



## HÁBEAS DATA Y CORREOS ELECTRÓNICOS INSTITUCIONALES

### Derecho de acceso a la información vs. privacidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos

**Daniel MENDOZA RUBINA**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP), con estudios de especialización en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Consultor en Derecho Laboral y Derecho Administrativo.

#### I. INTRODUCCIÓN

Mediante Resolución N° 07 de fecha 24 de junio del 2015, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia (controvertida y polémica), en la que declara fundada la demanda de hábeas data interpuesta por el señor Marco Gamarra Galindo (en adelante, el accionante) contra el Ministerio de Energía y Minas; y dispuso que el accionante tenga acceso a los correos electrónicos institucionales recibidos por el anterior titular de dicho Ministerio, Eleodoro Mayorga Alba, sobre los asuntos relacionados con el nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o similares.

El tema en cuestión tiene mucha resonancia e impacto, dado que ofrece muchos temas para el análisis, entre ellos, el de si los funcionarios o servidores públicos se encontrarían obligados a brindar información de sus correos electrónicos institucionales al solicitante que los requiera, sobre los asuntos relacionados a la dirección, conducción del Gobierno, políticas públicas, gestión de la administración pública, etc.

En este trabajo expondremos los detalles de la sentencia materia de comentario, así como los fundamentos

#### RESUMEN

*En estas páginas se ofrece un análisis de la sentencia expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, en virtud de la cual se dispuso que el Ministerio de Energía y Minas entregue al ciudadano solicitante determinados mensajes –enviados y recibidos– de correo electrónico que el juez considera constituyen información pública.*

*El autor nos ofrece, además, su opinión –no exenta de polémica– sobre tal resolución judicial, la cual ponemos a vuestra disposición con el ánimo de contribuir al debate sobre un tema controversial y, a la vez, definitivo.*

teóricos del derecho al acceso a la información pública, el proceso constitucional de hábeas data, la naturaleza de los correos electrónicos institucionales, el principio de interés público, así como la información a la que se puede acceder al invocar las disposiciones contempladas en la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806, Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM) y su reglamento.

#### II. ANTECEDENTES DEL CASO

El accionante cursó una solicitud (a la que anexó un informe legal de la Defensoría del Pueblo) al Ministerio de Energía y Minas, en la que

pedía información sobre los mensajes por correo electrónico del exministro Eleodoro Mayorga Alba, relacionados con el nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o similares; como forma de fiscalización a sus gobernantes, a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El pedido fue denegado por la entidad, que argumentó que tales correos electrónicos se encontraban protegidos por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones<sup>(1)</sup> y por el derecho a la intimidad.

Ante tal respuesta, el accionante interpuso una demanda de hábeas data contra la entidad, a fin de que el juez ordene a la entidad brindar la información solicitada. Finalmente,

(1) Artículo 2 de la Constitución Política.- Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo 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.



el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional expidió la sentencia a la que hemos hecho referencia, donde declara fundada la demanda de hábeas data, por haberse acreditado la vulneración al derecho constitucional al acceso a la información pública del accionante. Como consecuencia, se ordena al secretario general del Ministerio de Energía y Minas la entrega de los correos electrónicos solicitados del exministro, así como los correos que este haya respondido sobre los asuntos relacionados con el nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o similares.

### III. DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho fundamental al acceso a la información pública se encuentra reconocido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993<sup>(2)</sup>. Este derecho alcanza la prerrogativa de toda persona a informarse de los asuntos de interés público<sup>(3)</sup>, como forma de participación del poder político por parte de los ciudadanos. Asimismo, comprende la facultad de cualquier ciudadano de solicitar información sin necesidad de expresar o justificar causa alguna para acceder a la información pública, mas con las limitaciones que la propia Constitución o la ley impongan, las cuales son:

- a) Pago de un costo.
- b) Que no afecte el derecho a la intimidad personal.
- c) Que no pongan en riesgo la seguridad nacional,
- d) Que no se encuentre excluido por ley.
- e) Que no afecte el secreto bancario o la reserva tributaria.

Como sabemos, cada derecho fundamental está conformado por su **contenido esencial**, por lo que este derecho no está exento de ello. El Tribunal Constitucional ha definido que el contenido esencial del derecho al acceso a la información pública consiste en el reconocimiento de la facultad de toda

**“El derecho fundamental al acceso a la información pública alcanza la prerrogativa de toda persona a informarse de los asuntos de interés público, como forma de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder político.”**

persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública; por lo que no existe entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información pública<sup>(4)</sup>.

De otra parte, debe expresarse que este derecho cuenta con una doble dimensión:

- i. Por un lado, es un derecho individual, porque garantiza que a nadie se le puede negar arbitrariamente el acceso a la información pública que guardan, poseen o elaboran las entidades del Estado.
- ii. Por su parte, tiene una dimensión colectiva, dado que garantiza a todas las personas que contarán con la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública libre o informada, lo que tiene como resultado una sociedad auténticamente democrática<sup>(5)</sup>.

### IV. PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA

#### 1. Derechos que cautela el hábeas data

Una vez definido tanto el derecho al acceso a la información pública como su ámbito de protección, la pregunta que cabe plantearse es: ¿cómo la ciudadanía puede proteger este derecho, ante la denegatoria de entrega de información por parte de la administración pública? La respuesta es: iniciando un proceso constitucional de hábeas data.

La acción de hábeas data está contemplada dentro del Título V - Garantías Constitucionales de la Constitución Política: el inciso 3 del artículo 200 establece que el proceso de hábeas data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional (aprobado por Ley N° 28237 y sus modificatorias) regula en su integridad los supuestos de hecho que ameritan la interposición de este proceso.

Ahora bien, ¿en qué consiste este proceso? La finalidad del proceso de hábeas data consiste en tutelar dos derechos reconocidos en la Constitución Política, los cuales son<sup>(6)</sup>:

- El derecho al acceso a la información pública.
- El derecho a la autodeterminación informativa.

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.

(2) Artículo 2 de la Constitución Política.- Toda persona tiene derecho:  
5. 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. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(3) MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 545.

(4) Criterio extraído de la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0950-200-HD/TC, fundamento N° 5.

(5) Sobre la doble dimensión del derecho al acceso a la información pública, se pueden revisar diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. En cuanto a la dimensión individual, puede revisarse la siguiente jurisprudencia: STC 1797-2002-HD/TC, fundamento 10. Asimismo, para mayores alcances de la dimensión colectiva, puede revisarse la siguiente sentencia: 0959-2004-HD/TC, fundamento 11.

(6) Artículo 61 de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional.

Es decir, ante cualquier vulneración o amenaza al derecho al acceso a la información pública, el afectado –titular del derecho– está legitimado activamente para interponer una demanda de hábeas data ante el Poder Judicial; la cual, una vez declarada fundada, tiene como consecuencia final que la administración pública proceda a entregar la información solicitada<sup>(7)</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse presente que el artículo 62 del Código Procesal Constitucional exige como requisito especial de la demanda de hábeas data que, previamente a la interposición de la misma, el afectado haya solicitado directamente a la entidad pública que le entregue la información requerida. Tal pedido debe constar en documento de fecha cierta (no necesariamente carta notarial) y debe efectuarse en todos los casos, salvo que su presentación genere inminente peligro de sufrir un daño irreparable, lo que debe ser acreditado por el demandante<sup>(8)</sup>.

La existencia de dicho requisito no implica que sea exigible el agotamiento de vía administrativa alguna, ya que el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece un procedimiento propio para la tramitación de la solicitud para el acceso a la información pública; en el cual si la administración pública no responde dentro de los siete (7) días útiles ni en cinco (5) días útiles adicionales, el solicitante puede optar por interponer una demanda contencioso administrativa o una de hábeas data<sup>(9)</sup>.

## 2. Principio de interés público

Uno de los principios básicos del Derecho Administrativo es el principio de **interés público**<sup>(10)</sup>, también llamado de **interés general**, el cual es un concepto jurídico indeterminado<sup>(11)</sup>, ya que se trata de establecer el interés colectivo ciudadano como criterio orientador de las actividades de la administración pública, dentro del ámbito de sus competencias.

Asimismo, el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General

**En virtud del principio de interés público se trata de establecer al interés colectivo ciudadano como criterio orientador de las actividades de la administración pública.**

(Ley N° 27444 y sus modificatorias) establece que la finalidad del procedimiento administrativo es establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la administración pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general<sup>(12)</sup>.

## 3. Naturaleza de los correos electrónicos

Con relación a este tema, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza de los correos electrónicos en los expedientes N°s 04224-2009-PC/TC y 01058-2004-AA/TC, en los cuales precisa que los correos electrónicos de los trabajadores contienen información privada, por ser de carácter personalísimo, en conexión al derecho a la intimidad,

y que tales comunicaciones están protegidas por el inciso 2) del artículo 10 de la Constitución Política, que establece que las comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos. Por tales razones, dichas comunicaciones y los instrumentos que los contienen no pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sino únicamente mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley.

El criterio antes expuesto se aplicó en los casos de los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada. Sin embargo, en la administración pública, los funcionarios y servidores públicos pueden estar comprendidos en diversos regímenes laborales estatutarios<sup>(13)</sup>. Mas, si aplicamos el criterio reseñado en el párrafo anterior para analizar el caso materia de comentario, ¿podríamos expresar que los correos electrónicos de los funcionarios son totalmente comunicaciones privadas, por lo que la sentencia emitida no se ajustaría al ordenamiento jurídico peruano?

Para responder esta interrogante, habría que definir si toda la información contenida en el soporte electrónico institucional de los funcionarios públicos tiene la naturaleza de información pública, caso en el cual podría ser entregada al solicitante que requiera.

(7) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el supuesto donde el Estado entrega o proporciona información distinta o adicional a lo solicitado. Ver la STC N° 315-2007-HD/TC, fundamento 3.

(8) CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coord.). *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 791.

(9) El procedimiento de solicitud de la información pública se sujeta a las reglas del artículo 11 de la Ley N° 27806, en la que establece que en caso de que la administración pública denegara la solicitud, el titular del derecho podrá escoger entre el proceso contencioso administrativo o el proceso de hábeas data, por lo que dicho procedimiento excluye la acción de una sobre la otra.

(10) Así como este principio, otros de los principios rectores del Derecho Administrativo son los principios de legalidad y de responsabilidad administrativa.

(11) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Tratado de la Administración Pública*. Ed. Caballero Bustamante, Lima, 2011, p. 33.

(12) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 56.

(13) En la doctrina comparada del Derecho Administrativo, se habla del concepto del Derecho Estatutario, que significa que los regímenes laborales especiales (en nuestra legislación encontramos la Carrera Administrativa del Decreto Legislativo N° 276, el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios del Decreto Legislativo N° 1057 y el nuevo Régimen del Servicio Civil, Ley N° 30057) contienen derechos de naturaleza laboral, pero su esencia es básicamente administrativa, por lo que las consecuencias son dos: 1) el Estado-empleador no pierde su naturaleza estatal y, por tanto, no puede autorizar o disponer derechos más allá de lo que la ley le permite, por lo que se impide que los servidores públicos negocien derechos o beneficios que no se encuentran en su régimen; y 2) las decisiones del empleador estatal constituyen actos administrativos, por los cuales se producen efectos jurídicos sobre los intereses, derechos u obligaciones de los servidores dentro de una situación concreta, pudiendo estos cuestionar las decisiones vía los recursos administrativos o ante el Poder Judicial, a través de la vía contencioso administrativa. Nuestro Tribunal Constitucional reconoce el Derecho Estatutario en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, al validar la constitucionalidad del CAS, ya que en su fundamento 19, el TC concluyó que el régimen del CAS tiene las características de un contrato de trabajo, y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo, así como los descansos semanales y anuales.





## V. ANTECEDENTES: EN CHILE YA EXISTE PRONUNCIAMIENTO EXPRESO

Con fecha 4 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional de Chile<sup>(14)</sup> se pronunció sobre el pedido del ministro del Interior de declarar inconstitucional la Ley de Acceso a la Información Pública. El ministro alegaba que los correos electrónicos institucionales de los funcionarios no constituyen información pública, conforme a lo dispuesto por la Constitución Política y la Ley de Transparencia, toda vez que no poseen la naturaleza de actos administrativos o resoluciones. Mas, por su parte, el Consejo para la Transparencia expresó que los correos electrónicos de los funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de sus funciones públicas—esto es, los que no tengan que ver con su vida privada o personal— son de carácter público, si no se acredita una causal legal específica de secreto o reserva.

Al haber una disputa entre dos entidades estatales, el Tribunal Constitucional de Chile reforzó la idea del carácter privado de las comunicaciones, al establecer claramente la primacía de la privacidad por encima del principio de la transparencia. En su decisión, la corte expresó que estos correos electrónicos, a pesar de tener contenido de interés público, también contienen opiniones personales, mensajes o asuntos confidenciales de los propios funcionarios, pero no en actuación del gobierno, sino como personas comunes y corrientes; por lo cual, optó por no hacer público el contenido de los correos electrónicos del ministro del Interior.

## VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL QUINTO JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA

Ahora bien, en el caso concreto, apreciamos que el accionante solicitó al Ministerio de Energía y Minas toda la información de los correos electrónicos recibidos por el exministro Eleodoro Mayorga

**“Habrá que definir si toda la información contenida en el soporte electrónico institucional de los funcionarios públicos tiene la naturaleza de información pública, caso en el cual podría ser entregada al solicitante que la requiera.”**

Alba, tanto en su cuenta oficial o cualquier otra creada por el Ministerio, sobre el asunto relacionado con el nuevo Reglamento de Hidrocarburos o similares.

El juez constitucional resolvió el fondo del asunto. En cuanto a la información solicitada por el accionante, no pidió información del correo particular del señor exministro, sino la que este mantenía dentro de su correo electrónico institucional sobre un caso en particular, y omitió toda aquella que se relacione con la intimidad del ministro. Entonces, ¿los correos electrónicos de los funcionarios (y, acaso también, de los servidores públicos) se encuentran dentro del alcance del derecho al acceso a la información pública?

Pues bien, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece una presunción de publicidad de toda la información que maneja el Estado, mas también establece las excepciones que están fuera del alcance de dicha presunción. Asimismo, el artículo 10 de la misma ley establece que el Estado tiene la obligación de proveer la información requerida contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o

en cualquier otro formato, siempre que esté en su posesión.

Al expedir sentencia declarando fundada la demanda de hábeas data interpuesta por el accionante, el juez ha interpretado extensivamente los dispositivos legales citados en el párrafo anterior, incorporando los correos electrónicos institucionales dentro de la información de acceso público, como una de las formas a las que se refiere el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Tal fundamentación debe concordarse con lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Constitucional, conforme al cual “la información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que genere, produzca, procese o posea, (...) informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material”, contiene información pública; la cual es, por tanto, accesible. Claro, dentro de un proceso donde se ventilen derechos fundamentales, el juez debe realizar una interpretación que garantice la protección máxima del derecho conculcado; teniendo en cuenta que los derechos constitucionales son relativos y admiten limitaciones establecidas por ley<sup>(15)</sup>.

Entonces, volvamos a la pregunta antes formulada: ¿podríamos expresar que los correos electrónicos de los funcionarios son totalmente comunicaciones privadas, por lo que la sentencia emitida no se ajustaría al ordenamiento jurídico peruano? En principio, parece que los correos recibidos y enviados por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, son—de acuerdo al mandato judicial— de interés público, considerando además que la función pública está al servicio

(14) La sentencia del Tribunal Constitucional chileno se puede apreciar a través del siguiente enlace: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>>.

(15) Las limitaciones del derecho al acceso a la información pública las podemos encontrar dentro de los artículos 15, 16, y 17 de la Ley N° 27806. Estos artículos se refieren a las excepciones del ejercicio del derecho en cuanto a la información secreta, reservada y confidencial.

de la ciudadanía. Es decir, existe un interés general en la transparencia de los actos de la administración pública, y dado que como parte de los mismos se realizan coordinaciones mediante correo electrónico, los mensajes que se envíen y reciban por tal conducto deben ser de acceso ciudadano.

Aun así, somos de la opinión de que los correos institucionales son de carácter privado, porque si bien contienen información que conlleva asuntos relativos al interés general, pueden tener contenido que incluya las opiniones personales o mensajes adicionales a los temas de coordinación política entre funcionarios (temas de intimidad). Además, podría ser que se trate de información sobre determinado asunto que, por el impacto que puede tener, la administración pública prefiere no publicar, dado que están referidos a puntos delicados para la propia administración; mas, de acuerdo a la sentencia bajo comentario, el funcionario público tendría que entregarla al solicitante, para no incurrir en la responsabilidad a que se refiere el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Sin embargo, en el caso bajo análisis el juzgador creyó conveniente amparar la demanda de hábeas data, al considerar que la información contenida en los correos institucionales del exministro Mayorga tiene el carácter de información pública, cuando se refieren a la nueva Reglamentación Nacional de Hidrocarburos o similares. Así, cualquier ciudadano puede solicitar dicha información, por ser de contenido de interés general. Mas, en nuestra opinión, dicho pronunciamiento tendría que especificar si necesariamente se debería entregar todo el contenido del correo electrónico, o

**“ Debemos clasificar los correos electrónicos que contienen información pública e información privada, dado que estos últimos no forman parte del contenido esencial del derecho al acceso a la información pública. ”**

si se pueden omitir las frases, mensajes u opiniones realizadas por el funcionario, al momento de responder o enviar mensajes a través del correo institucional.

Por tanto, si desde ahora en adelante, el funcionario público se ve obligado a entregar la información almacenada en su correo electrónico institucional, esta actuación debería llevarse a cabo utilizando filtros, con la finalidad de entregar solamente la información requerida, mas no las opiniones o sugerencias que podrían estar adjuntas al contenido del correo electrónico que es materia de solicitud. En nuestra opinión, debemos tener cuidado en clasificar los correos electrónicos que contienen información pública e información privada, dado que estos últimos no forman parte del contenido esencial del derecho al acceso a la información pública.

Para finalizar este punto, debe expresarse que es evidente que los funcionarios públicos no tendrían la obligación de entregar información secreta, reservada o confidencial que esté contenida en los mensajes –enviados y recibidos– por correo electrónico, dado que tales son las excepciones al ejercicio del

derecho del acceso a la información pública, previstas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

## VII. CONCLUSIONES

Creemos que la sentencia materia de comentario marcará un hito histórico no solo dentro de la jurisprudencia peruana, sino del propio escenario de la política, ya que este mandato judicial obligaría a los funcionarios públicos (y a los servidores públicos) a entregar toda información contenida en los correos electrónicos institucionales que contengan asuntos de interés general, sin importar que los mismos conlleven opiniones personales de carácter reservado o mensajes privados estratégicos. En nuestra opinión, tal decisión pone en riesgo la conducción política del Gobierno en diversos temas de agenda; por lo que consideramos que se deben aplicar filtros en cuanto a la información pública que se brinde en los correos electrónicos institucionales, ya que podría acarrear los problemas ya mencionados.

Mas, la sentencia bajo comentario es solo la decisión de primera instancia, por lo que habría que esperar la decisión de la Sala competente de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que puede confirmar la sentencia o revocarla. Es más, en el último caso, el accionante incluso podría interponer recurso de agravio constitucional, conforme al artículo 18 del Código Procesal Constitucional, con el fin de obtener una respuesta por parte del Tribunal Constitucional; el cual, en tal supuesto, expediría una decisión que –cualquiera sea el sentido de la misma– sería de un impacto de gran magnitud dentro de la opinión pública y del sector público nacional. ■