

hiperderecho

Señores
Comisión de Fiscalización y Contraloría
Congreso de la República

Presente. —

Asunto: Proyecto de Ley N° 947/2016-DP “Que promueve la transparencia en la adopción de las decisiones públicas” presentado por la Defensoría del Pueblo

Hiperderecho es una asociación civil peruana sin fines de lucro dedicada a investigar y promover el respeto de los derechos humanos en entornos digitales, conformada por abogados y especialistas en tecnología. Como parte de nuestro trabajo, estudiamos todas las iniciativas de política pública que puedan impactar el ejercicio de derechos y libertades en estos ámbitos.

Hemos revisado con detenimiento el Proyecto de Ley N° 947/2016-DP: “[Que] Propone promover la transparencia en las actuaciones de los funcionarios, permitiendo a los ciudadanos ejercer una labor de supervisión sobre las decisiones públicas, el acceso a la información en los procesos de promoción de la inversión privada y a la información contenida en los correos institucionales de los funcionarios.” presentado en febrero de este año por la Defensoría del Pueblo y actualmente bajo estudio en la Comisión que usted integra.

Al respecto, consideramos valioso el interés y tiempo que su Comisión le pueda prestar a esta iniciativa como parte del objetivo nacional por aumentar la transparencia gubernamental y luchar contra la corrupción en nuestro país. Con el propósito de aportar a este esfuerzo queremos ofrecer algunos comentarios sobre esta propuesta. En específico, nos gustaría que pudieran ser recogidas nuestras opiniones sobre el extremo del Proyecto de Ley referido al “acceso a la información contenida en los correos institucionales de los funcionarios.”

En su Exposición de Motivos, la Defensoría del Pueblo afirma que no existe base legal para impedir el acceso a la información relativa a estos dos elementos y que reiterada jurisprudencia nacional ha fallado a favor de esta interpretación. Así mismo la Defensoría del Pueblo manifiesta también que diferentes sentencias del Tribunal Constitucional permiten interpretar que el contenido de estos no está protegido por el secreto de las telecomunicaciones. En principio porque estos son bienes del Estado sobre los cuales existen deberes de uso y protección, pero también porque son herramientas de soporte de información pública y negar su acceso

contraviene lo dispuesto en las leyes de transparencia vigentes. En el mismo sentido se han expresado entidades supranacionales como la Organización de Estados Americanos, a través de su Relatoría para la Libertad de Expresión¹.

Estamos de acuerdo con las conclusiones de la Defensoría del Pueblo. La clasificación de “información pública” nunca ha estado sujeta a ciertos soportes o formatos en particular, sino que abarca cualquier información generada por el Estado o en su posesión. En ese sentido, los correos electrónicos intercambiados por funcionarios públicos siempre han sido considerados como información pública y son comúnmente incluidos en expedientes o archivos en torno a ciertos temas, salvo que aplique sobre su contenido alguna de las excepciones contenidas en la Ley de Transparencia. En ese sentido, este extremo del Proyecto de Ley solo precisa el alcance de la norma para dejar claro que el contenido de los correos electrónicos recibidos y enviados por funcionarios públicos están considerados como información pública. Por tanto, reconocemos la constitucionalidad del Proyecto de Ley y entendemos que su intención es ampliar las herramientas de transparencia y fiscalización de la función pública.

Sin embargo, hemos encontrado varios problemas relacionados a su aplicación y cumplimiento que merecen ser mejor estudiadas.

I. Problemas de aplicación

Un primer problema es crear mecanismos que faciliten el acceso al contenido de los correos electrónicos y que resuelvan el problema implícito que existe a la hora de solicitar información en estos soportes. ¿Cómo un ciudadano puede acceder a información pública contenida en un correo electrónico sin conocer previamente de la existencia de la comunicación en sí misma? ¿Qué medidas se implementarán para orientar este tipo de solicitudes y que puedan ser lo más específicas posibles? ¿Será posible hacer solicitudes señalando palabras clave o rangos de fecha o posibles remitentes? Los procedimientos actuales de acceso a la información pública no permiten hallar una solución a estas preguntas y dejar que su aplicación dependa de la discrecionalidad de las entidades podría perjudicar su aplicación.

El segundo tiene que ver con la forma en que se hará pública la información en los portales de Transparencia. No queda claro si se contempla establecer la publicidad simultánea de los mensajes (apenas generados son públicos) o si existirá un periodo durante el cual no estarán al alcance de cualquiera. ¿Se subirán bases de datos completas a los sitios web de las Entidades? ¿Qué medidas se aplicarán para publicar información pública sin que se vulnere información no pública que

¹ Para mayor detalle véase. Organización Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente. Reporte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Marzo 15, 2017), URL: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

podría estar mezclada? ¿O simplemente se considerarán como públicos los buzones de correo sin que exista obligación de publicarlos en Internet? ¿La publicidad será simultánea o existirá un periodo de reserva que vencerá luego de cierto tiempo a partir del cual se considerará información pública? ¿Qué rol cumplirá el Archivo Nacional bajo este esquema? Asimismo, existen algunos cuerpos normativos y técnicos que podrían merecer cambios.

Finalmente, ¿cómo se almacenará la información? En el artículo 6 del Proyecto de Ley se hace mención a un deber de conservación, pero no existen actualmente lineamientos de seguimiento obligatorio que detallen por cuánto tiempo, en qué soportes y qué tecnologías se utilizarán para almacenar dicha información. Para el éxito de esta medida, será importante establecer reglas claras que impidan que los funcionarios borren voluntariamente sus mensajes de correo impidiendo su publicidad posterior. Asimismo, existen algunos cuerpos normativos y técnicos que tendrán que ser modificados², a parte de la Ley de Transparencia actual.

II. Incentivos para su cumplimiento

El otro problema que puede surgir con esta nueva norma es que se agrave el problema de la escasa transparencia en las comunicaciones institucionales. Actualmente, los funcionarios públicos usan con bastante liberalidad tanto sus cuentas de correo electrónico institucionales como personales, para fines públicos y privados. Bajo potenciales nuevas reglas de publicidad estrictas para sus cuentas de correo institucional, podrían elegir trasladar todas sus comunicaciones a su cuenta privada. De esta manera, el íntegro de la información pública contenida en las comunicaciones pasaría a quedar fuera del alcance del Estado.

Para evitar situaciones de elusión a la norma, recomendamos a la Comisión añadir sanciones administrativas para los funcionarios que intercambien información obtenida en el marco de sus funciones a través de correos electrónicos personales, cuentas de redes sociales personales, y en general cualquier otro medio de comunicación que no esté sujeto a las mismas condiciones de transparencia y acceso a la información pública que sus correos institucionales.

Por la suma de estos motivos, solicitamos a su Comisión tenga a bien recibir esos comentarios y los sume al debate en torno a esta iniciativa. Del mismo modo, si es necesaria alguna precisión o mayores alcances nos ponemos a su disposición para cualquier consulta sobre este Proyecto de Ley o sobre otras iniciativas que la Comisión de la cual hace parte requiera.

² Desde el año 2003, el Instituto Nacional de Estadística e Informática tiene una Directiva sobre “Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública”, que es el documento guía actualmente vigente y en donde no se contemplan deberes de conservación de la información. Ver: <http://inei.inei.gob.pe/DOCUMENTOS/RJ2003088.pdf>

Por lo expuesto, solicitamos a su Comisión tenga a bien recibir estos comentarios y los sume al debate en torno a esta iniciativa. Del mismo modo, si es necesaria alguna precisión o mayores alcances nos ponemos a su disposición para cualquier consulta sobre este Proyecto de Ley o sobre otras iniciativas que la Comisión de la cual hace parte requiera. Sin más, le expresamos nuestros mejores deseos y mayor consideración.

Atentamente,

Miguel Morachimo Rodríguez

Director Ejecutivo

Carlos Guerrero Argote

Director de Investigación

Asociación Civil Hiperderecho

Jr. Colina 107, Barranco, Lima 15063

RUC: 20551193099

Sobre los autores de esta carta

Miguel Morachimo es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho, Ciencia, y Tecnología por la Universidad de Stanford, California, Estados Unidos.

Carlos Guerrero es Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha seguido cursos sobre regulación de Internet en la Organización de Estados Americanos, la Universidad San Andrés y la Universidad de Palermo, Argentina.