



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 298/2022

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de setiembre de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, quienes participaron en la audiencia pública, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Aníbal Ruivo Rodríguez Salazar, abogado de don Marco Gamarra Galindo, contra la resolución de fojas 499, de fecha 14 de junio de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de octubre de 2014, el recurrente interpone demanda de *habeas data* contra el Ministerio de Energía y Minas. Solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le entregue la siguiente información: «Correos electrónicos recibidos por el Sr. Ministro Eleodoro Mayorga Alba a su cuenta de correo oficial o a cualquier otra que le haya sido creada por el ministerio, con sus respectivas respuestas, en las cuales el titular del pliego se haya comunicado con cualquiera persona para tratar cualquier asunto relacionado con el Nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares».

Manifiesta que mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2014 solicitó a la demandada que cumpla con proporcionarle la información requerida; sin embargo, el secretario general del Ministerio de Energía y Minas deniega su solicitud basándose en el Informe 101-2014-MEM/OGJ, de fecha 1 de septiembre de 2014, cuyo principal argumento es que la información solicitada está protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones e intimidad. Considera por ello que se ha vulnerado su derecho de acceso a la información pública.

El procurador público adjunto del Ministerio de Energía y Minas propuso las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer demanda y de falta de legitimidad pasiva del secretario general de la entidad demandada, y contestó la demanda. Recordó que, en la sentencia emitida en el Expediente 01058-2004-AA/TC, se establece que la información contenida en los correos electrónicos no es pública, toda vez que terceras



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

personas deben respetar los derechos inherentes al titular de la cuenta tales como el derecho a la privacidad.

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de marzo de 2015, desestimó las excepciones propuestas y, con fecha 24 de junio de 2015, declaró fundada la demanda. A criterio del Juzgado, la información contenida en un correo electrónico institucional tiene naturaleza pública en la medida en que la ley establece que puede constar en cualquier soporte material. En ese sentido, considera que la información solicitada se encuentra referida a la promulgación de un nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos. En otras palabras, es una información relacionada con una decisión de naturaleza administrativa, por lo que se trata de información pública relevante que nada tiene que ver con la intimidad personal del exministro de Energía y Minas.

La Sala revisora revocó la resolución apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda. La Sala considera que, en armonía con la Directiva 001-2006-MEN-OGP, la información contenida en el correo institucional de los funcionarios públicos es de carácter personal. Sin perjuicio de ello, indica que, si bien es cierto que puede existir información pública en los correos institucionales, el acto de determinar qué información es de carácter privado y cuál de naturaleza pública llevaría necesariamente a revisar todos los correos dentro de la cuenta oficial del funcionario público, lo cual desencadenaría inevitablemente en una afectación a su derecho a la privacidad. Agrega que, de conformidad con dicha directiva, a la fecha, la información solicitada por el recurrente se encontraría eliminada.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De acuerdo con el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, la procedencia del *habeas data* se encuentra supeditada a que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido. Tal documento obra en autos (f. 3), por lo que se tiene por satisfecho dicho presupuesto procesal.

Delimitación del petitorio

2. En el presente caso, el actor solicita que se le otorgue copia de los correos electrónicos recibidos por el señor Eleodoro Mayorga Alba, en su condición de ministro de Energía y Minas, en su cuenta de correo oficial o en cualquier otra que le haya sido creada por dicho ministerio, con sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

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.

3. La entidad demandada, mediante Informe 101-2014-MEM/OGJ, de fecha 1 de septiembre de 2014 (f. 5), contestó el requerimiento de acceso a la información pública y lo denegó con la consideración de que «[...] el pedido de acceso de información relativa a los correos electrónicos del Ministerio de Energía y Minas, independientemente de su procedencia y destino, [...] se encuentra calificada como confidencial, en reconocimiento de los derechos constitucionales a la intimidad personal y la inviolabilidad de las comunicaciones, que asiste a toda persona, al amparo de la Constitución Política del Perú».
4. Por tanto, es necesario determinar si la información solicitada encuadra en alguna de las excepciones establecidas para el acceso a la información pública y, con base en ello, establecer si existe o no vulneración del derecho fundamental de acceso a la información pública y si corresponde o no su entrega al demandante.

El derecho al acceso a la información pública

5. El artículo 2, inciso 5, de la Constitución Política del Perú dispone que toda persona tiene derecho «a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido». La Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información pública, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento del derecho que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública. No existe, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público excluida de la obligación respectiva (sentencia emitida en el Expediente 00937-2013-PHD/TC).
6. El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 01797-2002-HD/TC, ha señalado que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión:

10. [...] Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. [...]. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por



mencionar alguna.
[...]

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

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

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no solo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1.º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el “gobierno del público en público” (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109.º o 139.º, inciso 4), de la Constitución (por citar solo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal.

Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho de acceso a la información pública

7. La controversia traída a esta sede constitucional se encuentra centrada en la posibilidad de que sea posible acceder al contenido de los correos electrónicos de los funcionarios públicos a través del derecho de acceso a la información pública.
8. Ciertamente, en la actualidad, el uso de los correos electrónicos ha cobrado importancia como un canal de comunicación de los funcionarios públicos y un mecanismo para el envío de contenidos y documentos relacionados con el quehacer cotidiano en el cumplimiento de los fines constitucionales. En la práctica, los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración pública o pertenecientes a otras entidades públicas han venido a reemplazar, en parte, a las comunicaciones en formato papel, tales como memorándums, oficios, circulares u otros documentos, por lo que el uso



de este tipo de herramientas permite acelerar la toma de decisiones públicas y también reducir las ritualidades de otras formas de comunicación formales. En suma, los correos electrónicos institucionales hoy en día son herramientas de gestión administrativa.

9. En esa línea, cabe determinar si los correos electrónicos institucionales califican como documentos que contienen información pública. El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece los requisitos que debe cumplir una información a fin de ser considerada de naturaleza pública:

Artículo 10.- Información de acceso público

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Por su parte, el artículo 61, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala que el *habeas data* procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución; en consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para

1) 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.

10. De la normativa antes detallada se infiere que la información pública no solamente se encuentra comprendida en documentos físicos (escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital), sino también en «cualquier otro formato» o «que obre en cualquier otro tipo de soporte material», como sería la que obra bajo el formato electrónico. Tal es el caso de los correos electrónicos, que se definen según la Ley 28493, ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (*spam*), como «[t]odo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo electrónico la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico». Entonces, debe entenderse que toda información obrante en las entidades públicas, en principio, es pública independientemente del soporte en que se encuentre, como es el caso de los correos electrónicos institucionales.

11. Al respecto, los correos electrónicos institucionales son proporcionados a los funcionarios públicos por las entidades para una finalidad de carácter público y no para el uso de comunicaciones privadas. Así, la Directiva 005-2003-INEI/DTN, «Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública» establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas (artículo 5.1) y que las cuentas de correo para empleados de las instituciones públicas deben usarse para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la institución (artículo 5.2).
12. Por otro lado, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado «que lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva» (sentencia emitida en el Expediente 02579-2003-HD/TC). En el caso de la información contenida en los correos electrónicos institucionales resulta claro que se trata de una información que se encuentra bajo la posesión y el control de la Administración pública. Ello es así porque ha sido generado a través de una cuenta institucional habilitada y proporcionada al funcionario o servidor público para el cumplimiento de su función pública.
13. Entonces, la información generada, recibida o transmitida por un funcionario o servidor público desde su cuenta de correo electrónico institucional debe presumirse pública, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, según el cual todas las actividades y disposiciones de las entidades están sometidas al principio de publicidad y, en consecuencia, toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de dicha Ley.
14. Sobre el principio de publicidad, este Tribunal en su jurisprudencia ha señalado que «[...] la responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

toda la información producida por el Estado es, *prima facie*, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado. Como ya se dijo en la sentencia emitida en el Expediente 04912-2008-PHD/TC, el tener acceso a los datos relativos al manejo de “la *res pública* resulta esencial para que exista una opinión pública verdaderamente libre que pueda fiscalizar adecuadamente la conducta de los gobernantes” (fundamento 3)» (sentencia emitida en el Expediente 02814-2008-PHD/TC).

15. A consideración de este Colegiado, el principio de publicidad se encuentra complementado con el principio de máxima divulgación, según el cual «[...] la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general; y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (sentencia emitida en el Expediente 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas» (sentencia emitida en el Expediente 03035-2012-PHD/TC).
16. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Claude Reyes y otros vs. Chile) también ha puesto de relieve que «en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones», las cuales

89. [...] en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

[...]

90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

17. Por último, cabe tener en cuenta que los correos electrónicos suponen un costo de financiación que se encuentra a cargo de la entidad pública, lo cual también otorga el carácter público a la información contenida en los correos institucionales. Ello es así porque la disposición para el funcionario o servidor público de una cuenta de correo electrónico acarrea una serie de gastos que se financia con el presupuesto público y que se materializa en la adquisición del *software* que se utilizará para el envío de los mensajes, la capacidad de almacenamiento para los correos, así como de personal especializado en informática que la mantiene, administra y protege.
18. De acuerdo a lo expuesto, este Tribunal concluye que el correo electrónico institucional es un soporte electrónico creado por el Estado en donde, en principio, su uso está destinado para asuntos de carácter público, por lo que se debe presumir que los correos electrónicos institucionales contienen información de naturaleza pública, puesto que dichas cuentas han sido creadas con la finalidad de facilitar la comunicación relacionada con las actividades que realizan los funcionarios o servidores públicos, y, por lo tanto, se trata de información que ellos generan, producen y poseen en el ejercicio de sus funciones y que sirve de base para la adopción de decisiones administrativas. En consecuencia, la información contenida en las cuentas institucionales es susceptible de acceso a la información pública conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a menos que se encuentren sujetas a algunas de las excepciones previstas en sus artículos 15, 16 y 17.

Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho al secreto de las comunicaciones

19. En el presente caso se ha alegado que las cuentas de los correos institucionales se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por el derecho a la intimidad personal. Cabe recordar que este Tribunal ha dejado claro que «el derecho a la información no es un atributo carente de límites en su ejercicio, sino que se encuentra condicionado, desde la propia Constitución, a respetar determinados derechos o bienes de relevancia constitucional, como ocurre con la intimidad, la seguridad nacional o aquellos otros que de manera razonable y proporcional sean considerados por la ley» (sentencia emitida en el Expediente 0007-2003-AI/TC).
20. En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02863-2002-AA/TC ha precisado que «[t]al derecho se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

encuentra reconocido en el inciso 10 del artículo 2.º de la Constitución e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o que 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 estos órganos públicos o particulares ajenos al proceso de comunicación». El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo —clásico o electrónico— o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de interrupción en su curso (sentencia emitida en el Expediente 00774-2005-HC/TC)

21. De lo expuesto, entonces, se infiere que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados constituye una manifestación del derecho a la vida privada, el cual protege las comunicaciones y documentos privados de las personas. Además, cabe considerar lo que este Tribunal ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 03599-2010-PA/TC:

9. [...] para que un proceso comunicativo se encuentre protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, no es suficiente con que dicha comunicación se haya realizado a través de un medio físico o técnico, sino que es preciso que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan asumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos dos elementos son los que configuran una “*expectativa de secreto o confidencialidad*” en la comunicación, como concepto clave para delimitar cuándo nos encontramos ante una “comunicación privada” protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones.

22. Conforme se ha precisado *supra*, las cuentas de los correos electrónicos institucionales son habilitadas y proporcionadas al funcionario o servidor público para el cumplimiento de su función pública. Por consiguiente, la información contenida en ellos no se encuentra incluida en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, dado que no puede generarse sobre medios que no son privados —sino para el cumplimiento de las funciones públicas— una expectativa razonable de secreto o confidencialidad respecto de los correos electrónicos institucionales, más aún cuando la Directiva 005-2003-INEI/DTN establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial y que los funcionarios públicos la deben usar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la entidad pública.

23. Empero, no debe descartarse que los correos electrónicos de los funcionarios públicos también puedan contener información privada. En ese caso se debe tener presente el artículo 19 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el cual establece que «[e]n caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento».
24. En efecto, si el correo electrónico institucional contiene información pública e información privada protegida por las excepciones previstas por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, solamente se entregará la información pública. Esto es, si el correo institucional contiene tanto información pública como información que debe ser protegida bajo el régimen de excepciones, deberá entregarse solo la información de carácter público y restringirse el acceso a aquella información protegida por ley, al ser de información confidencial, reservada o secreta según corresponda.
25. En caso de que la entidad considerara que la información solicitada se encuentra protegida por el régimen de las excepciones, debe justificar de manera suficiente por qué es de carácter reservado y, por tanto, susceptible de excluirse del conocimiento público, pues como este Tribunal ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 03035-2012-PHD/TC, «[...] la destrucción de tal presunción [de que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública] requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas».
26. Por último, cabe tener en cuenta que el primer párrafo del primigenio artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, incorporado por el Decreto Supremo 019-2017-JUS, establecía que la información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público. Sin embargo, mediante el Decreto Supremo 011-2018-JUS se ha modificado dicha disposición, cuyo texto es el siguiente:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

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.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM.

En su Exposición de Motivos se consideró lo siguiente:

En esa línea, la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que toda información que posee el Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por ley. Siendo así, los correos electrónicos institucionales se encuentran bajo dicha presunción.

Asimismo, se debe tener presente que los correos electrónicos institucionales son recursos tecnológicos que el Estado proporciona a sus funcionarios y servidores para el cumplimiento adecuado de la función pública asignada y, como tal, tiene carácter público.

Es preciso destacar que la información contenida en los correos asignados a los funcionarios y servidores públicos se rige por el principio de publicidad y máxima divulgación; por lo tanto, no recae en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que este derecho protege los documentos y comunicaciones privadas, es decir, información emitida en ejercicio del derecho a la vida privada.

27. En consecuencia, también a nivel de la normativa reglamentaria se ha reafirmado que la información contenida en los correos institucionales no necesariamente incide en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en la medida en que sobre ella existe una presunción de publicidad, salvo las excepciones previstas en la ley.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso, se advierte que el demandante solicita que se le otorgue copia de los correos electrónicos recibidos por el señor Eleodoro Mayorga Alba, en su condición de ministro de Energía y Minas, en su cuenta de correo oficial o en cualquier otra que le haya sido creada por dicho 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
29. Sobre el particular, la solicitud de acceso a la información pública a que se contrae el presente caso se encuentra referida al acceso a la información de la cuenta del correo institucional de un funcionario público, sobre la cual debe presumirse que tiene carácter público porque



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

se encuentra relacionada con la información enviada y recibida por el exministro de Energía y Minas sobre un asunto que se relaciona exclusivamente con el ejercicio de sus funciones públicas: la emisión del nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos, sobre todo si se trata de un asunto de interés público como lo es la dación de un reglamento relacionado con el sector de hidrocarburos.

30. Por otro lado, esta Tribunal Constitucional advierte que lo pretendido por el demandante no se circunscribe a solicitar información del correo electrónico personal del exministro de Energía y Minas o información relacionada con su intimidad o vida privada, sino a solicitar información contenida en la cuenta de correo institucional del referido funcionario público que guarda estricta relación con el desempeño de sus funciones públicas, por lo que no se encuentra sujeta a alguna excepción prevista en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
31. Sin embargo, y aunque de la solicitud no se desprenda que el pedido de información esté vinculado a una esfera de información privada; será deber de la entidad que proporciona la información, conforme a los fundamentos 19 a 27 de la presente sentencia, salvaguardar que no se vulneren los derechos a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones e intimidad de las personas involucradas; entregando solo la información que tenga el carácter de pública.
32. Además, cabe tener en cuenta que cuando la denegatoria de la entidad se sustente en que la información solicitada constituye información confidencial es necesario justificar razonablemente cuál es el fundamento de tal confidencialidad. De no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa, como ocurrió en el caso de autos.
33. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada, sino que corresponde motivar la decisión denegatoria con argumentos razonables y coherentes. En el caso de autos, no se advierte que la emplazada haya justificado la confidencialidad de la información solicitada, sino que simplemente ha alegado que las cuentas de los correos institucionales se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por el derecho a la intimidad personal.
34. Asimismo, la entidad demandada ha alegado que la información solicitada por la recurrente es información confidencial por estar incurso dentro de la excepción del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En efecto, esta disposición establece que el derecho de acceso a la información pública



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

no podrá ser ejercido respecto a 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. Agrega dicha norma que, una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la Administración pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

35. En el presente caso, la parte demandada no ha señalado de forma clara y precisa las razones por las cuales lo solicitado se encuentra inmerso en la causal de excepción de confidencialidad prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ni mucho menos ha referido si la información que solicita, en efecto, contiene consejos, recomendaciones u opiniones para la toma de una decisión de gobierno, o que exista una amenaza cierta o inminente a la capacidad de decisión en caso de revelarse los correos electrónicos solicitados.
36. Sin perjuicio de ello, la norma en mención establece que dicha excepción cesa cuando la decisión de gobierno ya ha sido tomada. Ahora bien, en el presente caso el proceso deliberativo para la emisión del Reglamento Nacional de Hidrocarburos ya había concluido, puesto que el Ministerio de Energía y Minas ha emitido diversas normas reglamentarias en materia de hidrocarburos con posterioridad a la solicitud del demandante (20 de agosto de 2014), las que se indican seguidamente:
 - Decreto Supremo 039-2014-EM, que aprueba el Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos (publicado el 12 de noviembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 019-2015-EM, que modifica el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos aprobado por el Decreto Supremo 081-2017-EM (publicado el 17 de julio de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 023-2015-EM, que modifica el Reglamento de normas para la refinación y procesamiento de hidrocarburos aprobado por el Decreto Supremo 051-93-EM (publicado el 18 de julio de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

- Decreto Supremo 035-2015-EM, que modifica el Reglamento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos aprobado por el Decreto Supremo 032-2004-EM (publicado el 16 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 037-2015-EM, que modifica el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM (publicado el 20 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
37. Por último, es menester pronunciarse sobre una de las consideraciones de la Sala superior para desestimar la presente demanda, referida a que los mensajes almacenados en el servidor de la entidad demandada habrían sido eliminados, conforme a la Directiva 001-2006-MEM-OGP, «Políticas de comunicación electrónica, correo electrónico e internet del Ministerio de Energía y Minas». Esta directiva establece, en su artículo 6.1.5, que los mensajes de correo almacenados en el servidor con más de 45 días de antigüedad serán eliminados.
38. Sin embargo, la parte demandada no ha hecho ninguna mención de que la información contenida en el correo institucional del exministro de Energía y Minas haya sido eliminada. Sin perjuicio de ello, cabe tener en cuenta que el artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que «[e]s responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea».
39. Conforme se ha señalado, los correos electrónicos que obran en poder de las entidades públicas contienen información pública, dado que permiten conocer la actuación de los servidores públicos en sus cargos públicos, por lo que las entidades públicas tienen el deber de conservar conforme al artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Además, se debe tener presente que 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. Así, en su artículo 6.4 establece lo siguiente:



6.4 DEL RESPALDO

6.4.1. La institución dispondrá de un sistema de respaldo de información para minimizar los daños y proteger la información procesada, al nivel de base de datos, aplicaciones, configuración de los sistemas operativos y de comunicaciones.

6.4.2. Dependiendo de la importancia del servicio que preste la institución y con la finalidad de asegurar la continuidad de sus operaciones, ésta dispondrá de un sistema de respaldo de información en línea (dos sistemas de respaldo de información simultáneos), de acuerdo a su disponibilidad presupuestal.

6.4.3. Se realizarán copias de seguridad de la información en medios de almacenamiento cada vez que los archivos o bases de datos se actualicen, estas copias se podrán efectuar en tres formas: a) Respaldo Total: copia completa de todos los archivos en un solo medio de almacenamiento. b) Respaldo Incremental: copia de todos los cambios o adiciones que se realizan a determinados archivos cada día. c) Respaldo Diferencial: copia de cambios o adiciones que se realizan a determinados archivos respecto al respaldo total, después de cierto período de tiempo.

[...].

40. De lo expresado se colige que los correos electrónicos institucionales deben ser almacenados en los archivos de las entidades públicas, por lo que aun cuando se haya dado de baja la cuenta institucional subsiste en la entidad la obligación de preservarlos en sus archivos. 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, puesto que 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 las normativas que el Estado ha emitido sobre el particular, como la Directiva 016-2002- INEI/DTNP. Existe, por tanto, una obligación de las instituciones públicas de mejorar sus sistemas informáticos con el fin de facilitar y garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.
41. A propósito de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, este Tribunal, en la sentencia emitida en el Expediente 04865-2013-HD/TC, ha desarrollado los contenidos del derecho de acceso a la información pública:
- (1) Si una entidad pública posee la información que se le solicita en un determinado soporte o formato, cuando menos tiene la obligación de entregarla en ese mismo soporte, a menos que se trate de uno palmariamente caduco o que hace impracticable su acceso (mandato definitivo).
 - (2) Las entidades públicas tienen el deber de mantener en condiciones idóneas la información que poseen: es decir, en condiciones que permitan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC
LIMA
MARCO GAMARRA GALINDO

su acceso, uso y aprovechamiento efectivo y futuro. Esto último implica que las entidades —en el marco de sus demás deberes y compromisos constitucionales— deben actualizar los medios o soportes en los que la información pública se encuentra almacenada, salvaguardando en todo caso la integridad y fidelidad de su contenido (mandato de optimización).

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

42. En tal sentido, se advierte que la divulgación de la información requerida no se encuentra protegida en las excepciones que dispone el artículo 2, numeral 5, de la Constitución Política del Perú, ni en las establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, caso en el cual podría justificarse una respuesta negativa.
43. Respecto a los costos procesales, se advierte que la parte emplazada tuvo razones justificadas para litigar, por lo que corresponde exonerarla del pago de los costos procesales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por acreditarse la vulneración del derecho de acceso a la información pública del recurrente.
2. En consecuencia, **ORDENA** a la entidad demandada entregar a don Marco Gamarra Galindo la información solicitada, previo pago del costo de reproducción.
3. **EXONERAR** a la emplazada del pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GUTIÉRREZ TICSE
MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO**

PONENTE MORALES SARAVIA