

Escrito: 1

Sumilla: Denuncia por actos contrarios a la Ley No. 29733 y su Reglamento

A LA DIRECCIÓN DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Yo, CARLOS GERMÁN GUERRERO AROGTE, identificado con Documento Nacional de Identidad [REDACTED] domiciliado para este procedimiento administrativo en [REDACTED] con el debido respeto me dirijo a usted a fin de presentar una denuncia por actos contrarios a la Ley de Protección de Datos Personales, Ley No. 29733 y su Reglamento (en adelante "la Ley"), contra UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS (en adelante "la Universidad") por los motivos que a continuación expongo.

I. Hechos materia de denuncia

1. El 27 de agosto de 2020 se publicó en el portal de noticias de la Universidad una nota informativa anunciando que el Examen de Admisión 2020-II se realizará de manera virtual los días viernes 2 y sábado 3 de octubre del presente año.¹ Previamente, se habían realizado dos simulacros virtuales los días 9 y 16 de agosto de 2020,² en los que participaron de forma voluntaria los postulantes del mencionado Examen de Admisión, el cual venía siendo aplazado desde marzo por motivos de la pandemia de COVID-19.

2. Para la realización de los simulacros virtuales, los postulantes recibieron las indicaciones para participar de estos simulacros por correo electrónico, en los cuales se incluían tres documentos en formato PDF: "MANUAL DEL POSTULANTE SIMULACRO VIRTUAL NACIONAL"; "DECLARACIÓN JURADA DEL POSTULANTE"; y "CÓDIGO DE ÉTICA DEL

¹ Enlace:

<http://unmsm.edu.pe/noticias/ver/examen-de-admision-sera-virtual-y-se-realizara-los-dias-2-y-3-de-octubre>

² Enlace:

<http://www.unmsm.edu.pe/noticias/ver/san-marcos-organizara-simulacro-virtual-gratuito-para-postulantes-inscritos-al-examen-de-marzo>

POSTULANTE”. En el primero de estos documentos están incluidos todos los pasos que los postulantes deben seguir con el fin de preinscribirse en la prueba y validar las condiciones necesarias para participar de la misma.

3. A partir de la página número 5 de dicho documento, se señala la siguiente actividad a realizar: “Instalación del software de monitoreo”. A continuación se intercalan diferentes imágenes sobre el procedimiento de descarga y de configuración de este software que se identifica en una de las imágenes con el nombre de “SMOWL”. Según su sitio web, SMOWL es una empresa que provee servicios de “proctoring”, lo que en español significa “supervisión”. Estos servicios parecen orientados a entidades educativas que desean contar con herramientas de monitoreo para prevenir el fraude en la realización de exámenes o en el transcurso de las clases regulares.³

Según el documento, además del monitoreo permanente del ordenador del postulante para detectar actividades “sospechosas”, que incluyen la captura de fotografías en tiempo real, SMOWL también realiza un procedimiento de verificación biométrica antes y al inicio de la prueba. Tal como se explica desde la página número 7 hasta la 13 del documento, se le debe otorgar acceso a la cámara para que el programa tome varias fotografías de rostro completo del postulante y también a su Documento de Identidad con el propósito de validar su identidad el día del examen y controlar que nadie lo suplante durante el mismo.

4. No existe en ningún documento enviado por la Universidad una mención directa a las características del tratamiento de los datos (biométricos y no biométricos) realizados por parte del SMOWL, ni la forma en que los derechos reconocidos por la Ley 29733 pueden ser ejercidos antes o luego de la prueba. Consecuentemente no se indica el plazo del tratamiento, ni las medidas de seguridad empleadas para proteger la información que va a ser recolectada y que se presume estará en posesión de la Universidad con el fin de que pueda hacer las verificaciones correspondientes con posterioridad al examen para sancionar los posibles fraudes.⁴

5. De una verificación en la página de “Bancos de Datos Personales inscritos” en el sitio web del Ministerio de Justicia, es posible comprobar que la Universidad no ha inscrito ante la Autoridad de Protección de Datos Personales ninguna base que contenga los datos

³ Enlace: https://smowl.net/es/sobre_smowl/

⁴ Esta información se colige de un video explicativo que SMOWL tiene en Youtube, en donde explica cómo funciona su software. También de las declaraciones de una autoridad de la Universidad. Enlaces: <https://www.youtube.com/watch?v=rNCqjJY9K40>, <https://www.youtube.com/watch?v=gTFHVpGBOc8> y <https://www.youtube.com/watch?v=BGUPA8-3AiY>

recolectados de los postulantes de sus procesos de admisión, una obligación legal que sí viene siendo cumplida por universidades privadas⁵ y públicas⁶. De hecho, no cuenta con ningún banco de datos de naturaleza alguna, un elemento que permitiría conocer qué datos recopila, cuál es su finalidad, con quién se comparten y qué medidas se han adoptado para protegerlos. Tampoco existe en su sitio web o en alguna otra parte, mención alguna a la forma en que un postulante que le ha entregado sus datos personales a la Universidad puede ejercer sus derechos ARCO.

6. Al haber anunciado la realización del Examen de Admisión 2020-II en formato virtual, es previsible que la realización del mismo implique también el uso del software SMOWL. Varios postulantes a esta prueba, ya han recibido mediante correo electrónico las indicaciones para participar de esta prueba, lo que incluye la instalación de dicho programa y los mismos pasos especificados en los documentos correspondientes a los simulacros virtuales.

II. Infracciones a denunciar

A. Infracción al Principio de Legalidad

7. De acuerdo con el Principio de Legalidad del artículo 4 de la Ley, todo tratamiento de datos personales se hace conforme a la ley y se prohíbe la recopilación de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Como la Autoridad podrá corroborar, la Universidad no ha inscrito un banco de datos personales con el propósito de almacenar los datos de los postulantes de sus exámenes de admisión. De hecho, en ningún momento ha inscrito ninguna base de datos, pese a que esta es una práctica exigible y que viene siendo cumplida por universidades privadas y públicas. Está de más señalar que la no inscripción de bancos de datos personales no solo incumple la normativa sino que va en perjuicio del cumplimiento de los derechos que la Ley reconoce a los titulares de los datos.

8. En ese sentido, solicitamos que la Autoridad evalúe si la Universidad está obligada legalmente por la Ley a la inscripción de bancos de datos personales, en general, y de un banco de datos para la recopilación de los datos de los postulantes a sus exámenes de admisión, en particular. En cualquiera de ambos casos, si la Autoridad determina que efectivamente la Universidad está obligada a cumplir con esta formalidad, deberá imponer las sanciones respectivas cuando menos por los actos de tratamiento de datos realizados

⁵ Por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica con Código de Registro N° 07885.

⁶ Por ejemplo, la Universidad Nacional de Trujillo con Código de Registro N° 12704 y la Universidad Nacional de Frontera con Código de Registro N° 18190.

durante el presente año 2020, en relación al Examen de Admisión 2020-II, ordenando que en adelante la Universidad cumpla con la debida inscripción de sus bancos de datos.

B. Infracción al principio de Consentimiento

9. De acuerdo con el Principio de Consentimiento del artículo 5 de la Ley, para el tratamiento de datos personales debe mediar consentimiento de su titular. Ahora bien, aún cuando se desprende de los documentos enviados a los postulantes que estos aceptan las condiciones de participación, lo que incluye entregar sus datos personales a la Universidad e incluso autorizar el monitoreo del software SMOWL; sobre este último no se ofrece más explicación acerca de sus características o la naturaleza del tratamiento de los datos personales que realizará. En el documento “MANUAL DEL POSTULANTE SIMULACRO VIRTUAL NACIONAL”, cuando se dan las indicaciones para la descarga del programa, se ordena: “Dar clic en la cajetilla de “Términos y condiciones”, luego dar clic en el ícono “Descargar”. Esto significa que se invita a los postulantes a aceptar las condiciones de tratamiento expresadas por el programa sin revisarlas, con el fin de poder rendir la prueba. Además este consentimiento no es totalmente previo pues los postulantes inscritos al Examen de Admisión 2020-II, no son informados de este tratamiento por parte del software con anterioridad a su inscripción al examen, sino solo cuando se les envía los documentos de postulación a su correo electrónico. Esto bien podría constituirse como una fuente de vicio del consentimiento.

10. Otro detalle a tener en cuenta es que los postulantes que realizaron el pago del concepto por derecho de participación en el Examen de Admisión 2020-II, lo hicieron bajo la normativa que estaba vigente en dicho momento, que no contemplaba en forma alguna la realización de un examen virtual o, el uso dentro de este de un software de monitoreo como el SMOWL. El Reglamento de Admisión 2020-II de la Universidad, aprobado por Resolución Rectoral N° 00784-R-20, que regula las características y procedimientos del examen, no hace mención alguna al uso de softwares especiales como el SMOWL.⁷ A la fecha de presentación de esta denuncia, no se ha publicado en el sitio oficial de la Universidad o comunicado a los postulantes el texto del nuevo Reglamento en donde se señalen las nuevas disposiciones que incluyen el uso del software SMOWL.

11. En ese sentido solicitamos a la Autoridad que señale si la Universidad infringe el principio de consentimiento cuando no ofrece información completa y detallada a los postulantes de sus exámenes de admisión acerca del tratamiento que realizará de sus

⁷ Enlace: <http://www.unmsm.edu.pe/transparencia/archivos/00784-20t.pdf>

datos personales, en general, y cuando además realizará dicho tratamiento a través de tecnologías de recolección masiva que incluyen datos sensibles, como ocurre en este caso con el software SMOWL, en particular. También si, en el ámbito de un proceso como lo es el examen de admisión a la Universidad, es necesario recabar un nuevo consentimiento por parte de aquellos postulantes que, habiendo pagado los derechos de participación para una modalidad de examen presencial, ven modificadas las condiciones sobre las cuales han otorgado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales al cambiar el examen a una modalidad virtual.

C. Infracción al principio de Proporcionalidad

12. De acuerdo con el Principio de Proporcionalidad del artículo 7 de la Ley, todo tratamiento debe ser relevante, adecuado y no excesivo a la finalidad para la cual los datos son recopilados. Consideramos que el uso del software SMOWL no es una herramienta proporcional al uso que se le pretende dar. Aunque la Universidad sí cuenta con facultades para ordenar las modalidades y características de sus procesos de admisión, este ámbito discrecional no es absoluto. Por dar un ejemplo: Aún teniendo la facultad de organizar sus procesos de admisión como estime conveniente, la Universidad no tiene el “derecho” de exigir que los postulantes acudan al examen con el cabello recortado (para hombres y mujeres) o, peor aún, exigir que estos acepten revisiones inopinadas de sus partes íntimas durante el proceso del examen.

Las medidas mencionadas anteriormente, aunque podrían resultar efectivas para detectar y prevenir el fraude durante el examen, son inaceptables desde el punto de vista del respeto de la dignidad de la persona y la afectación de sus derechos. Así mismo, no resultan proporcionales para sus fines en la medida que existen otras medidas que cumplen con el mismo fin pero son menos lesivas. Por ejemplo: Utilizar detectores de metales, exigir que los postulantes vacíen sus bolsillos antes de dar la prueba, impedir que asistan con equipos móviles u otros aparatos electrónicos, entre otros. En el ámbito de la normativa de protección de datos, la Autoridad ya se ha expresado anteriormente en diferentes resoluciones al respecto de los criterios para establecer si una forma de tratamiento es o no proporcional. Pero no solo a través de sus resoluciones, sino también de sus directivas. Por ejemplo, la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD “Tratamiento de datos personales mediante sistemas de vigilancia”, ya establece diferentes supuestos objetivos en donde el uso de estos aparatos para el tratamiento de datos personales está expresamente prohibido; por ejemplo: en baños y vestuarios. También, en ciertos casos, ese uso está limitado; por

ejemplo: en lugares de ocio solo se permite colocar cámaras que graben imagen y está prohibido utilizar los datos obtenidos de estos espacios con fines publicitarios, a menos que haya consentimiento de quienes aparecen.

En ese sentido, cuando señalamos que el uso del software SMOWL es desproporcionado, nos referimos a que su uso no es proporcional respecto de su finalidad, que entendemos es prevenir el fraude en la realización del examen de admisión. Como se ha indicado en el recuento de los hechos, este software ha sido impuesto a los postulantes, que están obligados a aceptar sus términos y condiciones, descargarlo y permitir que SMOWL capture datos biométricos y otros de sus datos personales antes y durante el examen sin que se ofrezca mayores explicaciones sobre la naturaleza de este software, ni sobre el tratamiento que este va a realizar, así como tampoco del tratamiento ejecutado por la Universidad sobre estos datos, así como las medidas de seguridad adoptadas para evitar accesos no autorizados o usos no consentidos.

En este caso concreto, existen múltiples alternativas menos invasivas y que comportan un mayor respeto por los derechos de las personas, incluida la normativa de protección de datos personales. La primera y más importante de ellas es una alternativa que un gran sector de los postulantes viene proponiendo desde que se conociera la decisión de llevar a cabo un examen virtual: Que el examen se realice presencialmente cuando las condiciones así lo permitan, de tal manera que se respeten las condiciones bajo las cuales los postulantes aceptaron entregar sus datos personales a la Universidad, lo que significa que no sería necesario el despliegue de ningún software como el SMOWL.⁸ Además, esta opción ya se ha adoptado exitosamente en otros países, como por ejemplo: la UNAM en México.⁹

Una segunda opción, también factible, es plantear la descentralización del examen, de tal manera que, sin abandonar el formato presencial, este se pueda realizar sin poner en riesgo la salud y respetando las medidas sanitarias dispuestas por el gobierno. Está de más señalar que con este propósito, la Universidad puede demandar recursos adicionales al erario nacional con el fin de llevar a cabo estas acciones, dada su condición de entidad pública.

⁸ “UNMSM: estudiantes y postulantes realizan plantón en rechazo al examen de admisión virtual”. 28 de agosto de 2020. Enlace: <https://www.apnoticias.pe/peru/larepublica-pe/unmsm-estudiantes-y-postulantes-realizan-planton-en-rechazo-al-examen-de-admision-virtual-58131>

⁹ “Así se vivió la primera jornada del examen de admisión a la UNAM” Enlace: <https://www.excelsior.com.mx/comunidad/asi-se-vivio-la-primera-jornada-del-examen-de-admision-a-la-unam/1400881>

Finalmente, una última medida, si se ha decidido continuar de todos modos con un examen virtual, es dedicar un plazo razonable a estudiar la mejor forma de llevar a cabo una prueba de esta naturaleza, que tenga en cuenta no solo factores tecnológicos, sino también sociales y económicos, que no impliquen poner en desventaja a los postulantes. En este último caso, un grupo importante de postulantes agrupados en la “Coordinadora de Postulantes UNMSM 2020-II”, ha enviado un oficio a las autoridades de la Universidad con el fin de aperturar una mesa de diálogo que permita llegar a una solución de este tipo, pese a lo cual hasta la fecha no han obtenido respuesta.¹⁰

Hablando específicamente del software SMOWL, se vuelve prioritario que la Universidad realice un estudio de impacto en la privacidad y de cumplimiento de la normativa de protección de datos personales. Una medida de este tipo, por ejemplo, debería ser consultar a la Autoridad si el tratamiento de datos a partir de esta herramienta resulta proporcional, ya sea en el ámbito acotado de una prueba de admisión o inclusive para su uso en el curso regular de las clases en todos sus niveles de estudio. Por supuesto, este plazo obligaría a que el Examen de Admisión 2020-II, sea suspendido nuevamente hasta que estas interrogantes sean resueltas.

Ahora bien, como lo han indicado en diferentes oportunidades las autoridades de la Universidad, la participación en el examen virtual no es exigible a todos los postulantes. Por diferentes motivos, especialmente los relacionados a la brecha digital que existe en nuestro país, las autoridades de la Universidad han indicado que tomar el examen en esta modalidad es opcional y que los que no puedan o no deseen tomarlo, podrán reservar su inscripción para cuando el examen pueda ser realizado de forma presencial. Esto, que podría parecer una alternativa, en realidad es un incentivo perverso. Según un comunicado publicado por la Universidad luego de la realización de los simulacros virtuales de los días 9 y 16 de agosto, se registró que el 10% de postulantes (1452) tuvieron problemas de conectividad y energía eléctrica. Además, del universo total de postulantes (14,453), el 83% lo rindieron desde Lima y solo el 17% desde provincias fuera de Lima.¹¹ De las cifras anteriores, se colige que existe un gran porcentaje de postulantes que tienen o podrían presentar condiciones sub-estándar de conectividad para poder rendir una prueba virtual. Ahora, si a eso le suma el número de postulantes que ni siquiera pudo participar de estos simulacros (aproximadamente 14 mil)¹²;

¹⁰ Ver Anexo: “OFICIO N°001 – 2020 – COORDINADORA DE POSTULANTES”

¹¹ Enlace:

http://www.unmsm.edu.pe/archivos/Comunicado_-_OCA18082008_-_Informe_sobre_el_simulacro_virtual_realizados_los_d%C3%ADas_9_y_16_de_agosto_-_VF.pdf

¹² Se ha tomado esta cifra a partir de las declaraciones de autoridades de la Universidad respecto del número total de postulantes inscritos al Examen de Admisión 2020-II. Enlace:

tenemos que más de la mitad de postulantes inscritos para rendir el examen de admisión, muy probablemente tomarán la decisión de no rendir el examen virtual y esperar a que este sea presencial. Así pues, esta situación genera el incentivo perverso de estimular a aquellos postulantes que sí cuentan con condiciones estándar de conectividad a aceptar el examen virtual y someterse al tratamiento de datos personales mediante el software SMOWL, con la esperanza de enfrentarse a una competencia reducida a la hora de intentar ocupar una vacante en la carrera profesional elegida.

13. En ese sentido solicitamos a la Autoridad que señale si la Universidad infringe el principio de proporcionalidad cuando exige a los postulantes de su examen virtual la instalación y activación del software SMOWL con el fin de tratar sus datos para validar su identidad e impedir el fraude, toda vez que no ha contemplado otros medios alternativos más proporcionales a sus fines y que han sido desarrollados en los párrafos anteriores.

D. Infracción al principio de Seguridad

14. De acuerdo con el Principio de Seguridad del artículo 9 de la Ley, el titular del banco de datos y el encargado de su tratamiento deben adoptar medidas técnicas, organizativas y legales para garantizar la seguridad de los datos personales. En ese sentido, hay que tener en cuenta que la Universidad es una entidad pública y, respecto del uso del SMOWL, está tratando datos personales y datos sensibles. Conforme a la Directiva de Seguridad dispuesta por la Autoridad, le corresponde acreditar medidas de seguridad de “nivel crítico”. Al respecto, tenemos la grave sospecha de que, de la misma forma que la Universidad ha considerado que no tiene la obligación legal de inscribir sus bancos de datos personales, tampoco ha estimado conveniente adoptar lo dispuesto en la Directiva de Seguridad para resguardar los datos personales tratados directamente o a través del software SMOWL.

15. En ese sentido solicitamos a la Autoridad que fiscalice si la Universidad ha adoptado las medidas de seguridad exigibles en su caso para el tratamiento de datos de los postulantes a su examen de admisión, no solo las que ha recogido y trata directamente sino a los recogidos y tratados a través del uso del programa SMOWL.

III. Medios probatorios

<https://noticia.educacionenred.pe/2020/07/unmsm-admision-san-marcos-2020-sera-obligatorio-camara-web-simulacro-virtual-agosto-204136.html>

Para la sustentación de esta denuncia presento los siguientes anexos:

Anexo 1-A: Copia de mi Documento Nacional de Identidad

Anexo 1-B: Copia de los documentos enviados por la Universidad a los postulantes para los simulacros virtuales

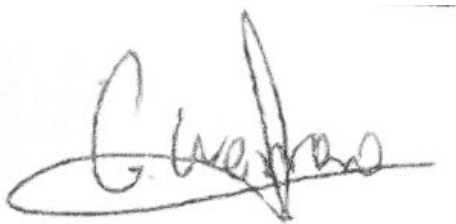
Anexo 1-C: Copia de los documentos enviados por la Universidad a los postulantes para el Examen de Admisión 2020-II

Anexo 1-D: Copia del OFICIO N°001 – 2020 enviado por la COORDINADORA DE POSTULANTES

Por tanto:

Solicito sirva proveer con arreglo a Ley la presente denuncia.

Lima, 10 de septiembre de 2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G. Guerrero', with a large, sweeping underline.

CARLOS GERMÁN GUERRERO ARGOTE

