito del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental o respecto de las funciones ordinarias del servidor o funcionario público.
- (v) Pueden transmitir información de carácter extrainstitucional y personal ajena a cualquier actividad o labor correspondiente al servidor o funcionario público.

Como ha señalado la Antaip en la Opinión de la que se comenta³⁰, en el caso del punto (i), hay una habilitación clara y expresa en el propio artículo 17, inciso 1, de la Ley, para su entrega. Para el caso del punto (ii), al optimizar en favor de los administrados los referidos principios de transparencia y máxima publicidad, la Autoridad Nacional considera también posibilitada su entrega, siempre que no pudiera advertirse con esta ningún perjuicio real o

28 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.

29 Lo han sostenido así, por ejemplo, las Direcciones Generales de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico y la de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Al respecto, véase el numeral 7 de las Conclusiones del citado Informe Jurídico N° 7-2014-JUS/DGDOJ del 20 de agosto de 2014. Igualmente, así lo ha sostenido el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de los Informes N° 1012 y 1013-2014-EF/42.01, cuando sostiene que no es posible la entrega de correos electrónicos salvo que conste en un expediente, en atención a la interpretación que hacen del artículo 17, numeral 1, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (N° 1012: acápite 4.5, pp. 16 y ss., y N° 1013: acápite 5.5, pp. 20 y ss.).

30 Véanse los párrafos 59 y 60.

potencial a la solidez o legitimidad de una posición gubernamental o institucional adoptada sobre un asunto de política pública o interés general, y siempre que el asunto no se refiera a una cuestión fáctica, técnica o estadística, que requiriese por su naturaleza una interpretación subjetiva o toma de posición por parte del decisor.

Con relación al punto (iii), la norma ha decidido proteger del conocimiento público los consejos, recomendaciones y opiniones disímiles a la decisión adoptada, porque estas sí podrían perjudicar la solidez o legitimidad de la decisión³¹. Esta excepción, claro está, no opera si se trata de cuestiones fácticas, técnicas o estadísticas, como prescribe la Ley Modelo de Transparencia y Acceso a la Información Pública de OEA arriba citada.

En cuanto a los puntos (iv) y (v), la Antaip señala que son supuestos totalmente distintos a los previstos en el artículo 17, inciso I; no obstante, las respuestas difieren según el caso, pues mientras en el primero de ellos, al no estar protegido por el texto de la norma en cuestión, debería entenderse como información susceptible de acceso; en el segundo caso, que tampoco está protegido por dicho texto, se trataría de un supuesto inmerso en los límites correspondientes a la intimidad personal y familiar, por lo que se encontraría, en principio, excluida del dominio público.

Por lo tanto, siguiendo a la Antaip, la creencia según la cual quedaría excluida del dominio público la información generada en el marco del privilegio de proceso deliberativo previo a la toma de una decisión pública tendría sustento jurídico —y viabilidad como tal— siempre que se refiera estrictamente a los supuestos enunciados en el punto (ii) —considerando las condiciones descritas— y en el punto (iii). Adicionalmente, habría que tomar en cuenta que aquella información que contiene aspectos referidos a la intimidad personal y otros supuestos de limitación, previstos en la Ley N° 27806, deben entenderse excluidos cuando corresponda.

Reconociendo entonces que, por todo lo tratado, el intérprete-poseedor de la información que yace en su cuenta de correo electrónico tiene elementos suficientes para discernir cuándo está ante información de carácter público, lo que sigue es determinar cómo tramitar estas solicitudes de información, habida cuenta de lo sui géneris de estas, sobre todo en un escenario jurídico que hasta antes de esta Opinión Consultiva generaba una expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de estos medios técnicos.

Aquí es cuando se conectan la forma en que es resuelta la primera tensión expuesta entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, con el modo en que deben tramitarse las solicitudes de acceso a información de los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos.

Ante la ausencia de una regulación especial, se debe entender —como lo hace la Antaip— que rige la normativa general de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, y su Reglamento. Con todo ello, la autoridad administrativa ha creído conveniente explicitar algunas cuestiones a modo de lineamientos³².

31 Solidez de una posición gubernamental institucional frente a un asunto del cual se ejerciera la rectoría o competencia funcional de modo exclusivo, excluyente o prevalente, dice la Antaip. Y también que esta reserva no puede extenderse en el tiempo de manera indeterminada. A falta de plazo expreso, debe considerarse que la confidencialidad de la misma debe mantenerse hasta que las circunstancias políticas o la posición gubernamental adoptada sobre el asunto en cuestión haya sido modificada por otra decisión de poder público o por una situación fáctica que le reste valor público o actualidad a la reserva o confidencialidad. La reserva tiene un valor instrumental, no intrínseco.

32 Su norma de creación la facultad para ello. Véase el artículo 4, numeral 2, del Decreto Legislativo N° 1353.

El requerimiento debe hacerse al área donde labora la persona a quien la entidad le asignó la dirección electrónica de interés, así que es a ella a quien el Funcionario Responsable de Atención de las Solicitudes de Acceso a la Información Pública (FRAI) derivará la solicitud de información cuando provenga de trámite documentario regular. Esta persona será, por lo tanto, la responsable de la tramitación de la solicitud.

El solicitante debe precisar, además del nombre de la persona a la cual la entidad le asignó la cuenta de correo electrónico de interés, la determinación de la fecha o rango de tiempo en que supuestamente se generaron los correos y la materia específica sobre la que versan las comunicaciones realizadas a través de este soporte.

Como quiera que nadie puede irrumpir en la cuenta de correo electrónico de un funcionario o servidor público, so pretexto de hacer efectivo otro derecho fundamental como lo es el derecho de acceso a la información pública³³—habida cuenta del ámbito de protección del que gozarían también las comunicaciones realizadas desde este medio técnico (vista la jurisprudencia constitucional citada y el derecho objetivo determinado concerniente al artículo 2, inciso 10, de la Constitución)—, lo propio es contar con el consentimiento de aquel para dar respuesta a una solicitud de acceso a la información pública. Y es exactamente lo que ha señalado la Antaip en su Opinión Consultiva.

Vale la pena una acotación. El consentimiento no puede ser entendido como sinónimo de discrecionalidad por parte del funcionario o servidor público. No es que, si le place, puede entregar la información, o no hacerlo. Si él entiende que lo que se le está solicitando es información de naturaleza pública, debe consentir entregarla. No es algo optativo, no al menos si entiende que el derecho es prescriptivo de su conducta como servidor del Estado. La ley material (art. 15, 16 y 17) determina las excepciones; los principios de publicidad y transparencia y de máxima divulgación deben operar en la interpretación de estas normas, al igual que los criterios esbozados en la casuística generada por la judicatura constitucional (y, en su tiempo, por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública) y las opiniones y lineamientos de la Antaip. Por lo tanto, el funcionario y servidor público, compelido por el principio de legalidad que rige su actuación, debe consentir entregar la información cuando advierta que ella es de naturaleza pública, y, si no lo hace, se expone al régimen de infracciones que prevé la propia norma material de transparencia una vez que la autoridad investida para ello acceda a estos y ordene su develamiento.

Si el poseedor de la información, léase el funcionario o servidor público responsable de la cuenta de correo electrónica asignada por su entidad, no consiente la entrega de los correos electrónicos que albergan la información requerida—se entiende, de modo fundamentado—, o simplemente precluyen los plazos sin respuesta alguna, se entiende que esta ha sido denegada y, por ello, queda el solicitante habilitado a procurarse la satisfacción de su derecho por las vías legales establecidas (entiéndase, un proceso constitucional de *habeas data* o un recurso de apelación ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

2.2. Segundo caso.

La solución normativa de la Antaip a la tensión generada entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a guardar reserva de las convicciones políticas y a la protección de datos personales se traduce en una relativización de la supuesta tensión con el

33 Salvo el juez, como expresamente se prevé en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución.

primer derecho, y en una armonización con el segundo, a partir de la puesta en relieve de la finalidad que se persigue en una etapa del proceso electoral y de la proporcionalidad que se debe observar en el afán de realizarla, minimizando la afectación de los derechos tributarios de la intimidad personal.

En efecto, tal y como puede evidenciarse de la lectura de la Opinión Consultiva N° 030-2018/DGTAIPD, la Antaip relativiza que se esté afectando el derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas. El razonamiento es el siguiente: la firma de una persona en un planillón, adhiriéndose a la intención de una organización política de conseguir su inscripción, refleja, cuando menos, una simpatía o respaldo a la misma en su intención de conseguir su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas; pero de allí a afirmar que hay una convicción política expuesta respecto de ella, hay una gran distancia. Un argumento que abona a esta tesis es el hecho de que esa misma persona puede prestar su firma para la inscripción de otra organización política en otro periodo electoral³⁴.

Con todo ello, hay argumentos que abonan a favor del acceso al padrón de adherentes. Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley de Organizaciones Políticas establece que, tras la publicación en el diario oficial de un resumen de la solicitud de inscripción de una agrupación política, se cuenta con cinco días hábiles para formular tachas contra la organización, de manera que queda a disposición de los ciudadanos toda la información en las oficinas correspondientes³⁵.

Así, durante este periodo, estaría a disposición de todas las personas, mediante solicitud de acceso a la información, el contenido de la documentación que obra ante la autoridad electoral, entre ellos, la relación de adherentes que brindan su apoyo para que la agrupación logre su inscripción. El acceso a la información en este periodo es el que permitirá corroborar o denunciar algún indicio de invalidez que se detecte en los datos de los supuestos adherentes, adicionalmente a la fiscalización que ya realizan las autoridades electorales.

Ahora bien, ¿qué aspectos de los datos contenidos en el padrón de adherentes que se alcanza al Registro de Organizaciones Políticas pueden ser conocidos para que se cumpla con suficiencia con la finalidad pública de verificar el correcto desempeño de las organizaciones políticas en su afán de representar la voluntad popular? En opinión de la Antaip, que ciertamente comparte el autor de este artículo, solo los nombres y los números del documento nacional de identidad de los adherentes, no sus firmas.

Y es que no se requiere la firma del adherente porque, para la finalidad que se persigue en el periodo de tachas (esos cinco días hábiles) de verificar la regularidad en el proceso de inscripción de una organización política —al menos en un extremo de todo ese proceso—, basta con conocer el nombre y el documento nacional de identidad del supuesto adherente³⁶. Con ello, permitiendo el acceso solo a esos campos de información (proporcionalidad³⁷), y en

34 Conforme lo dispone el artículo 90 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

35 Aún en el supuesto negado de que la adherencia para la inscripción de una organización política constituya un dato personal o sensible, se tiene en este artículo 10 de la Ley de Organizaciones Políticas el supuesto habilitante para prescindir del consentimiento de la persona titular de dicho dato; a decir de lo dispuesto en el artículo 14, numeral 2, de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: «No se requiere el consentimiento del titular de datos personales para los efectos de su tratamiento (...) 2. Cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público».

36 La firma, cuya exposición conjunta con los otros dos datos del nombre y DNI, ya pondría en un riesgo innecesario a las personas por la facilidad de reproducir o falsificar la misma para fines ilícitos.

37 Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: Artículo 7. Principio de proporcionalidad. Todo tratamiento

la ventana de oportunidad que constituye el periodo de tachas, se llega a un razonable equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y la protección a los datos personales de los ciudadanos³⁸.

3. Frustraciones y moraleja

En este último acápite, se tratará de lo que pudo ser y no fue. Y no fue por una razón consciente y justificada. También se pondrá en relieve eso que a veces los juristas miran con desdén por no pertenecer al mundo de lo jurídico y que, insospechadamente, termina a la postre echando por tierra elaboradas tesis dogmáticas, es decir, lo fáctico. Por último, se ofrecerá una moraleja a modo de refrán y el sentido que encierra.

Primero, para algunos lectores seguro habrá sido frustrante leer esta conclusión de la Antaip respecto de que las comunicaciones realizadas a través de las cuentas de correo electrónico de los funcionarios y servidores públicos se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (art. 2, inciso 10, de la Constitución), por lo menos según la lectura de la jurisprudencia constitucional citada. De hecho, si uno aprecia la propia Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPDP puede notar la propia frustración de dicha entidad en su exhortación al Congreso de la República para que evalúe la conveniencia de delimitar, vía legislativa, el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones y documentos privados, y/o de explicitar el carácter institucional y no privado de las comunicaciones y archivos transmitidos por cuentas de correos electrónicos y aplicativos de mensajería electrónica de los funcionarios y servidores públicos, por ser esta la delimitación que, a su juicio, resultaría más acorde con la optimización de los principios de publicidad y máxima divulgación que informan el ordenamiento jurídico en esta materia.

Seguramente esos mismos lectores hubieran preferido que la Antaip, apartándose de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se decante por una delimitación de este derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, que excluya de su ámbito de protección a las comunicaciones realizadas a través de cuentas de correo electrónico de funcionarios y servidores públicos. Pero eso no se hizo. Y no se hizo por un entendimiento de los límites de su capacidad de postular normas implícitas para un derecho como el que se está comentando.

Siguiendo a Guastini (2014), hay normas implícitas que se derivan directamente solo de asunciones dogmáticas (p. 168). Estas son todas las tesis «teóricas» construidas por los juristas (o por los jueces) previa o independientemente de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico. A menudo, e intencionalmente, tales asunciones asumen la forma de una tesis acerca de la naturaleza de una u otra institución.

El autor considera que la postulación de contenidos jurídicos acerca de los derechos puede, con frecuencia, asumir la forma de una tesis acerca de su «naturaleza» jurídica, allí donde solo hay enunciados normativos escuetos y parcos. Lo anterior es, hasta cierto punto, legítimo. Se considera legítimo, por ejemplo, ante la indeterminación absoluta y la necesidad

de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.

38 El plazo de cinco días no operaría, según el juicio del autor de este trabajo, para el ciudadano que tiene identificado el planillón donde supuestamente firmó y quiere acceder a él. Para el resto, que quiere acceder de modo indiscriminado a planillones de adherentes, sí regiría.

imperiosa de un juez de resolver un caso. Se considera legítimo en un debate académico, cuando se especula acerca de dichos contenidos valiéndose de «la mejor» doctrina. También se considera legítimo cuando se intenta ampliar coberturas de derechos, «ensanchar» contenidos, siempre con la crítica en ciernes de que se está actuando con la legitimidad que posee un legislador³⁹.

Al autor del presente texto sí le parece más controvertido cuando se postulan normas implícitas con la idea de restringir ámbitos de protección de los derechos, como hubiera ocurrido en este caso, si se viera que la Antaip, ignorando lo que parece ser una delimitación de contenidos del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones por parte del Tribunal Constitucional, excluyera por sí y ante sí a las comunicaciones realizadas a través de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos del ámbito de protección del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución. No se hizo así y parece lo correcto en este caso.

A continuación, se tratará sobre lo fáctico. Puede ser frustrante, pero lo cierto es que la ineffectividad del derecho de acceso a la información pública de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos está a un clic de distancia. En muchas entidades públicas, no hay servidores con la capacidad de almacenamiento necesario para garantizar la conservación de los correos electrónicos, con prescindencia de lo que hagan los usuarios de las cuentas designadas, no obstante que esta circunstancia sea considerada un incumplimiento a las obligaciones interamericanas en materia de acceso a la información pública⁴⁰.

La naturaleza del derecho de acceso a la información pública en el ámbito digital o informático exige, para su satisfacción, que existan un conjunto de acciones, procedimientos, normativas, capacidades institucionales de gestión y conservación de la información y de tipo presupuestal sin las cuales se hace imposible su efectividad. De allí la importancia de la recomendación que hace la Antaip a la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros para que, en tanto «órgano de línea con autoridad técnico normativa a nivel nacional y responsable de formular y proponer políticas nacionales y sectoriales, planes nacionales, normas, lineamientos y estrategias en materia de informática y de Gobierno Electrónico» (Presidencia del Consejo de Ministros, 2017, artículo 47), evalúe la necesidad de emitir lineamientos para el adecuado tratamiento de la información de correos electrónicos y aplicativos de mensajería electrónica, a efectos de satisfacer las solicitudes de información viables, conforme al derecho de acceso a la información pública y a los criterios establecidos en la propia Opinión Consultiva.

Aún existen vacíos por llenar en esta materia, incluso existen precisiones normativas que se deben realizar: ¿Qué ocurre con solicitudes de acceso a correos de ex servidores públicos? ¿Quién discrimina en esos casos los mensajes de naturaleza pública de los que no lo son? ¿Puede la entidad contrariar la negativa del servidor público a quien se requieren sus correos? ¿Cómo lo haría? ¿Puede asesorarlo si tiene dudas? ¿A través de qué unidad orgánica

39 La crítica puede ir en aumento dependiendo del derecho que se trate. Seguramente la habrá, y en mayor cantidad, cuando «se ensanchan» contenidos de derechos sociales. Un campo donde, en no pocas latitudes, se sigue considerando esta materia exclusiva de una norma programática o de desarrollo a cargo del Legislador.

40 La Relatoría para la Libertad de Expresión [Informe Anual 2010, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 89] «destaca la obligación que tienen los estados de estructurar sistemas que permitan el almacenamiento y conservación de la información».

o responsable?⁴¹ ¿Cuánto tiempo se deben conservar los correos electrónicos y de quiénes? ¿Cómo quebrar definitivamente la expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de cuentas de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos?⁴² ¿Son finalmente titulares de cuentas de correo o solo usuarios de cuentas de la entidad pública? ¿Tienen las entidades protocolos precisos para atender estas solicitudes? Lo cierto es que, pese a alguna explicitación normativa posterior al caso del que se trata aquí —que va en línea de lo interpretado por la Antaip⁴³—, no ha habido en este tiempo posterior a la Opinión Consultiva —y hasta el cierre de este artículo— ningún avance en este sentido que contribuya a esclarecer estos asuntos para toda la administración estatal.

Lo último, el refrán con pretensiones de moraleja: «No hay enemigo pequeño». Un responsable ejercicio del derecho de acceso a la información pública puede generar un cambio. Cualquiera puede propiciarlo. De hecho, en lo que a materia electoral corresponde —en alusión al segundo caso—, sí se pudo apreciar las repercusiones políticas de este ejercicio, a propósito de la detección de firmas falsas presentadas por alguna agrupación política que participó en los recientes comicios electorales de 2018⁴⁴. Esta misma sensación se pudo apreciar en algún caso que involucró a un ex ministro de Estado y su cuenta de correo electrónico institucional⁴⁵.

41 En México, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (artículo 24, numeral I) determina que cada entidad pública constituya un Comité de Transparencia. Son estos los que tienen acceso irrestricto a la información para clasificarla (art. 43) y, por ende, los llamados a «instituir, coordinar y supervisar las acciones y procedimientos para asegurar la mayor eficacia en la gestión de solicitudes en materia de acceso a la información» (artículo 44, numeral I). Véase el enlace que sigue: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>

42 También en México, cada comunicación que se realiza a través de estos medios técnicos en el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (INAI) lleva consigo el siguiente lema: «La información de este correo, así como la contenida en los documentos que se adjuntan, puede ser objeto de solicitudes de acceso a la información». Así, la expectativa de privacidad se reduce a niveles mínimos y razonables.

43 Como se adelantó en la nota 22, el 14 de noviembre de 2018, mediante el Decreto Supremo N° 011-2018-JUS se modificó este artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en los siguientes términos: «Artículo 16-A. Información contenida en correos electrónicos. La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM». Como se aprecia, la modificación posterior consolida el criterio de la Antaip respecto a la interpretación restrictiva que había que hacer de aquel extremo de la norma que negaba —como regla absoluta— el acceso a la información de los correos electrónicos. Además, precisa la condición de titulares de cuenta de correo de los funcionarios y servidores públicos; una determinación que va en sentido opuesto a la idea de reducir a cero la expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de dichos medios técnicos por parte de dichos funcionarios y servidores, porque claramente la expectativa es distinta cuando uno se sabe «titular» de algo, a mero responsable o usuario de una cuenta cuya titularidad corresponder a otro, la entidad pública.

44 Puede conocerse el caso accediendo al siguiente enlace: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/podemos-falsifico-nombres-politicos-y-futbolistas-inscribir-agrupacion-n340632>.

45 Donde hubo una primera resolución en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima (Resolución N° 07 del 24 de junio de 2015). Como se recordará, se trata del caso en el que el ciudadano Marco Gamarra Galindo presenta una demanda de *habeas data* contra el Ministerio de Energía y Minas para acceder a los correos electrónicos del exministro del sector Eleodoro Mayorga, a propósito de los asuntos relacionados por el nuevo Reglamento de Hidrocarburos y similares, el cual suscitara la atención mediática luego de que los *hackers* Lulz Security Perú y Anonymous Perú, a través de Twitter; hicieran públicos los correos electrónicos del expremier René Cornejo y de

De cualquier modo, la actitud gubernamental en este ámbito claramente ha cambiado⁴⁶.

En suma, el derecho de acceso a la información pública, en manos responsables, puede constituirse en una herramienta poderosa para prevenir y luchar contra la corrupción y promover, a su vez, la integridad de los funcionarios y servidores públicos.

Se ha visto a lo largo de estas líneas dos ejemplos. Cada uno de ellos expresa la tensión siempre existente con otros derechos o valores jurídicos de la máxima relevancia. La interpretación para optimizarlos tiene su límite. Se están dando algunos pasos desde una institucionalidad naciente, pero todavía hay muchos ámbitos de opacidad que atajar. Y en esa tarea el Legislador no puede estar ausente.

La transparencia es un valor fundamental para la democracia y la promoción de varios derechos. Bien asumida, es el mejor cimiento para refundar una relación de confianza entre el ciudadano y el funcionario público.

los ministros de Estado de las carteras de Medio Ambiente, Manuel Pulgar Vidal, y de Energía y Minas, en el que se deja entrever el involucramiento de una empresa Petrolera, Karoon Energy International (empresa favorecida con la concesión de un lote petrolero en la región norteña de Tumbes), en la exposición técnica del —aún no emitido— Reglamento de Hidrocarburos, el mismo que —según refiere alguna prensa de investigación que se ocupó del asunto en tiempo de la noticia— la favorecería. Un resumen de la secuencia de hechos puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://elcomercio.pe/politica/gobierno/cinco-claves-entender-cornejoleaks-352358>. El expediente de este caso se signó en el referido Juzgado con el N° 36677-2014-0-1801-JR-CI-05.

46 El presidente Martín Vizcarra, ante una solicitud de acceso a sus correos electrónicos institucionales, luego de esta Opinión de la que se comenta, ha consentido entregarlos, y ello, en claro cumplimiento de sus deberes funcionales. Véase la nota que lo reseña en el diario *La República*, edición del 7 de diciembre de 2018, en el siguiente enlace: <https://larepublica.pe/impresalarepublica-lima/07-12-2018>.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). *Anuario de Derecho a la Comunicación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schauer, F. (1991). *Playing by Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.