



**HIPER
DERECHO**

Tecnología como libertad

Lima, 12 de mayo de 2020

Úrsula Desilú León Chempén

Secretaría General

Presidencia del Consejo de Ministros

Jirón Carabaya Cdra. 1 S/N, Palacio de Gobierno, Cercado de Lima

Marushka Chocobar Reyes

Secretaría de Gobierno Digital

Presidencia del Consejo de Ministros

Calle Schell 310, Piso 10, Miraflores

Eduardo Luna Cervantes

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

Ministerio de Justicia

Calle Los Halcones N° 250-254, San Isidro

Enviado por correo electrónico

Asunto: Comentarios sobre el Grupo de Trabajo “Te Cuido Perú”

De nuestra consideración:

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.

Como organización de la sociedad civil, saludamos las iniciativas que está tomando el Gobierno peruano en miras a enfrentar la actual Emergencia Nacional ocasionada por el Covid-19. En ese contexto, entendemos la relevancia de la conformación del Grupo de Trabajo “Te Cuido Perú” como parte de la estrategia conjunta de respuesta. Buscando contribuir con su trabajo en la lucha contra el Covid-19, queremos hacerle extensivos algunos comentarios sobre las atribuciones de este Grupo de Trabajo, para que su intervención se mantenga respetuosa de los derechos humanos y del marco constitucional vigente. Esperamos que su despacho tenga a bien evaluarlas y actuar como corresponda a sus atribuciones.

La constitución del Grupo de Trabajo “Te Cuido Perú”, que fue anunciado como un equipo de respuesta a la Emergencia Sanitaria, se realizó a través del Decreto Supremo N° 068-2020-PCM, el cual modifica el artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, que proroga el estado de emergencia nacional originalmente declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Posteriormente, a través del Decreto Supremo N° 070-2020-PCM se dictaron medidas complementarias sobre el referido Grupo de Trabajo, siendo las medidas de acceso a datos personales de geolocalización las que llaman más nuestra atención.

Entre los procedimientos que crea el Decreto Supremo N° 070-2020-PCM, identificamos tres mecanismos que son relevantes para nuestros comentarios:

- El otorgamiento de acceso a datos personales derivados de las llamadas realizadas para la identificación y seguimiento de posibles casos de Covid-19 a las entidades administradoras de las centrales telefónicas de emergencia. Según la normal, las centrales corroboran los datos personales de quienes realizan las llamadas con el apoyo de RENIEC y luego envían dicha información anonimizada a diferentes entidades públicas (PCM, MINSA, OSIPTEL, ESSALUD, APDP, RENIEC, PNP, DIRESAS, GORES y el CCFFAA).
- En los casos en que las centrales de emergencia determinen que se encuentran frente a un caso sospechoso o confirmado de Covid-19, tendrán también la facultad de acceder a datos personales de geolocalización de los dispositivos desde los cuales se realizó la llamada, incluyendo el registro histórico de hasta tres días anteriores a la solicitud. Esto tendría el propósito de conocer los desplazamientos del paciente.
- La autorización al MINSA, ESSALUD y PCM (a través de SEGDI) para acceder y gestionar los datos que se originan producto del llenado del cuestionario nacional o triaje digital inicial. Asimismo, también se estipula la obligación de los concesionarios de servicios públicos en telecomunicaciones de entregar la información de personas que llenaron el cuestionario nacional o triaje digital inicial cuando estas entidades lo requieran.

1. No se ha señalado una base legal clara para las medidas de geolocalización aprobadas

No queda claro si las disposiciones del Decreto Supremo N° 070-2020-PCM se encuentra al amparo de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que establece el Estado de Emergencia en el país y otorga facultades excepcionales al Presidente de la República, de acuerdo a lo establecido en el artículo 137, inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Saber esto es importante pues tanto los Decretos Supremos N° 044-2020-PCM y N° 070-2020-PCM generan una suspensión y limitación de diferentes derechos, entre ellos, el de protección de datos personales (autodeterminación informativa) consagrados en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución.

Las medidas de geolocalización que propone el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM tienen incidencia en la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, una norma cuyos efectos no han sido ni podrán verse suspendidos por la declaratoria de Estado de Emergencia: la Constitución es explícita en torno a los posibles derechos a suspender o limitar, en los que no se encuentra el artículo 2 numeral 6.

En ese sentido, dependiendo de la manera en que se lleve a cabo la recolección y tratamiento de los datos de las personas que se comuniquen con las centrales de atención del 113 y 107, se estaría afectando, por lo menos, la obligación de solicitar consentimiento, inscribir el banco de datos específico, comunicar que estos serán transferidos por terceros y publicitar el medio para poder ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Ante ello, encontramos dos situaciones que nos llaman la atención: en primer lugar, el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM no es específico en ningún extremo sobre si está aplicando alguna excepción prevista en la Ley para no requerir el consentimiento de los titulares; y, segundo, como bien lo indica la reciente Opinión Consultiva N° 32-2020-JUS/DGTAIP, relativo al tratamiento de datos personales durante la pandemia:

16. Cabe advertir que el hecho de encontrarse en alguna de las excepciones al consentimiento para el tratamiento de los datos personales, no exime al responsable del tratamiento de cumplir con las demás obligaciones establecidas en la LPDP y su reglamento, tales como el deber de informar al titular de estos sobre su tratamiento en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, tal y como lo establece el artículo 18 de la LPDP.

Por lo tanto, incluso estando dicho tratamiento amparado en alguno de los supuestos de excepciones del artículo 14 de la Ley de Protección de Datos, esto no exime a la Presidencia del Consejo de Ministros de cumplir con las demás obligaciones contempladas en la Ley y el Reglamento.

De otro lado, es posible también que la legalidad de este Decreto descansa en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que se sostiene en el artículo 118, inciso 8 de la Constitución. No obstante, esta potestad se ve limitada en no transgredir ni desnaturalizar la Ley. Por ende, de no desarrollarse algún supuesto de excepción previsto en la Ley de Protección de Datos Personales, estaríamos ante una posible transgresión o desnaturalización. En ese sentido, si el mencionado Decreto Supremo no desarrolla alguna norma de excepción prevista en la Ley, estaríamos ante una norma de dudosa legalidad y constitucionalidad.

2. No existen reglas claras para el tratamiento de datos personales de quienes reportan síntomas al Estado vía telefónica o por Internet

De acuerdo a lo resuelto en el pasado por la Dirección General de Protección de Datos Personales, los datos derivados de la geolocalización de un dispositivo celular son un dato personal¹. Las excepciones previstas en el artículo 14 de la Ley de Protección de Datos Personales, en tanto es una norma limitativa de derechos, se tienen que interpretar de forma

¹ Resolución Directoral N° 008-2017-JUS/DGPDP
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/EXP-14-2016-RD-08-2017-DGPDP.pdf>

restrictiva. En este sentido, para realizar una aplicación lo más respetuosa del derecho fundamental a la protección de datos personales la interpretación brindada al artículo 14 de la Ley tiene que ser rigurosa en caso el tratamiento de datos personales referidos a la geolocalización se realice en virtud de esta norma.

Desde este punto de vista, realizamos las siguientes recomendaciones:

- Analizar si las disposiciones establecidas en el artículo 3.1 y 3.3 del Decreto Supremo N° 070-2020-PCM guardan estricta relación con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 7 de la Ley de Protección de Datos Personal. Así, evaluar la posibilidad de incorporar una alocución grabada que en la central de llamadas 113 y 107 que informe automáticamente sobre el tratamiento de datos personales y, en especial, el referido a la geolocalización y que solicite el consentimiento al realizar la llamada.
- De la misma manera, al momento de ingresar al cuestionario nacional o triaje inicial digital <<https://www.gob.pe/coronavirus>> recomendamos que se haga pública una Política de Privacidad referida al uso y tratamiento de datos personales al momento de acceder a este servicio. Si la estrategia a realizar es que se genere una base de datos a la cual darle seguimiento a través del llenado masivo del triaje inicial, una forma respetuosa de los datos personales de llevar a cabo ello es a través de solicitar consentimiento en dicha plataforma. Así, la Política de Privacidad debería de informar sobre la finalidad del tratamiento, el plazo de este, quiénes podrán acceder a dicha base de datos y para qué fines, entre otros.

3. Las acciones del Grupo de Trabajo “Te Cuido Perú” necesitan de mayor transparencia

Se otorgó la rectoría del mencionado Grupo de Trabajo al Ministerio de Defensa. *A priori*, y en la medida que la norma habilitante no genera ningún tipo de excepción al derecho de acceso a la información pública, tenemos interés en conocer si desde el Gobierno se va a garantizar la transparencia de las actividades de este equipo. Con esa finalidad, instamos a que los documentos, protocolos de actuación, informes y otra información generada a raíz del monitoreo realizado por geolocalización sean públicamente accesible, salvaguardando el anonimato de aquellos datos que no puedan ser publicados sin afectar los derechos de sus titulares.

En ese sentido, recomendamos publicar información estadística agregada sobre el número de líneas cuya identidad se solicita a las empresas operadoras, así como la cantidad de ocasiones en las que se accede a los datos personales de geolocalización.

Hacemos extensiva la presente carta a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Datos Personales para que, en ejercicio de sus funciones, realice las evaluaciones pertinentes en materia de datos personales y del derecho de acceso a la información pública.

Desde Hiperderecho, quedamos a disposición de sus despachos para precisar o ampliar cualquiera de los puntos señalados en esta carta. Como siempre, le renovamos nuestro compromiso en continuar apoyando el desarrollo con equidad y en un contexto de derechos fundamentales de toda iniciativa tecnológica.

Sin otro particular, le expresamos nuestros mejores deseos y mayor consideración.

Atentamente,

Miguel Morachimo
Director Ejecutivo

Dilmar Villena
Coordinador Legal

Asociación Civil Hiperderecho
Av. Alfredo Benavides 1944, Piso 9, Miraflores
RUC: 20551193099