# Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

## RESOLUCIÓN N° 003296-2022/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA

| | | |
|---|---|---|
| Expediente | : | 02980-2022-JUS/TTAIP |
| Recurrente | : | **MARCO ANTONIO GAMARRA GALINDO** |
| Entidad | : | **MINISTERIO DE SALUD** |
| Sumilla | : | Declara fundado el recurso de apelación |

Miraflores, 16 de diciembre de 2022

**VISTO** el Expediente de Apelación N° 02980-2022-JUS/TTAIP de fecha 23 de noviembre de 2022, interpuesto por **MARCO ANTONIO GAMARRA GALINDO** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de su solicitud de acceso a la información pública presentada ante el **MINISTERIO DE SALUD** con fecha 2 de noviembre de 2022.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

Con fecha 2 de noviembre de 2022, el recurrente solicitó a la entidad que le remita la siguiente información:

*"Todos los emails recibidos por el entonces Ministro de Salud, Jorge López Peña, a su cuenta oficial de correo electrónico o a cualquier otra que le haya sido creada por dicho ministerio, con sus respectivas respuestas, desde el 11 de marzo al 27 de octubre de 2022, en las cuales dicho servidor público se haya comunicado con cualquier persona para cualquier asunto relativo a la contratación de empresas por parte del Ministerio de Salud para la prestación de servicios médicos"*.

Con fecha 23 de noviembre de 2022, el recurrente interpuso el recurso de apelación materia de análisis, al considerar denegada su solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo.

Mediante la RESOLUCIÓN N° 003152-2022/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA de fecha 28 de noviembre de 2022, notificada el 6 de diciembre del mismo año a la entidad, se le solicitó la remisión del expediente administrativo correspondiente y la formulación de sus descargos.

Mediante Oficio N° D000600-2022-SG-OTRANS-MINSA recibido por esta instancia en fecha 13 de diciembre de 2022, la entidad indicó lo siguiente:

*"Sirva la presente para expresarle mi cordial saludo y, en atención a los documentos de la referencia, hacer de su conocimiento el MEMORANDUM N°*

*D001731-2022-OGTI-MINSA de la Oficina General De Tecnologias de la Informacion del Ministerio de Salud, de fecha 13 de diciembre de 2022, que adjunta el Informe N° D000026-2022-OGTI-OSIT-MINSA; así como la Nota Informativa N° 000410-2022-OTRANS-SG/MINSA, con el cual la Oficina de Transparencia y Anticorrupción (OTRANS) remitió a la Secretaría General del Ministerio de Salud a fin de que, proceda a la atención correspondiente. Del mismo modo, se adjunta notificación al correo electrónico (…) y cargo de confirmación de entrega de correo electrónico, de fecha 13 de diciembre de 2022, en el cual esta oficina hizo de conocimiento al ciudadano Marco Antonio Gamarra Galindo, el documento de la referencia* d) [NOTA INFORMATIVA N° D000410-2022-OTRANS-SG/MINSA]*; a fin de brindar atención a lo requerido en la Resolución N° 003152-2022/JUS-TTAIP-SEGUNDA SALA, que resolvió (…)".*

Además, consta en autos el MEMORANDUM N° D001731-2022-OGTI-MINSA que refiere: *"Al respecto, se remite el Informe N° D00026-2022-OGTI-OSIT-MINSA, emitido por la Oficina de Soporte e Infraestructura Tecnológica de esta Oficina General para los fines que correspondan".*

Asimismo se aprecia el Informe N° D000026-2022-OGTI-OSIT-MINSA de fecha 12 de diciembre de 2022, emitido por la Oficina de Soporte e Infraestructura Tecnológica, que señala:

*"(…)*
*II. ANÁLISIS*
*2.1 Es importante precisar que esta Oficina emitió el Informe N° D000018-2022-OGTI-OSIT-MINSA sustentado en la opinión emitida mediante Memorando N°300-2022-OGAJ/MINSA, por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, como órgano responsable de brindar asesoría jurídico – legal a la Alta Dirección y a los órganos del MINSA, respecto a si es factible o no poder entregar información del correo electrónico de un ex funcionario, en el marco de lo siguiente:*

> *Según el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM establece que: 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, quien 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 TUO de la Ley N° 27806, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM. (El resaltado es nuestro)*
> *(…..)*
> *Asimismo, se fundamenta la respuesta teniendo en cuenta lo mencionado mediante Opinión Consultiva N° 59-2019-JUS/DGTAIPD emitida por la Autoridad de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales que señala que:*
>
> > *La información contenida en correos electrónicos de ex funcionarios o ex servidores públicos es de acceso público, salvo excepciones de ley. Esto porque la accesibilidad o inaccesibilidad de la información viene dada por su naturaleza, y su reconocimiento en la Constitución, la Ley N° 27806 y de ser el caso, otras normas con rango de ley. Siendo así, no perderá esa naturaleza cuando se disuelva el vínculo laboral del funcionario o servidor poseedor de la misma.*

*Las entidades de la Administración Publica deben optimizar los principios de publicidad y máxima divulgación, lo que implica adoptar formulas y protocolos internos que procuren la conservación de la información de cuentas de correo electrónico y el respeto a los derechos fundamentales en contraposición al derecho de acceso a la información pública, ello puede traducirse en adoptar mecanismos que aseguren ex ante o ex post al vínculo laboral o contractual con la persona (servidor público) que el reglamento de la ley de transparencia reputa como titular de la cuenta de correo electrónico, su conformidad para que la entidad gestione los correos electrónicos generados en el tiempo en que ejercicio la función pública, a fin de tramitar eventuales y futuras solicitudes de acceso a la información pública.*

*Además, se sustenta en la Opinión Consultiva N° 10-2019-JUS/DGTAIPD emitida por la Autoridad de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, que precisa en el numeral 3.4 que: "Las entidades públicas están obligadas a brindar la información contenida en correos electrónicos de sus funcionarios y servidores públicos, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública; de contener información clasificada corresponderá al funcionario poseedor-titular de la cuenta de correo electrónico fundamentar los motivos de la denegatoria".*

*III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*
*3.1 En virtud a lo solicitado por la Oficina de Transparencia y Anticorrupción, para responder al Recurso de apelación admitido por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TTAIP) que fuera interpuesto por el ciudadano Marco Antonio Gamarra Galindo contra la denegación de su solicitud de acceso a la información pública presentada al MINSA, esta Oficina precisa que se respondió a través del Informe N° D000018-2022-OGTI-OSIT-MINSA.*
*3.1. Asimismo, respecto de la información referida a los correos electrónicos del ex ministro de salud señor Jorge Antonio López Peña se precisó que la Oficina de Transparencia y Anticorrupción debía coordinar con el mencionado ex funcionario para que el entregara la información que no fuera confidencial y de este modo se dé cumplimiento a lo solicitado por el ciudadano Marco Antonio Gamarra Galindo, sin vulnerar el marco legal vigente.*
*3.2. Esta Oficina recomienda remitir el presente Informe a la Oficina de Transparencia y Anticorrupción, para las acciones que considere pertinentes."*

Además, consta en autos la NOTA INFORMATIVA N° D000410-2022-SG-OTRANS-MINSA de fecha 6 de diciembre de 2022, emitida por la Oficina de Transparencia y Anticorrupción, que indica:

*"(…) Al respecto, en atención a las Opiniones Consultivas N° 59-2019-JUS/DGTAIP y N° 034-2022-JUS/DGTAIP de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en donde se establece que, 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, cuyo pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien debe proporcionar la información solicitada; se efectuaron las siguientes acciones:*
*1. Mediante el documento de la referencia a), se trasladó los citados pedidos a la Oficina General de Tecnologías de la Información; que, mediante Informe N° D000017-20022-OGTI-OSIT-MINSA, ha requerido que esta Oficina ponga en conocimiento del ex ministro de salud y del ex jefe de gabinete, como titulares de los correos electrónicos, quienes deberán proporcionar la información solicitada, excluyendo la información que no corresponda ser pública.*

*2. Mediante los documentos b), c), d) y e) la Oficina de Transparencia y Anticorrupción trasladó a la Secretaría General las citadas solicitudes de Acceso a la Información Pública a fin que por su intermedio se notifique a los ex funcionarios en sus respectivos domicilios.*
*3. A través de los Oficios N° D001750-2022-SG-MINSA y Oficio N° D001795-2022-SG-MINSA se notificó al ex Ministro de Salud Jorge Antonio López Peña en su domicilio Jirón Huaraz N° 1440 - Breña – Lima. Asimismo, mediante Oficio N° D001868-2022-SG-MINSA se le notificó en su domicilio ubicado en Pasaje Galena N° 163 – El Tambo – Huancayo – Junín (adjunto al presente).*
*4. A través del Oficio N° D001809-2022-SG-MINSA se notificó al ex Secretario General Juan Carlos Delgado Echevarría en su domicilio ubicado en Calle Alfa Centauro N° 168 (dpto. 703), Urb. La Calera Monterrico – Surquillo (adjunto al presente).*
*Conforme a lo expuesto, se ha cumplido con notificar a cada uno de los ex funcionarios, sin embargo, a la fecha no sea obtenido respuesta; siendo preciso señalar que, los solicitantes, han recurrido a través del Recurso de Apelación ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, habiéndose admitido a trámite, en atención a la Opinión Consultiva N° 034-2022-JUS/DGTAIPD que sostiene que la información que se presume pública es aquella que obra en una entidad y se encuentra contenida en cualquier formato, lo cual incluye a la información de los correos electrónicos institucionales de ex funcionarios o ex servidores.*
*En ese sentido, a mérito de la citada Opinión Consultiva que señala que: La evaluación de la accesibilidad a la información contenida en correos electrónicos de ex funcionarios o ex servidores puede ser realizada por el órgano de la entidad donde ejerció funciones, se solicita que, por su intermedio, el Despacho Ministerial y el Gabinete de Asesores, designe un funcionario y/o servidor a fin de que, en cumplimiento de las pautas señaladas, proceda a la atención correspondiente."*

También se aprecia en autos el correo electrónico de fecha 13 de diciembre de 2022, emitido por la entidad y dirigido al recurrente, con adjunto: "Scaneo de OFICIO 410-2022-SG-OTRANS-MINSA.pdf; SAIP WEB N° 22 - 020424.pdf", que indica: *"Previo cordial saludo, remito adjunto información relacionada a su solicitud de acceso a la información pública N° 22 – 020424, correspondiente al documento emitido por la OFICINA DE TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD."* Además se observa la respuesta automática de recepción de la misma fecha a las 11:25 horas.

## II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú[1] establece 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, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En este marco, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS[2], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación

[1] En adelante, Constitución.
[2] En adelante, Ley de Transparencia.

de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

A su vez, el artículo 10 de la Ley de Transparencia, establece que 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 la referida 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.

Además, cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 del mismo cuerpo normativo, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, precisando que no pueden establecerse excepciones a dicho derecho por una norma de menor jerarquía a la ley.

Finalmente, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[3], señala que cuando se denegara el acceso a la información requerida por considerar que no tiene carácter público, las entidades de la Administración Pública deberán hacerlo obligatoriamente en base a razones de hecho y a las excepciones respectivas contempladas en la Ley de Transparencia.

### 2.1 Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la entidad atendió el pedido del recurrente conforme a ley.

### 2.2 Evaluación de la materia en discusión

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Transparencia, que recoge el principio de publicidad, toda la información que posea el Estado se presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

En dicho contexto, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración Pública, salvo las limitaciones expresamente indicadas en la ley.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3035-2012-PHD/TC, que *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura*

[3] En adelante, Reglamento de la Ley de Transparencia.

*constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas".*

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional precisó que le corresponde a las entidades acreditar la necesidad de mantener en reserva la información que haya sido solicitada por el ciudadano, conforme se advierte del último párrafo del Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC:

*"Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado"* (subrayado agregado).

En ese sentido, de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional antes citados, se infiere que toda información que posean las entidades de la Administración Pública es de acceso público; y, en caso dicha información corresponda a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 a 17 de la Ley de Transparencia, o en algún otro supuesto legal, constituye deber de las entidades acreditar dicha condición, debido a que poseen la carga de la prueba.

De autos se observa que el recurrente solicitó a la entidad: *"Todos los emails recibidos por el entonces Ministro de Salud, Jorge López Peña, a su cuenta oficial de correo electrónico o a cualquier otra que le haya sido creada por dicho ministerio, con sus respectivas respuestas, desde el 11 de marzo al 27 de octubre de 2022, en las cuales dicho servidor público se haya comunicado con cualquier persona para cualquier asunto relativo a la contratación de empresas por parte del Ministerio de Salud para la prestación de servicios médicos"*, y la entidad no brindó respuesta dentro del plazo legal. Ante ello, el recurrente presentó el recurso de apelación.

Posteriormente, la entidad brindó sus descargos y alegó que informó al recurrente que intentó comunicarse con el funcionario o servidor público titular del correo electrónico, por ser quien debía proporcionar la información, pero no obtuvo respuesta. No obstante ello, también indicó que de conformidad con la Opinión Consultiva N° 034-2022-JUS/DGTAIPD (según la cual la evaluación de la accesibilidad a la información contenida en correos electrónicos de ex funcionarios o ex servidores puede ser realizada por el órgano de la entidad donde ejerció funciones), designará un funcionario del Despacho Ministerial o del Gabinete de Asesores para que efectúe la selección de los correos electrónicos para atender la solicitud.

En dicho contexto, corresponde determinar si la respuesta brindada por la entidad es conforme a la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Sobre el particular, se debe tener en consideración que, en relación a la entrega de información contenida en correos electrónicos de las cuentas de servidores públicos, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que: *"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, quien 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 Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM"* (hoy Decreto Supremo N° 021-2019-JUS). (subrayado agregado).

Así, de la lectura de la referida norma se advierte que la misma establece tres (3) aspectos relevantes del procedimiento previo a la entrega de la información contenida en correos institucionales:

1. La naturaleza pública de la información que se encuentra contenida en los correos electrónicos institucionales asignados a los funcionarios y servidores públicos;
2. El procedimiento para la atención de las solicitudes de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos institucionales, requiere necesariamente dos acciones: i) que la solicitud de acceso de acceso a la información debe ponerse en conocimiento del funcionario titular de la cuenta de correo electrónico institucional, y; ii) que dicho funcionario debe poner a disposición de la entidad la información pública solicitada, para efectos de proceder a su entrega.
3. Se exceptúa del acceso a 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 de la Ley de Transparencia.

En ese sentido, resulta importante traer a colación los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 04792-2017-PHD/TC, de fecha 16 de setiembre de 2022, respecto al carácter público de la información contenida en 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.*
*(…)*
*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."* (subrayado agregado)

Siendo ello así, resulta evidente que, conforme a la normativa y jurisprudencia constitucional citada, la información contenida en correos electrónicos institucionales es de naturaleza pública, salvaguardando los datos que tengan carácter de secreto, reservado o confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

Resulta importante también destacar que en la sentencia citada previamente, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado expresamente que las comunicaciones efectuadas a través de correos electrónicos institucionales no se encuentran protegidos por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; tal como se expone a continuación:

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

Dicho esto, corresponde pronunciarnos sobre el procedimiento iniciado originalmente por la entidad para dar atención a la solicitud de información, esto es, el traslado del pedido al ex Ministro de Salud para que éste proceda a la entrega de la información solicitada al recurrente, en la medida que aquel fue el titular del correo electrónico.

Sobre el particular, cabe señalar que tanto la Ley como el Reglamento de Transparencia no regulan en su articulado alguna disposición que contemple el traslado del pedido de información sobre correos electrónicos a un ex-funcionario público; pues únicamente se regula la necesidad de poner en conocimiento del funcionario titular la solicitud a fin que proporcione la información, tal como lo dispone el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia.

En dicha línea, es preciso considerar que a través de la Opinión Consultiva N° 034-2022-JUS/DGTAIPD de fecha 9 de septiembre de 2022, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha señalado de manera específica que en el caso de la información contenida en el correo electrónico de un ex funcionario público (como es el supuesto materia del presente procedimiento), la evaluación relativa al acceso a la información recae sobre el órgano o unidad orgánica de la entidad donde ejerció funciones el citado funcionario, toda vez que la citada información pertenece a la entidad y como tal tiene carácter público, siendo que el exfuncionario ya no tiene la calidad de titular de la cuenta de correo electrónico en cuestión. Dicha Opinión Consultiva señala textualmente:

*"11. Respecto a la titularidad del correo, cabe precisar que esta se limita a la cuenta, en tanto se encuentra a nombre del funcionario y servidor, y no a la información contenida en esta herramienta que por pertenecer a la entidad se presume pública. Además, dicha titularidad, según se desprende del dispositivo citado, únicamente deriva de la condición de funcionario o servidor, es decir, aquel que cuenta con vínculo laboral o contractual vigente. No se extiende a los exfuncionarios y exservidores; al menos no, desde la perspectiva de esta Autoridad Nacional.*
*(…)*
*14. En los considerandos 5 y 6 de la presente opinión se sostiene que la información que se presume pública es aquella que obra en una entidad y se encuentra contenida en cualquier formato, lo cual incluye a la información de los correos electrónicos institucionales de exfuncionarios o exservidores. Sin embargo, a juicio de esta Autoridad, en virtud del considerando 11 de la presente opinión, el acceso a esta información no se rige por el procedimiento expresamente desarrollado en el artículo 16-A del Reglamento de la LTAIP, por cuanto, ello se aplica a funcionarios y servidores con vínculo laboral o contractual vigente y en quienes recaen las obligaciones de funcionarios poseedores de la información.*
*15. En todo caso, la inaplicación de dicho procedimiento especial y la ausencia de regulación específica para tal fin, no puede ser óbice para evaluar su entrega o denegatoria ante una solicitud de información contenida en los*

*correos electrónicos de exfuncionarios o exservidores, máxime si la información le pertenece a la entidad y puede atenderse, como todo pedido de información pública, conforme al procedimiento previsto en el artículo 11 del TUO de la LTAIP.*
*(…)*
*18. En la medida que como resultado de la entrega de cargo la entidad obtiene la posesión de la información, la evaluación de la accesibilidad o inaccesibilidad a la información contenida en este soporte, observando las excepciones al acceso desarrolladas en el TUO de la LTAIP, puede ser realizada por el órgano o unidad orgánica de la entidad donde ejerció funciones el funcionario o servidor saliente, por cuanto esta cuenta con los conocimientos especializados sobre la información que obra en los correos electrónicos y se trata de información generada en el marco de sus funciones por un exfuncionario o exservidor que desempeñó funciones en su unidad de organización."* (subrayado agregado)

En dicho contexto, esta instancia considera que cuando el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia dispone que el pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor titular del correo electrónico, ello no tiene como fundamento la protección del secreto de las comunicaciones de dicho funcionario o servidor titular del correo, en la medida que como ya se señaló anteriormente sobre los correos institucionales no cabe la protección del derecho al secreto de las comunicaciones privadas, sino que dicha puesta en conocimiento tiene el objeto de que el funcionario o servidor público brinde la información en tanto el mismo constituye el funcionario o servidor poseedor de la información, en los términos señalados por el literal a) del artículo 6 del Reglamento de la Ley de Transparencia. Esto se desprende del propio texto del artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia, el cual no concede al funcionario o servidor público la facultad discrecional de brindar o no la información contenida en su correo electrónico institucional, sino que le ha impuesto la obligación de entregarla, con la sola limitación de la información protegida por las excepciones previstas en la Ley de Transparencia.

En ese sentido, cuando el titular del correo electrónico deja ser funcionario o servidor público en la entidad, ya no resulta necesario que se ponga en conocimiento de él la solicitud de información, pues no solo no se requiere su autorización para el acceso al correo electrónico, sino que ya perdió la condición de funcionario o servidor público poseedor de la información. Ello no obsta a que la información relativa a los datos personales que afecten la intimidad personal y familiar del ex-funcionario o ex-servidor u otra información confidencial, reservada o secreta que se encuentre en dichos correos sea resguardada por la entidad, de conformidad con los artículos 15, 16, 17 y 19 de la Ley de Transparencia.

Queda claro, por tanto, para este Tribunal, que en el presente caso no se requiere el consentimiento o autorización del ex Ministro de Salud para la atención de la solicitud del recurrente, por lo que el procedimiento iniciado para que éste entregue la información de sus correos resultó innecesario.

Por lo demás, si bien la entidad ha dispuesto, en concordancia con lo sostenido por la Opinión Consultiva N° 034-2022-JUS/DGTAIPD y en línea con lo desarrollado en esta resolución, que se designe un funcionario del Despacho Ministerial o del Gabinete de Asesores para que efectúe la selección de los

correos electrónicos para atender la solicitud, no ha acreditado haber efectuado dicha selección ni haber entregado los correos electrónicos al recurrente.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que el recurrente ha solicitado específicamente correos electrónicos que guarden relación con contrataciones efectuadas por la entidad, por lo que es preciso destacar que el artículo 2 de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, señala que las contrataciones del Estado se rigen bajo el principio de publicidad por el cual *"el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones"* (subrayado agregado).

Por su parte el numeral 3 del artículo 5 de la Ley de Transparencia señala que las entidades de la Administración Pública establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto, la difusión de *"las adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos."*

A su vez, cabe resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06460-2013-PHD/TC, al precisar que el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional:

*"En la medida que el Estado está al servicio de la ciudadanía cuyos gestores se encuentran obligados a divulgar el sentido de sus decisiones, así como sus acciones de manera íntegra y transparente, el escrutinio público de las adquisiciones estatales resulta indispensable para la consolidación del Estado Constitucional, tanto más en un contexto en el que la ciudadanía percibe que los recursos públicos no son utilizados eficientemente. Y es que tan importante como el control del gasto público que realiza la Contraloría, es el desarrollado por la ciudadanía en aras de su propio desarrollo económico y social"* (subrayado agregado).

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, podemos concluir que, en tanto la contratación pública es un procedimiento a través del cual se dispone la utilización de fondos o recursos públicos, debe realizarse de modo transparente para concretizar la fiscalización del uso de dichos recursos y de la actuación del Estado, siendo esto posible a través de la publicidad y difusión de actos, etapas y documentos del procedimiento; por lo que la información de los correos electrónicos vinculados a contrataciones de la entidad se rige por el principio de publicidad.

En consecuencia, corresponde que la entidad entregue la información solicitada al recurrente, siendo que en caso la información contenida en alguno de los correos electrónicos institucionales se encuentre protegida por las excepciones previstas en la Ley de Transparencia, corresponderá que se exceptúe su entrega conforme a lo señalado en el artículo 19[4] de la Ley de Transparencia, motivando adecuadamente la segregación de dicha información y conforme a una interpretación restrictiva de dichas excepciones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 18 de la misma norma.

[4] Artículo 19.- Información Confidencial: *"En caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento."*

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia, en aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Transparencia, señala que todas las entidades de la Administración Pública quedan obligadas a cumplir lo estipulado en la presente norma y que los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de abuso de autoridad a que hace referencia el artículo 376 del Código Penal.

Además, el artículo 368 del Código Penal establece que el que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

En virtud a la licencia de la Vocal de la Segunda Vanessa Luyo Cruzado, entre el 15 y el 17 de diciembre de 2022, interviene el Vocal Titular de la Primera Sala de esta instancia Pedro Ángel Chilet Paz, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 031200252020, de fecha 6 de agosto de 2020, la que señaló el criterio de reemplazo en el caso de vacaciones de un vocal[5], y la Resolución N° 031200212020, de fecha 13 de febrero de 2020, la que estableció el orden de antigüedad de los vocales del Tribunal de acuerdo a la fecha de su colegiatura[6]; y asume las funciones de la presidencia de esta Sala el Vocal Titular Johan León Florián, conforme a la designación formulada mediante Resolución N° 000004-2021-JUS-TTAIP-PRESIDENCIA de fecha 5 de febrero de 2021.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 y en el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses; así como, la aplicación del numeral 111.1 del artículo 111 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS[7], con el voto singular de la vocal Vanesa Vera Muente, que se adjunta;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO** el recurso de apelación presentado por **MARCO ANTONIO GAMARRA GALINDO**; en consecuencia, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE SALUD** que entregue la información solicitada, conforme a los fundamentos de la presente resolución; bajo apercibimiento de que la Secretaría Técnica de esta instancia, conforme a sus competencias, remita copia de los actuados al Ministerio Público en caso se reporte su incumplimiento, en atención a lo dispuesto por los artículos 368 y 376 del Código Penal.

---

[5] En esta resolución se consigna el Acuerdo de Sala Plena de fecha 3 de agosto de 2020, conforme al cual en el caso de vacaciones de un vocal: *"El reemplazo se realiza según el criterio de antigüedad, iniciando con el Vocal de la otra Sala con la colegiatura más antigua hasta completar un período de treinta (30) días calendario, consecutivos o no, con independencia del Vocal o Vocales reemplazados. Una vez completado el referido período, corresponderá el siguiente reemplazo con el Vocal que le sigue en mayor antigüedad de colegiatura y así sucesivamente"*.

[6] Conforme a dicha resolución en el caso de los vocales de la Primera Sala, dicho orden de antigüedad es el siguiente: María Rosa Mena Mena, Pedro Ángel Chilet Paz y Ulises Zamora Barboza.

[7] En adelante, Ley Nº 27444.

**Artículo 2.- SOLICITAR** al **MINISTERIO DE SALUD** que, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles, acredite a esta instancia el cumplimiento de la presente resolución.

**Artículo 3.- DECLARAR** agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

**Artículo 5.- ENCARGAR** a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **MARCO ANTONIO GAMARRA GALINDO** y al **MINISTERIO DE SALUD** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

**Artículo 6.- DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

JOHAN LEÓN FLORÍAN
Vocal Presidente

PEDRO ÁNGEL CHILET PAZ
Vocal

vp: fjlf/jmr

## VOTO SINGULAR DE LA VOCAL VANESA VERA MUENTE

Dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS, debo señalar que si bien es cierto concuerdo con la resolución en mayoría respecto del carácter público de la información contenida en los correos electrónicos asignados por las entidades de la Administración Pública a sus funcionarios y servidores, así como del derecho de cualquier ciudadano de acceder a dicha información, por lo que considero igualmente que se debe declarar FUNDADO el recurso de apelación; sin embargo, discrepo de los votos emitidos respecto al argumento referido a que los correos electrónicos institucionales no se encuentran protegidos por el secreto de las telecomunicaciones y que al ex funcionario público no le aplica el procedimiento establecido en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Transparencia, lo cual ha sido materializado en la orden de entrega de los correos electrónicos por parte de la entidad sin disponer dar cumplimiento para tal efecto al procedimiento establecido en el citado artículo 16 para que dicho ex servidor público realice el filtrado de la información confidencial que pudiese afectar su derecho a la intimidad personal y familiar, siendo el motivo de la mencionada discrepancia el que expongo bajo el siguiente argumento:

En primer lugar, los correos institucionales contienen información pública pero también pueden contener información confidencial secreta o reservada; como de manera ilustrativa resulta ser, por ejemplo, un descanso médico del titular de la cuenta del correo, el cual posee naturaleza confidencial conforme a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia por constituir datos personales cuya divulgación puede afectar su intimidad personal y familiar. De igual modo, existen otros documentos que se producen en la interacción entre trabajador y empleador que pueden contener igualmente información protegida, como por ejemplo aquellos datos de individualización y contacto relacionados con la afiliación a un seguro privado, así como los contenidos en el propio contrato laboral que con mayor frecuencia a raíz del trabajo remoto, se remite por dicha vía a los trabajadores.

En segundo lugar, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que: *"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. <u>El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien debe proporcionar la información solicitada</u>. 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 Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM."*

Así, de la lectura de la referida norma se advierte que la misma establece tres (3) aspectos relevantes respecto del procedimiento previo a la entrega de la información contenida en correos institucionales, conforme el siguiente detalle:

1. La naturaleza pública de la información se encuentra contenida en los correos electrónicos institucionales asignados a los funcionarios y servidores públicos;
2. El procedimiento para la atención de las solicitudes de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos institucionales, requiere necesariamente dos acciones: i) que la solicitud de acceso de acceso a la información debe ponerse en conocimiento del funcionario titular de la cuenta de correo electrónico institucional; y, ii) que dicho funcionario ponga a disposición de la entidad la información pública solicitada, para efectos de proceder a su entrega.

3. Se exceptúa del acceso a 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 de la Ley de Transparencia.

En atención a lo descrito, es pertinente mencionar que el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia ha establecido que previamente a la entrega de la información, la entidad debe poner en conocimiento del titular de la cuenta de correo electrónico, el contenido de la referida solicitud con el propósito de que este verifique que no exista información confidencial que pueda vulnerar su derecho a la intimidad.

En ese sentido, aun cuando el titular de la cuenta deja de laborar en la entidad, en tanto, como se ha esbozado anteriormente, la información contenida en dichos correos puede contener información confidencial del entonces servidor público, corresponde que se le ponga en conocimiento del contenido del pedido de información efectuado y se permita que éste efectúe la revisión de sus correos electrónico emitidos y enviados con el propósito de que verifique que no exista información confidencial que pueda vulnerar su derecho a la intimidad, con la finalidad de proteger dicho derecho en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Transparencia.

Cabe precisar que la normativa antes expuesta otorga la calidad de "titular de la cuenta" al funcionario o servidor público; por ende, no es posible que dicho procedimiento se realice con otro trabajador de la entidad, como lo podría ser algún servidor del área de soporte técnico, puesto que ello involucraría que:

i) Se puede entregar al ciudadano solicitante información confidencial como la expresada en la parte introductoria del presente voto singular; o,
ii) Una persona no autorizada (por ejemplo, el servidor de soporte técnico) pueda revisar el correo y evidentemente, acceder a información confidencial respecto de la cual no está autorizada a visualizar.

Como se puede apreciar, ambos supuestos que son los únicos posibles bajo la interpretación brindada en el voto en mayoría, afectarían al titular de la cuenta brindado el acceso de su información confidencial a terceros ajenos, contraviniendo de ese modo lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Trasparencia.

En tercer lugar, lo señalado precedentemente debe efectuarse además con la finalidad de proteger el derecho fundamental de toda persona al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, establecido en el artículo 2, inciso 10[8] de la Constitución Política del Perú.

En dicha línea, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC[9], señala que: *"Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones. El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción se encarga de proteger este derecho*"; asimismo, el artículo 13 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC[10], hace

---

[8] *"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:*
*(…)*
*10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial."*

[9] En adelante, Ley de Telecomunicaciones.

[10] En adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

especial referencia a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones precisando que: *"Se atenta contra la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones, cuando deliberadamente una persona que no es quien origina ni es el destinatario de la comunicación, sustrae, intercepta, interfiere, cambia o altera su texto, desvía su curso, publica, divulga, utiliza, trata de conocer o facilitar que él mismo u otra persona, conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación*" (subrayado agregado).

A mayor abundamiento, mediante la Resolución Ministerial Nº 111-2009-MTC-03, se resolvió aprobar la *"Norma que establece medidas destinadas a salvaguardar el derecho a la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos personales, y regula las acciones de supervisión y control a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones"*, la cual señala en el rubro 6 lo siguiente:

*"**6. ÁMBITO DE PROTECCIÓN***
*La protección del derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones y a la protección de datos personales, comprende, entre otros aspectos, los siguientes:*
- *El contenido de cualquier comunicación, de voz o de datos, cursado a través de las redes de telecomunicaciones u otros medios que la tecnología permita.*
- *Los mensajes de texto (SMS) y multimedia (MMS), entrantes y salientes.*
- *El origen, destino, realización, curso o duración de una comunicación (…).*
- *Los datos codificados y decodificados de los registros de las llamadas (…)"*.

En ese sentido, con relación a la sentencia citada en la resolución en mayoría, recaída en el Exp. 04792-2017-PHD/TC, de fecha 16 de setiembre de 2022, comparto lo señalado en su fundamento 11 referido a que *"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"* y que la Directiva 005-2003-INEI/DTN, Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública, establece 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";* sin embargo, no comparto en cambio lo señalado en el fundamento 22 que señala que, "*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*."

Ello, toda vez que, conforme la normativa citada precedentemente, la Constitución Política del Perú, señala que toda persona tiene el derecho fundamental "*al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley"* (subrayado agregado); y, conforme a lo señalado en la Ley de Telecomunicaciones "*toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones",* siendo que tal cual dispone el Reglamento de dicha Ley, *"Se atenta contra la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones, cuando deliberadamente una persona que no es quien origina ni es el destinatario de la comunicación, sustrae, intercepta, interfiere, cambia o altera su texto, desvía su curso, publica, divulga, utiliza, trata de conocer o facilitar que él mismo u otra persona, conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación*" (subrayado agregado).

Disposiciones claras que no relativizan la protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones cursadas entre quien la origina o quien la recibe, a que dicha comunicación se efectúe a través de un correo electrónico institucional o no; asimismo, es importante precisar sobre este derecho que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que 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 pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. En atención a lo expuesto, lo expresando por el Tribunal Constitucional, respecto a las características generales de la información que contienen los correos electrónicos de los servidores públicos, no significa que las entidades no deban aplicar el procedimiento contenido en el numeral 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia; teniendo en cuenta que lo resuelto por el Tribunal Constitucional no resulta excluyente de ello; pensar lo contrario, implicaría que en el caso de los servidores en actividad, se podrían entregar sus correos electrónicos sin filtrado alguno, atendiendo a la "*naturaleza pública*" alegada de manera general por citado tribunal en el fundamento 22 de la aludida sentencia recaída en el Exp. 04792-2017-PHD/TC.

Adicionalmente a ello, se debe tener en cuenta que precisamente el procedimiento contemplado en el numeral 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia, es el que permite materializar y cautelar el derecho al secreto e inviolabilidad de las telecomunicaciones, derecho fundamental respecto del cual el Tribunal Constitucional en el Fundamento 2 y 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0867-2011-PA/TC ha indicado:

*"2. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, prohíbe que las comunicaciones y documentos privados de las personas sean interceptados o conocidos por terceros ajenos a la comunicación misma, sean estos órganos públicos o particulares, salvo que exista autorización judicial debidamente motivada para ello. Al respecto <u>este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que "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 pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado</u>. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación (…), como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello" (Cfr. STC 2863-2002-AA/TC, fundamento 3, STC 003-2005-AI/TC, fundamentos 359-362, entre otras).*

*3. En efecto, la prohibición contenida en la disposición constitucional antes mencionada <u>se dirige a garantizar de manera inequívoca la impenetrabilidad de la comunicación en cualquiera de sus formas o medios, a fin de que no sufra una injerencia externa por parte de terceros</u>, pues la presencia de un actor ajeno o extraño a los que intervienen en el proceso comunicativo es precisamente el elemento indispensable para invocar la posible afectación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. (…)".* (subrayado agregado)

En esa línea, es importante resaltar que la vulneración del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones no se concreta en función a si el contenido de las mismas contiene información confidencial o pública, sino que se concreta por el solo hecho de que un tercero ajeno acceda deliberadamente a una comunicación de la que no ha participado, <u>situación que no distingue entre la condición de ex servidor o servidor de la entidad</u>, pues para ello existe un procedimiento que reglamenta las condiciones de dicho acceso.

Adicionalmente, en cuanto a la información contenida en un correo institucional, tal y como se ha señalado en el primer punto de este voto singular, debe resaltarse que el titular de un correo electrónico institucional puede recibir o enviar información confidencial referida a sus datos personales cuya divulgación afecte su intimidad personal o familiar en el marco del cumplimiento de sus funciones, como en el ejemplo dado preliminarmente, el descanso médico de un servidor público remitido con la finalidad de justificar la necesidad de ausentarse del trabajo; así como aquella que inclusive pudiera no haber sido enviada en el ejercicio de sus funciones, siendo que en éste último supuesto, aunque ello pueda ameritar que se determine la comisión de alguna infracción o responsabilidad por el incumplimiento de las directivas establecidas sobre el correcto uso de los correos electrónicos institucionales, de ningún modo puede ameritar, como consecuencia, la vulneración del derecho a la protección de datos personales que puedan afectar la intimidad familiar y personal del titular de la cuenta del correo electrónico, ya sea que tenga la calidad de servidor público o ex servidor público.

Por lo expuesto, ante la solicitud de acceso a la información pública de los correos electrónicos cursados por un actual o ex servidor público del Estado, podemos concluir que es a través del procedimiento establecido en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Transparencia que se hace posible cumplir con el deber de garantizar el derecho de acceso a la información pública contenido en los mismos, sin vulnerar: i) el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados reconocido en nuestra constitución y marco legal especial, y ii) el derecho a la protección de datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar del titular de la aludida cuenta de correo electrónico institucional, conforme a lo establecido en el numeral 5 del artículo 17 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, con relación a la Opinión Consultiva N° 034-2022-JUS/DGTAIPD de fecha 9 de septiembre de 2022, emitida por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública que se cita en la resolución en mayoría, es menester precisar que conforme a lo dispuesto por la normativa sobre la materia, la misma no constituye una opinión vinculante para este colegiado.

En consecuencia, mi voto es que se declare FUNDADO el recurso de apelación materia de autos y se ordene a la entidad que proceda a entregar la información pública solicitada de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Transparencia.

VANESA VERA MUENTE
Vocal