Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 000202-2023-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

Expediente : 00081-2023-JUS/TTAIP
Recurrente : **JHONATAN MICHAEL VILDOSO LIMACHE**
Entidad : **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 30 de enero de 2023

VISTO el Expediente de Apelación N° 00081-2023-JUS/TTAIP de fecha 10 de enero de 2023, interpuesto por **JHONATAN MICHAEL VILDOSO LIMACHE** contra la denegatoria por silencio administrativo negativo de la solicitud de acceso a la información pública presentada ante la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** con fecha 14 de diciembre de 2022.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2022, el recurrente solicitó a la entidad que le envíe por correo electrónico la siguiente información:

"Copia de todos los correos recibidos y emitidos del periodo del 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 correspondientes al correo jvildoso@contraloria.gob.pe con todos sus archivos adjuntos"

Con fecha 10 de enero de 2023, al no recibir respuesta a la solicitud, consideró denegada la información, y en aplicación del silencio administrativo negativo, presentó el recurso de apelación materia de análisis, señalando que no se le había otorgado la información que solicitó, la cual además no se encontraba dentro de las excepciones de la Ley de Transparencia.

Mediante la Resolución N° 000084-2023-JUS_TTAIP-PRIMERA SALA de fecha 16 de enero de 2023 se admitió a trámite el referido recurso impugnatorio y se requirió a la entidad remitir el expediente administrativo y la formulación de sus descargos[1], los cuales a la fecha de emisión de la presente resolución no han sido presentados.

[1] Notificada mediante la Cédula de Notificación N° 502-2023-JUS/TTAIP a través de la mesa de partes virtual de la entidad,https://mesadepartesvirtual.contraloria.gob.pe/mpvirtual/?utm_source=gobpee&utm_medium=botonmesapartes&utm_campaign=homegobpe, el 17 de enero de 2023, con acuse de recibo automático de la misma fecha; conforme la información proporcionada por la Secretaría Técnica de esta instancia, dentro del marco de lo dispuesto por el Principio de Debido Procedimiento contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú[2] 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[3], establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Además, 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.

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.

Finalmente, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM[4], prescribe que la información contenida en correo electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. Añade que el pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien debe proporcionar la información solicitada, no siendo 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 de la Ley de Transparencia

2.1. Materia en discusión

La controversia consiste en determinar si la información solicitada es pública y en consecuencia corresponde su entrega.

2.2. Evaluación de la materia en discusión

En concordancia con el mencionado numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el principio de publicidad contemplado en el artículo 3° de la Ley de Transparencia, señala que toda la información que posea el Estado se

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

presume pública y, por ende, la entidad está obligada a entregarla, salvo que esta se encuentre comprendida en las excepciones mencionadas en dicha norma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2013-PI/TC señaló que:

"[...] la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no sea solicitada, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental." (subrayado agregado)

De allí que, el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido expresamente por la Constitución Política del Perú y desarrollado a nivel legal, que faculta a cualquier persona a solicitar y acceder a la información en poder de la Administración pública, salvo en que su ley de desarrollo constitucional, la Ley de Transparencia, indique lo contrario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC que "*la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción"*.

Esto implica que, para justificar adecuadamente dicha negativa y, en consecuencia, desvirtuar el principio de máxima divulgación o publicidad que rige sobre toda la información que la entidad haya creado, obtenido o que se encuentre en su posesión o bajo su control, la Administración Pública tiene la obligación de brindar una *"motivación cualificada"*, como señaló el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC:

> *"6. Al no haberse fundamentado aunque sea mínimamente, las razones por las cuales el derecho a la privacidad de don Humberto Elías Rossi Salinas justificaría que dicha información se mantenga en reserva, es evidente que el proceder del ad quem ha sido arbitrario más aún si se tiene en consideración en virtud del mencionado principio de máxima divulgación, que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas."* (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 denieguen el acceso a la información pública solicitado por un ciudadano, constituye deber de las entidades acreditar que dicha información corresponde a un supuesto de excepción previsto en los artículos 15 al 17 de la Ley de Transparencia, debido que poseen la carga de la prueba.

En el presente caso, el recurrente solicitó que se le otorgue *"Copia de todos los correos recibidos y emitidos del periodo del 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 correspondientes al correo jvildoso@contraloria.gob.pe con*

todos sus archivos adjuntos", y la entidad no atendió la solicitud, por lo que, en aplicación del silencio administrativo negativo, el recurrente presentó el recurso de apelación materia de análisis, señalando que la información no le fue otorgada.

De ello se advierte que la entidad no cuestiona la publicidad de la información, no niega su posesión, así como tampoco expone causal de excepción alguna que limite su entrega, por lo que la presunción de publicidad que recae sobre la misma se mantiene vigente al no haber sido desvirtuada.

Ahora bien, es pertinente señalar que, en la Memoria de la Gestión 2009-2016[5] de la entidad, se consigna como servidor al recurrente con iniciales J.V.L y a la señora de iniciales P.J.V.M., lo cual no permite a esta instancia determinar con certeza a cuál de aquellos dos servidores corresponde el correo *jvildoso@contraloria.gob.pe* del que se requiere la información; por lo que en caso el citado correo se encuentre asignado al recurrente, deberá atender la solicitud al amparo del derecho de autodeterminación informativa establecido en el artículo 19[6] de la Ley N° 29733 Ley de Protección de Datos Personales, concordante con el fundamento 3 de la STC Expediente N° 01412-2014-HD/TC[7] siendo improcedente tramitarlo vía el procedimiento de acceso a la información pública.

Sin perjuicio de ello, en caso el correo del cual se requiere la información pertenezca a un tercero la solicitud corresponde ser atendida en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en el que la información de correos electrónicos asignados a funcionarios y servidores públicos, se encuentra regulado en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia que establece:

"La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM[8]." (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:

---

5 https://doc.contraloria.gob.pe/transparencia/documentos/2016/Memoria_Gestion_2009-2016.pdf

6 "Artículo 19. Derecho de acceso del titular de datos personales
El titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos".

7 El Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01412-2014-HD/TC, señala que el derecho de autodeterminación informativa consiste en: *"[…] la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma a partir de los diversos datos o informaciones que produce o genera, asegurando, a su titular, la libre disposición de las mismas, permitiéndole ejercer un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen".*

8 Hoy Decreto Supremo N° 021-2019-JUS

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 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.

Siendo ello así, conforme al referido Reglamento, en concordancia con el Principio de Publicidad previsto en la Ley de Transparencia, la información contenida en correos electrónicos institucionales es de naturaleza pública, y para su entrega, la norma reglamentaria ha establecido un procedimiento previo a la entrega de la información solicitada que otorga al titular de la cuenta del correo electrónico, la potestad de revisar el contenido de los correos a fin de identificar información cuya publicidad pueda afectar su derecho a la intimidad, garantizando su protección al poder restringir su acceso, además de restringir el acceso a información secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia.

Estando a lo anterior, correspondía a la entidad trasladar la solicitud de información al titular del correo electrónico *jvildoso@contraloria.gob.pe* del cual se requiere la información, en caso aquel fuera servidor en ejercicio de la entidad, a fin que pudiera revisar el contenido de los correos e identificar y restringir el acceso de aquellos que se encontraran dentro de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia, procediendo a otorgar aquella información de carácter público contenida en los mismos, de acuerdo al procedimiento establecido en la norma antes descrita, lo que en este caso no ha ocurrido.

Cabe señalar que, en caso existiera negativa para cumplir con el aludido procedimiento, ello no podría ser impedimento para que la entidad otorgue la información, en tanto que el correo institucional es asignado para el cumplimiento de la función pública de funcionarios y servidores, y al no señalar expresamente el titular qué información contenida en su correo es secreta, reservada o confidencial, según los excepciones establecidas en la Ley de Transparencia, ello evidencia que la presunción de publicidad[9] que recae sobre todo el contenido del correo institucional se mantiene vigente, ya que la naturaleza pública de las comunicaciones electrónicas solicitadas no ha sido desvirtuada.

---

[9] De acuerdo al Principio de Publicidad establecido en el artículo 3 de la Ley de Transparencia
"Artículo 3.- Principio de publicidad
Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley. En consecuencia:
1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley.
2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública.
3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada."

En consecuencia, corresponde estimar el presente recurso de apelación, debiendo la entidad trasladar la solicitud de información presentada al titular de la cuenta de correo institucional de la cual se requiere la información en caso sea un servidor en ejercicio en la entidad, a efectos de que éste otorgue a la entidad la información pública correspondiente, conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 16-A del reglamento de la Ley de Transparencia, debiendo considerar que en caso dicho servidor se negara a entregar los correos, previa separación de aquellos de carácter reservado, secreto o confidencial, dicha información, de acuerdo al Principio de Publicidad, goza de la presunción de publicidad al no haber sido desvirtuada, por lo que su eventual negativa no constituye impedimento para su entrega al recurrente, debiendo entenderse que toda la información contenida en los referidos correos electrónicos corresponden a comunicaciones realizadas en el ejercicio de una función pública.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 30 y 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.

Por los considerandos expuestos[10] y 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, y en aplicación del numeral 111.1 del artículo 111 de la Ley N° 27444, con votación en mayoría;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **JHONATAN MICHAEL VILDOSO LIMACHE**; en consecuencia, **ORDENAR** a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** que entregue la información al recurrente en la forma solicitada, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa 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.

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

[10] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

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

<u>Artículo 4</u>.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución a **JHONATAN MICHAEL VILDOSO LIMACHE** y a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la norma antes indicada.

<u>Artículo 5.</u>- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).

PEDRO CHILET PAZ
Vocal Presidente

MARIA ROSA MENA MENA
Vocal

vp:mrmm/micr

VOTO SINGULAR DEL VOCAL ULISES ZAMORA BARBOZA

Con el debido respeto por mis colegas Vocales Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dentro del marco de las funciones asignadas en el numeral 3 del artículo 10-D del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS[11], debo señalar que si bien es cierto concuerdo con ellos 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, discrepo de los argumentos expresados en los votos emitidos, conforme a los fundamentos que expongo a continuación:

En cuanto a ello, el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú 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; asimismo, el artículo 3 de la Ley de Transparencia, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

En esa línea, 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.

De otro lado, el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia señala que la información contenida en correo electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. Añade que el pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quien debe proporcionar la información solicitada, no siendo 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 de la Ley de Transparencia.

De esta manera, se aprecia que existe un procedimiento que garantiza el acceso a los correos electrónicos, reconociéndose que éstos son de naturaleza pública; sin embargo, que deben ponerse en conocimiento del titular del correo electrónico quien debe proporcionar la información. En ese sentido, la entidad no ha acreditado ante esta instancia el haber seguido el procedimiento contemplado en el numeral 16-A, para efectos de garantizar el derecho de acceso a la información pública del recurrente.

---

[11] Artículo 10-D.- Funciones de los Vocales
El vocal tiene las siguientes funciones:
(…)
3) Participar y votar en las sesiones de la Sala que integra; así como, expresar las razones de su voto singular o discrepante.

Ahora bien, es importante tener en consideración lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente Nº 04792-2017-PHD/TC, en la que se precisa:

> "*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"*

En cuanto a ello, de manera ilustrativa, cabe precisar que la sentencia recaída en el Expediente Nº 04792-2017-PHD/TC no se pronuncia respecto a una solicitud relacionada con la totalidad de los correos electrónicos recibidos y enviados, como lo es en el presente caso, sino más bien el Tribunal Constitucional resuelve un caso relacionado con correos electrónicos circunscritos a un aspecto netamente funcional, como lo es la emisión de un reglamento específico, conforme se desprende de la solicitud que origina la sentencia antes mencionada, cuyo texto es el siguiente: "*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*" (subrayado agregado).

Asimismo, en el Fundamento 27 de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: "*En consecuencia, 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 que sobre ellos existe una presunción de publicidad, salvo las excepciones previstas en la ley*"; de esta manera, lo antes señalado no resulta categórico respecto de que es imposible afectar el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que dice que ello "*no necesariamente es así*"; es decir, no descarta la eventual posibilidad de la existencia de una afectación.

De manera adicional a ello y ya con mayor claridad, de la lectura del íntegro de la referida sentencia se puede apreciar que, aun tratándose de un aspecto relacionado a una materia evidentemente funcional, al realizar el análisis del caso concreto (realizado a partir del Fundamento 28), resalta de manera enfática en su Fundamento 31 lo siguiente:

"*Sin embargo, y aunque de la solicitud no se desprende 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 del 19 al 27 de la presente sentencia, salvaguardar que no se vulneren los derechos a la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones e intimidad de las personas involucradas, entregando solo la información que tenga el carácter de pública*".

Como se puede apreciar, de la lectura íntegra de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional no realiza una afirmación categórica respecto de que no sea posible atentar contra el secreto de las telecomunicaciones o al derecho a la intimidad en una cuenta de correo institucional, sino más bien, pese a tratarse de un caso en el que se

requiere información eminentemente funcional, advierte a la entidad de la existencia de un deber a su cargo, consistente en cautelar la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones y el derecho a la intimidad respecto de la cuenta de correo institucional materia del pronunciamiento emitido.

En ese sentido, resulta contrario a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia señalar que los correos electrónicos de los funcionarios o servidores no se encuentran protegidas por el derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones. Tan es así, que como se ha mencionado anteriormente, el Supremo Intérprete especifica expresamente que pese a ser una materia eminentemente funcional, existe la obligación de la entidad de no vulnerar la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones e intimidad en una cuenta de correo institucional.

De manera adicional a lo antes expuesto, respecto de la aplicación del artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia para el caso de funcionarios y servidores públicos que han dejado de laborar en una determinada entidad, siguiendo los pronunciamientos emitidos de manera unánime por esta Primera Sala a través de la jurisprudencia administrativa generada a lo largo de los más de cuatro (4) años de funcionamiento, en concordancia con el Principio de Predictibilidad que señala **"***(…) Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables*", debo señalar que sí resulta de aplicación el referido dispositivo legal al presente caso concreto, tal y como se ha venido aplicando en todos los casos sometidos anteriormente a consideración de la sala, de manera anterior y posterior a la emisión tanto de la Opinión Consultiva Nº 034-2022-JUS/DGTAIPD de fecha 9 de septiembre de 2022 (la cual no ha sido emitida con carácter vinculante para la Administración Pública), así como de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de setiembre de 2022.

En efecto, para ilustrar respecto del contenido del artículo 16-A es importante tener en cuenta que dicha norma hace mención expresa a la condición de "*titular del correo electrónico*", condición de titular que otorga una identificación al correo electronico, siendo que dicha situación no depende de la vigencia de su contrato laboral, puesto que el usuario asignado al dominio de la entidad no varía al dejar de laborar (de manera ilustrativa, al ciudadano cuyo nombre empieza con "*a*" y cuyo apellido es "*bcdef*" normalmente le corresponde el correo: abcdef@peru.gob.pe); es precisamente por ello, que aún cuando la persona deja de laborar en una entidad, los correos electrónicos pueden ser perfectamente identificados.

Para mayor ilustración corresponde tener en cuenta la definición de "*titular*" contenida en la Real Academia Española, que precisa, en la acepción que corresponde al caso concreto lo siguiente: "*Dicho de una persona o de una entidad: Que tiene a su nombre un título o documento jurídicos que la identifica, le otorga un derecho o la propiedad de algo, o le impone una obligación". U.t.c.s. El titular del carné. La titular de la cuenta bancaria*"[12]. (subrayado agregado).

Siendo esto así, en el caso concreto, el "*titular del correo electrónico*" es quien identifica a la cuenta de correo electrónico y que no se encuentra condicionado a la existencia de

[12] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/titular

un vínculo laboral vigente, sino únicamente que dicha persona haya ingresado a laborar en una entidad como funcionario o servidor (dado que sin ser funcionario o servidor público no se le otorgaría una cuenta de correo con el dominio de la entidad pública); es precisamente por ello que, cuando hablamos de una cuenta de correo de una institución de la Administración Pública, se requiere necesariamente de la existencia de un funcionario o servidor titular de la cuenta de correo, ya que precisamente se le asignó la cuenta para el desempeño de una función pública.

Adicionalmente a ello, es importante resaltar que para el caso de los correos electrónicos institucionales, la información no se encuentra en posesión del funcionario o servidor aun cuando tenga vínculo vigente, puesto que dicha información se almacena en los servidores institucionales, tan es así, que tan solo una desconexión de la línea de acceso a internet impide al propio funcionario o servidor el acceso al correo electrónico otorgado por la entidad; puesto que desconecta la transmisión entre el equipo terminal del usuario y la base fuente del servidor; asimismo, una falla que impacte el funcionamiento del servidor, no permite que acceda a la información contenida en el referido correo electrónico asignado.

Es precisamente por ello que en este caso especial de posesión de la información por parte de las entidades, que se materializa a través de la administración que sobre ellas realizan las unidades orgánicas de tecnologías de la información o similares, las cuales siendo materialmente poseedoras de la información contenida en los correos electrónicos de las cuentas institucionales, no tienen habilitación legal para acceder indiscriminadamente a dicha información, ni mucho menos calificarlas como de carácter público o protegido por las excepciones contempladas en la Ley de Transparencia, es que la normativa reglamentaria ha especificado un procedimiento que viabiliza la entrega de dicha información pública a la ciudadanía.

En ese sentido, se puede concluir que materialmente ningún funcionario o servidor aún cuando tenga vínculo laboral vigente, tiene la calidad de poseedor de la información; y, por ende, que esa sea la razón legal por la que la entidad le requiere la entrega de los correos electrónicos respectivos, sino que es en virtud a una disposición legal específica contenida en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia, que establece un procedimiento especial que cautela la entrega de la información pública contenida en los correos electrónicos institucionales, con independencia de si la persona continua o no con vínculo laboral vigente.

A mayor abundamiento, cabe señalar que en la sentencia recaída en el Expediente Nº 04792-2017-PHD/TC se aprecia que tratándose de una caso en el que el Tribunal Constitucional resuelve, respecto de correos electrónicos de un funcionario que a la fecha de emisión de la referida sentencia ha dejado de laborar en la entidad, la referida jurisprudencia no afirma que se trata de una cuenta de un "*ex funcionario*", puesto que dicha categoría no existe para los efectos de la creación de un correo electrónico institucional, debido a que no existe una cuenta creada para un ex funcionario o ex servidor, sino que es la cuenta de correo electrónico de un funcionario, ya que fue creada para el ejercicio de una función pública, como se ha argumentado en los párrafos precedentes.

Por los argumentos antes expuestos, corresponde a la entidad que en aplicación del Principio de Celeridad antes citado, otorgue el trámite contemplado en la normativa antes expuesta, para efectos de garantizar el derecho de acceso a la información pública solicitada.

En consecuencia, mi voto es que corresponde estimar el recurso de apelación declarándolo **FUNDADO** y ordenar a la entidad que proceda a la entrega de la

información pública solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia.

ULISES ZAMORA BARBOZA