NAKAGAWA
CONSULTORES
REGULATORIOS

Análisis Regulatorio del Marco Normativo “Sistema de Medición Automatizado de OSIPTEL”

Análisis efectuado por Virginia Nakagawa, José Aguilar y se agradece la colaboración del equipo técnico de la Consultora.

El propósito de este esfuerzo colaborativo –en esta entrega y las subsiguientes-- es generar un mejor marco regulatorio en todos los sectores regulados.

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

1

DE QUE TRATA LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE MEDICION AUTOMATIZADO APROBADO POR OSIPTEL?

2

EVALUACION DEL INSTRUCTIVO TÉCNICO RESOLUCIÓN 305-2021-GG/OSIPTEL

3

QUE DICE LA COMPARACIÓN INTERNACIONAL?

4

QUE SE PROPONE? QUE REVISEMOS TODOS JUNTOS

¿QUÉ ES LO QUE DISPONE LAS NORMAS TÉCNICAS DE OSIPTEL?

- ✓ La Norma Técnica dispone las condiciones para la implementación del sistema de medición automatizado de OSIPTEL para la verificación del cumplimiento de las obligaciones relacionadas a la velocidad mínima garantizada de internet.
- ✓ Para dicho efecto, OSIPTEL desplegará una solución tecnológica, que recopile desde las redes de las operadoras, routers y equipos terminales móviles de los usuarios, información de las condiciones ambientales de medición, según las disposiciones contenidas en el Instructivo técnico aprobado por el Regulador.

Una buena calidad de los servicios de telecomunicaciones es esencial.
El problema no es el fin, son los medios.

1. **Resolución de Consejo Directivo N° 137-2021-CD/OSIPTEL**, por la que se aprueba la "Norma Técnica relativa a la implementación del sistema de medición automatizado para la verificación del servicio de acceso a internet por parte del OSIPTEL" ("**Norma Técnica**"). Modificada por la Resolución de Consejo Directivo No 00066-2022-CD/OSIPTEL.

2. **Resolución de Consejo Directivo N° 138-2021-CD/OSIPTEL**, por la que se aprueba la "Norma que modifica el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD-OSIPTEL".

3. **Resolución de Gerencia General N° 00305-2021-GG/OSIPTEL**, por la que se aprueba el Instructivo Técnico para el Cumplimiento de los incisos f) y g) del artículo 4 de la Norma Técnica ("**Instructivo técnico**").

LA NORMA TECNICA ESTABLECE LAS SIGUIENTES OBLIGACIONES A LAS E.O:

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- ✓ Habilitar en sus redes, los estándares técnicos que permitan realizar mediciones remotas y sin la intervención del usuario.

- ✓ Instalar la herramienta de medición provista por el OSIPTEL, en los routers que comercialicen y permitan brindar el servicio de Internet Fijo Alámbrico o Inalámbrico, para la realización de mediciones remotas y sin la intervención del usuario, debiendo brindar las facilidades técnicas necesarias.

- ✓ Instalar la herramienta de medición provista por el OSIPTEL, de manera remota, en los aplicativos móviles de gestión de usuario de la operadora, para realizar mediciones remotas, y en segundo plano; debiendo brindar las facilidades necesarias.

- ✓ No descontar del plan de datos contratado, el tráfico cursado de las mediciones realizadas de forma automática, a través del sistema de medición automatizado: la operadora asumirá los costos de dicho tráfico.

- ✓ Remitir, a través de medios informáticos automatizados, el Registro de Abonados del servicio de Internet Fijo y Móvil al OSIPTEL, para el funcionamiento del sistema de medición automatizado, según lo indicado en el instructivo técnico, debiendo brindar las facilidades necesarias.

- ✓ Señala además que, bajo en ningún caso, se dará la recopilación de información protegida por la garantía del secreto de telecomunicaciones de los abonados. Aspecto a evaluar mas adelante.

LA NORMA TECNICA ESTABLECE ADEMAS LAS SIGUIENTES OBLIGACIONES A LAS E.O:

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- ✓ Brindar las facilidades técnicas al OSIPTEL que permitan al sistema de medición automatizado recopilar, en línea y en tiempo real, la información de las condiciones ambientales de medición, según lo indicado en el Instructivo técnico.
- ✓ Brindar las facilidades técnicas complementarias que sean necesarias para la correcta implementación y operación del sistema de medición automatizado, en los plazos que el OSIPTEL defina.
- ✓ Informar a los abonados del servicio de Internet Fijo y Móvil, sobre la implementación y/u operación del sistema automatizado de medición a ser desplegado por el OSIPTEL. Esa información será comunicada en los términos y plazos definidos por el OSIPTEL.
- ✓ Además, las empresas operadoras informarán en sus páginas web, lo siguiente: i) la instalación de los estándares técnicos y herramientas de medición dispuestas por OSIPTEL en los routers y equipos móviles; ii) la recopilación de información sobre el plan contratado del abonado que permita realizar las mediciones y el cálculo de los indicadores de calidad; iii) el tráfico de las mediciones no se descontará del plan contratado y la no afectación del servicio; iv) **que bajo en ningún caso, se dará la recopilación de información protegida por la garantía del secreto de telecomunicaciones de los abonados.**

SECRETO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES ABONADOS Y USUARIOS

¿Cuál es el marco legal del Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios del sector de las comunicaciones?

Derecho Constitucionalmente reconocido
Constitución Art. 2, Numeral 10, Derechos Fundamentales de la Persona:

> ***"Artículo 2.-*** *Toda persona tiene derecho: (…)*
>
> *6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.*
> *(…)*
> *10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus* ***comunicaciones*** *y documentos privados.*
> *Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo 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 resaltado es nuestro)*

¿Qué engloba el concepto protegido de comunicaciones?: El Tribunal Constitucional ha definido qué es lo que debe entenderse por "COMUNICACIONES": En la sentencia recaída en el Expediente N° 03599-2010-PA/TC[1], se estableció que la comunicación, al suponer un proceso comunicativo, "***no sólo es relevante en dicho concepto constitucional de comunicación, el mensaje comunicativo, sino todos los demás elementos que componen dicho proceso comunicativo***. *Así, se encuentran comprendidos los datos externos del mensaje, como los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros. Por otro lado, dado que lo que se busca proteger es la comunicación en sí misma o la libertad del proceso comunicativo en su conjunto, queda incorporado en dicho concepto constitucional de comunicación, cualquier etapa de dicho proceso, desde el inicio mismo (o acto de emisión) hasta la conservación del mensaje comunicativo por parte del receptor, luego de recibido el mensaje.*"

[1] https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03599-2010-AA.html

SECRETO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES ABONADOS Y USUARIOS

¿Cuál es el marco legal del Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios del sector de las comunicaciones?

-Así pues, el TC precisa que el contenido constitucionalmente protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, está constituido por, entre otras, la siguiente posición ius-fundamental: **"*El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) ningún aspecto de la comunicación, lo que incluye no sólo el mensaje o contenido de lo comunicado, sino los datos externos del mensaje, como los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros; los mismos que pueden tener, como ya se dijo, carácter íntimo o no*".**

DISPOSICIONES DE OSIPTEL:

- En ese orden de ideas, las disposiciones de OSIPTEL, pretenden obligar a las empresas móviles a incluir en el APP que han generado dichas empresas para mayor facilidad de sus usuarios –***en la que se maneja la relación comercial usuario – proveedor--,*** un sistema de medición automatizado de la velocidad mínima del Internet –***en que se maneja la relación usuarios – ente regulador***--, para efectos de supervisión.

- Un primer gran problema es que a través de este sistema, OSIPTEL va a obtener, directa o indirectamente (pero siempre vía el acceso a la APP de las móviles), información protegida por el Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de Datos Personales. En efecto, recordemos que los datos externos de la comunicación (llamadas o mensajes) están contemplados dentro del ámbito de protección.

SECRETO
DE LAS
TELECOMUNICACIONES
Y PROTECCION DE LOS
DATOS PERSONALES
ABONADOS Y
USUARIOS

¿Cuál es el marco legal del Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios del sector de las comunicaciones?

DISPOSICIONES DE OSIPTEL:

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Otro ejemplo del exceso de información que se está requiriendo, es la geolocalización y el tráfico de datos de cada usuario. Este exceso de información se evidencia ya sea que se solicite directamente a las empresas operadoras, o que se obtenga vía indirecta extrayendo la data del APP de las móviles que manejan los usuarios, ya que es información que se encuentra bajo la protección del Secreto de las Telecomunicaciones y los datos personales. Es decir, en tanto la información relacionada al lugar de origen de una llamada es similar a aquella relacionada a la localización o geolocalización de una persona y que puede ser obtenida por los operadores de telecomunicaciones, dicha información se encuentra plenamente protegida.

- Consecuentemente, al estar frente a un supuesto de inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones y protección de los datos personales, los supuestos de excepción de acceso a la información que está protegida por ese derecho, solo están referidos al consentimiento previo de los abonados o usuarios y a un mandato judicial.

PERO ¿OSIPTEL PUEDE ACCEDER A ESTA INFORMACION PROTEGIDA PARA SUPERVISAR LA CALIDAD DEL SERVICIO? Efectivamente, la Ley ha contemplado que OSIPTEL puede acceder a esta información, sólo en los siguientes escenarios:

1. Consentimiento previo y expreso, debidamente informado, en forma clara, de los abonados y usuarios.
2. Por Mandato Judicial.
3. En Acciones de Supervisión, haciendo uso de las facultades amplias que tiene el Regulador.

Veamos cada uno de estos escenarios al detalle...

SECRETO
DE LAS
TELECOMUNICACIONES
Y PROTECCION DE LOS
DATOS PERSONALES
ABONADOS Y
USUARIOS

¿Cuál es el marco legal del Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios del sector de las comunicaciones?

CONSENTIMIENTO, MANDATOS JUDICIALES, FACULTADES DE SUPERVISION

NAKAGAWA
CONSULTORES
REGULATORIOS

1. **Consentimiento:** Para el tratamiento de los datos personales se necesita el consentimiento expreso del abonado o usuario, que es titular del dato personal. Sólo en casos muy concretos, la ley puede autorizar que no se requiera el consentimiento (hipótesis establecidas por Ley expresa, que no es el caso que nos ocupa). El consentimiento del titular debe ser libre, voluntario, previo, temporal, proporcional, debidamente informado, y ello involucra, que se identifique claramente las razones por las que se solicita dicha autorización, que se identifique a la entidad que será Base de Datos, la seguridad, la temporalidad, entre otros aspectos.

El consentimiento del abonado/usuario es indispensable, ya que parte del reconocimiento del derecho que toda persona tiene a controlar la información personal que comparte con terceros, así como el derecho a que ésta se utilice de forma apropiada, es decir, de forma que no la perjudique.

OSIPTEL plantea transmitir mensajes a través de las mencionadas APP, a través de los cuales, es factible que incluya la información que se requiera (y a través de "un click") se logre el consentimiento de los abonados y usuarios, pero este "consentimiento" ha sido logrado a través de "subirse al good will de las empresas proveedoras" ya que los abonados/usuarios, podrán suponer que su empresa de confianza, valida la entrega de esta información personal, la metodología, las medidas de resguardo, la seguridad en su adecuado uso, e incluso, su posterior destrucción, entre otros.

En suma, si de un "click tecnológico" se trata, ¿por qué OSIPTEL no lanza su propio APP en lugar de subirse a las APP de las empresas que, con esfuerzo, han creado una relación sólida y transparente con sus abonados/usuarios? Hay claro riesgo de confusión y pérdida de Clientes.

SECRETO
DE LAS
TELECOMUNICACIONES
Y PROTECCION DE LOS
DATOS PERSONALES
ABONADOS Y
USUARIOS

¿Cuál es el marco legal del Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios del sector de las comunicaciones?

CONSENTIMIENTO, MANDATOS JUDICIALES, FACULTADES DE SUPERVISION

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

La confusión que se va a generar en los Clientes que manejan la APP generada por las empresas se acentúa con la obligación que ha impuesto el Regulador, que dichas empresas, informen a sus usuarios que "*no se está recopilando información protegida por el Secreto de las Telecomunicaciones"*.

Es muy importante que el mensaje sea sumamente claro e indique que es el Regulador, en cumplimiento de la normativa vigente, quien solicita la recopilación de la información y quien la va a guardar.

2. **Mandatos Judiciales:** Las empresas tienen establecidas por Ley expresa, la entrega de información protegida por el Secreto de las Telecomunicaciones y la Información personal de los abonados, cuando medie una decisión judicial, lo que implica, que se cumple la orden del Juez, en los extremos y el plazo que éste establezca. Le corresponde a dicha autoridad judicial verificar previamente que se cumpla las hipótesis y requisitos normativos.

CONSENTIMIENTO, MANDATOS JUDICIALES, FACULTADES DE SUPERVISION

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

3. **Facultades de Supervisión**: La Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL, establece que no constituye violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal, el acceso que tenga OSIPTEL a la información necesaria para cumplir sus funciones y, particularmente, el ejercicio que haga de las facultades contempladas en el Artículo 15 de la referida Ley.

¿Que dispone el referido Art. 15?: Establece las amplias facultades de OSIPTEL para requerir información a las empresas, y que se entrega como consecuencia de una **ACCIÓN DE SUPERVISIÓN**. En ningún supuesto, la Ley ha establecido que los instrumentos de gestión comercial (las APP) sean vehículos para que OSIPTEL extraiga data, directa o indirectamente, para efectos de supervisión (como la que ha considerado las disposiciones regulatorias).

- En efecto, OSIPTEL cuenta con facultades de supervisión establecidas en la Ley 27336, cuyo **Art. 8**, relativo al *Secreto e Inviolabilidad de las Comunicaciones,* establece que (i) en ningún caso, la autoridad competente puede solicitar información que signifique la violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, a que se refiere el inciso 10) del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, y (ii) que no constituye violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal, el acceso que tenga OSIPTEL a la información necesaria para cumplir sus funciones y, particularmente, el ejercicio que haga de las facultades contempladas en el Artículo 15 de la presente Ley. En ningún caso OSIPTEL podrá exigir la presentación de información que revele el contenido de las comunicaciones."

FACULTADES DE SUPERVISION Y EL SECRETO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES ABONADOS Y USUARIOS

- En suma:

- En la medida que la información que (i) recabarán las empresas, en el marco de sus aplicativos de usuarios, y que OSIPTEL les está solicitando directamente o (ii) que extraerá OSIPTEL, mediante la inclusión de su sistema de medición automatizado en los APP de las empresas móviles, será recopilada a partir de la relación comercial que tienen dichas empresas con sus abonados y usuarios, corresponderá a los operadores de telecomunicaciones mantener la confidencialidad de dicha información, sin que la misma pueda ser compartida a terceros.

- Si bien el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones prevé supuestos de excepción a la compartición o entrega de la información obtenida del curso de los negocios de los operadores de telecomunicaciones, ninguno de esos supuestos está referido a mandatos legales de autoridades, como son las resoluciones de OSIPTEL.

- En ese sentido, los operadores de telecomunicaciones no pueden levantar la confidencialidad de la información que obtienen del curso de sus negocios **si el titular de esos datos no ha brindado su consentimiento y si no media un mandato judicial**; bajo ese supuesto, los concesionarios móviles no podrían compartir con OSIPTEL la información que obtengan de sus aplicativos móviles; de lo contrario, los operadores móviles contravendrían lo dispuesto por el artículo 13 del Reglamento de Telecomunicaciones, que regula la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones y la protección de los datos personales.

LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES – LEY 29733

PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES

Marco Legal de Protección a los datos personales contenido en la Ley de Protección de Datos, Ley 29733.

- ✓ Esta Ley tiene por objeto, garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución. Es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles.

- ✓ Se exceptúa de esta Ley, a los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, sólo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito. No se ha considerado por necesidades de supervisión para la calidad de servicio.

- ✓ A su vez, el Art. 14 de esta Ley, dispone que no se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias. Este supuesto no es aplicable, al tratarse de información protegida por normativa sectorial, como es, la relativa al; Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de Información Personal de los abonados y usuarios (norma especial prima sobre la general).

PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES

Marco Legal de Protección a los datos personales contenido en la Decisión 897

DECISIÓN N° 897: Sustituye la Decisión 638 de la Comisión de la Comunidad Andina relativa a los Lineamientos para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

"**Artículo 4.- Derecho a la protección de datos personales**

Se reconoce y garantiza el derecho que tienen todos los usuarios de la Comunidad Andina al debido tratamiento de sus datos personales y a la titularidad sobre los mismos, así como el derecho de acceso, uso, rectificación, eliminación, cancelación, oposición, **limitación al tratamiento** o circulación de los mismos y a la portabilidad de su información. **El tratamiento de datos personales se rige por los principios de licitud; lealtad; legitimación; transparencia; finalidad; proporcionalidad; calidad, veracidad y exactitud; seguridad; confidencialidad y responsabilidad demostrada**. El tratamiento de datos personales puede ejercerse libremente dentro de la Comunidad Andina, siempre y cuando se pruebe que el usuario haya dado su consentimiento previo, expreso, libre e informado, manifestando inequívocamente la autorización para el mismo, salvo que se trate de datos personales que por mandato de la normativa interna de cada País Miembro de la Comunidad Andina no sea necesaria la autorización. (…)" (el resaltado es nuestro)

Estos Principios son de aplicación, aun cuando se trate de una excepción (por Ley) al consentimiento. En el presente caso bajo análisis, al no existir esta excepción con rango de Ley, debe solicitarse el consentimiento previo, expreso, libre e informado manifestando inequívocamente la autorización.

DECISIÓN N° 897

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES

Marco Legal de Protección a los datos personales contenido en la Decisión 897

"**Artículo 4.- Derecho a la protección de datos personales (…)**
La autorización para el tratamiento de los datos personales debe cumplir al menos los siguientes requisitos:

1. Que los usuarios hayan sido informados individualmente de **manera previa, clara y exacta** del titular y domicilio de la base de datos o del responsable del tratamiento, de la existencia de la base de datos donde se almacenarán, de los tipos de datos o conjunto de datos que serán tratados, así como de la finalidad específica y la duración del tratamiento.
2. Que los usuarios hayan sido informados que pueden revocar su consentimiento o que pueden ejercer los derechos previstos en esta Decisión y de los mecanismos sencillos, útiles y eficientes para ejercer los mismos.
3. La identidad de los que son o pueden ser los destinatarios, las consecuencias de la negativa a proporcionar sus datos, y de la transferencia nacional o internacional que se efectúe.

El tratamiento de los datos personales no puede ser cedido, o cualquier figura similar, a terceras personas, salvo con el consentimiento expreso de los usuarios.
No se podrán utilizar medios engañosos o fraudulentos para recolectar y realizar el tratamiento de datos personales.
Se prohíbe realizar un tratamiento de datos para finalidades distintas a las autorizadas por los usuarios. (…)" *(el resaltado es nuestro)*

Interesa en forma especial que los DATOS PERSONALES no pueden ser recolectados a través de "medios engañosos" y si bien no es el supuesto en el presente caso, "recolectar" la data bajo el paraguas de la imagen empresarial de un tercero (la empresa operadora) genera grave riesgo de confusión respecto al titular de la acción (OSIPTEL).

NORMATIVA EUROPEA SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES

Marco Legal de Protección a los datos personales en la Normativa Europea

El Tribunal Constitucional Español establece la independencia del derecho fundamental a la protección de datos. Lo caracteriza como un derecho **más amplio que el de la intimidad**, que persigue garantizar a los individuos un poder de disposición y control sobre sus datos (a similitud que lo ha hecho el TCC Peruano). Referencias: artículo 8 ap. 1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículo 16 ap. 1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por su parte, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (2016) se da contenido a los siguientes principios:

LICITUD: (i) Cons. 40: Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales **deben ser tratados con el consentimiento del interesado** o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, y (ii) Cons. 46: El tratamiento de datos personales también debe considerarse **lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial** para la vida del interesado o la de otra persona física.

LEALTAD Y TRANSPARENCIA: Artículo 12 RGPD: El responsable del tratamiento facilitará al interesado toda información en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.

NORMATIVA EUROPEA SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES

Marco Legal de Protección a los datos personales contenido en la Normativa Europea

LIMITACIÓN DE LA FINALIDAD: Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines.

MINIMIZACIÓN: Cons. 156: El tratamiento de datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos debe estar supeditado a unas garantías adecuadas que deberán asegurar que se aplican medidas técnicas y organizativas para que se observe, en particular, el principio de minimización de los datos, .

Sobre la minimización, además de ser un principio, también es uno de los pilares (son 8 en total) de las estrategias del diseño de la privacidad que conforman la Privacidad desde el Diseño.

LIMITACIÓN DEL PLAZO DE CONSERVACIÓN: La conservación de datos debe limitarse en el tiempo al logro de los fines. Lograda dicha finalidad, se debe realizar su borrado, bloqueo, anonimización, etc.

¿Como se aplican las Normas del Sector Comunicaciones y las Normas respecto a Protección de Datos?

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Ambos cuerpos normativos se complementan. En efecto, la Ley de Protección de Datos, Ley 29733, protege los datos personales, de cualquier base de datos, pública o privada, entidades públicas o privadas. Resulta de aplicación complementaria a la normativa relativa al Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de los Datos y/o información personal de los abonados y usuarios que, al ser normas especiales del Sector Comunicaciones, son de aplicación de primer nivel y el ente rector es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- Así pues, en lo no previsto en la normativa sectorial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se aplica lo dispuesto por la Ley No 29733, y su Reglamento; dispositivos que tienen por objeto garantizar el derecho a la protección de los datos personales y cuyo órgano a cargo, es el Ministerio de Justicia a través de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

- Sólo por norma con rango de Ley se puede autorizar el uso de los datos personales sin consentimiento de su titular, y en la cual, se incluya las protecciones correspondientes para garantizar su tratamiento. Por ello, es que el Proyecto de Ley 7216/2020-PE, del 24 de febrero del 2021, que aprueba disposiciones para la implementación y operación del Sistema Único de Emergencias y Urgencias –Sistema 911 (*) propuso la entrega de la geolocalización --vía norma con rango de Ley-- en función de la emergencia que involucra este tipo de llamadas (salvar vidas). Es de precisar que este precedente, fue aprobado tanto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como por el Ministerio de Justicia.

(*) Ver web Congreso

QUE FUE LO QUE HA ESTABLECIDO EL INSTRUCTIVO TÉCNICO RESOLUCIÓN 305-2021-GG?

Instructivo Técnico aprobado por OSIPTEL para la medición del Internet Móvil

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

Parámetros técnicos

No necesarios

Marca
IMEI
Modelo
Sistema operativo
Ubicación
Cell ID
Tecnología
Intensidad
Capacidad
Consumo de datos
Fecha
Hora
% de batería
Cantidad de núcleos
% uso RAM
Memoria ROM
% uso memoria ROM

Nro. Telefónico

IMSI

Información de abonados

Nombre del abonado
Nombre del plan
Código de plan tarifario
Fecha de alta
Velocidad de bajada
Velocidad de subida
% garantizado
Capacidad total de datos
Tipo de plan contratado

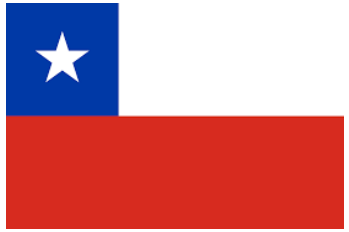
La mayoría de parámetros no son necesarios para medir la velocidad de internet.
Sólo los resaltados en amarillo.

QUE NOS DICE LA COMPARACIÓN INTERNACIONAL?

Medición de Velocidad de Internet

APP de la FCC
Información anónima

La APP no recolecta información personal como nombre, número telefónico, ubicación, o identificación asociada al dispositivo, sin permiso



La app será única en cuanto a su código fuente y deberá cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en el referido Anexo 1 e indicar que se trata de la aplicación de medición administrada y operada por el OTI.

Está en elaboración.
Medición de la velocidad.
Tráfico zero rating

ISP deben ofrecer app o utilizar alguna aceptada a nivel internacional
Utilizan link con convenio Speedtest

No se recolecta información personal.

IFT implementó su propio SpeedTest - Conoce tu velocidad - para medir velocidad de internet fijo

No se recolecta información personal.

Medición de Velocidad de Internet

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Información limitada para medir el servicio de internet.
- **Información anónima**: SÍ.
- **Ubicación:**
  - Si está habilitada, nombre de la red y ubicación.
  - Para medir la velocidad, no es necesario compartir la ubicación. Se accede a la *app* limitada.
- **Recolección de data**: Información de la fecha y hora de las mediciones. No es permanente.
- **Información Dispositivo:** Fabricante, modelo y versión del sistema operativo
- **Información de red:** Proveedor de servicio, performance de la conexión (fuerza y calidad de la señal) y tipo de conexión.
- **Velocidad de conexión:**
  - Velocidad de subida y bajada, latencia y medición de paquete perdidos.

Fuente: *https://www.fcc.gov/general/mobile-broadband-performance-application-privacy-notice-and-terms-use*

Medición de Velocidad de Internet

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Se mide la velocidad con el objetivo que los usuarios puedan implementar las medidas correctivas y/o compensatorias que estime pertinentes
- **Información anónima**: No. Se recolecta IMEI, SIMcard, número telefónico, IP.
- **Ubicación: Sí**
- **Recolección de data**: Información de la fecha y hora de las mediciones.
- **Información Dispositivo:** Fabricante, modelo y versión del sistema operativo, porcentaje de uso de memoria del equipo, frecuencias utilizadas por el equipo móvil.
- **Información de red:** Proveedor de servicio, performance de la conexión (fuerza y calidad de la señal) y tipo de conexión.
- **Velocidad de conexión:**
  - Velocidad de subida y bajada, latencia y medición de paquete perdidos.

Fuente: RESOLUCIÓN 403 EXENTA

Medición de Velocidad de Internet

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Se mide la velocidad con el objetivo de evaluar la velocidad ofrecida a los usuarios.
- **Información anónima**: Sí. Sólo se recolecta IP.
- **Ubicación: Sí pero de forma anónima.**
- **Recolección de data**: Información de la fecha y hora de las mediciones.
- **Información Dispositivo:** No.
- **Información de red:** Proveedor de servicio, performance de la conexión y tipo de conexión.
- **Velocidad de conexión:** Subida, bajada y latencia.
- **Aplicación**: la metodología crowdsourcing, con datos proporcionados por la aplicación Speedtest, desarrollada por la empresa Ookla. Muestra de 17 ciudades principales, capitales de departamento y que contaran al menos con 200 mil habitantes.

Fuente: Resolución CRC 5050 de 2016 y Data Flash 2022-016 - Mediciones de calidad desde la experiencia del usuario

Medición de Velocidad de Internet

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Se mide la velocidad con el objetivo de garantizar los derechos de los usuarios de internet.
- **Información anónima**: Sí. Se recolecta IP.
- **Ubicación: Sí pero de forma anónima.**
- **Recolección de data**: Información de la fecha y hora de las mediciones.
- **Información Dispositivo:** No
- **Información de red:** Proveedor de servicio, performance de la conexión y tipo de conexión.
- **Velocidad de conexión:**
  - Velocidad de subida, bajada y latencia.
- Permite al usuario presentar su reclamo

Fuente: *https://www.ift.org.mx/conocetuvelocidad*

PROPUESTA: QUE TAL SI REVISAMOS TODOS?

ES NECESARIO QUE ANALICEMOS CON PRUDENCIA LO SIGUIENTE:

- ✓ Hagamos un ejercicio: Como usuarios, están de acuerdo en que se entregue en tiempo real, ¿“su” información contenida en el Instructivo técnico?: (i) “Ubicación georreferenciada del equipo terminal móvil (longitud, expresado en grados decimales, con al menos 5 dígitos de precisión -xx.abcde).” **(su ubicación),** (ii) “Ubicación georreferenciada del equipo terminal móvil (latitud, expresado en grados decimales, con al menos 5 dígitos de precisión -yy.abcde).” **(su ubicación),** y (iii) “Consumo de datos del plan adquirido, expresado en Gigabytes (GB).” **(su capacidad económica)**

- ✓ En caso le sea requerido el consentimiento previo (entendemos que asi debiera ser), (i) quien garantiza que los usuarios lean todas las condiciones?, (ii) que exista un cabal entendimiento?, y (iii) que no infieran que su empresa operadora está garantizando el buen uso de esa información? (cuando se va a ir a una Base de una entidad estatal)

POR TANTO:

- ✓ OSIPTEL viene efectuando esfuerzos loables para monitorear correctamente la Velocidad Minima Garantizada, pero para no violar las obligaciones (POR LEY) relativas al Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de los Datos Personales debe requerir el consentimiento previo de los usuarios. Para estos efectos, deben aplicarse los dos regímenes legales: Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de la Información Personal de los usuarios, cuyo ente rector es el MTC, y en forma supletoria, la Ley de Protección de Datos, cuyo ente rector es el MINJUS.

CAMINANDO DESPACIO, SE LLEGA LEJOS ….Y ….NO POR MUCHO MADRUGAR SE AMANECE MAS TEMPRANO….

- ✓ En el supuesto negado que OSIPTEL considere que se encuentra exento de solicitar el consentimiento al ser una entidad pública, ello no es factible ya que (i) es data que se encuentra protegida por el Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la Información Personal de los usuarios, cuya entrega requiere de Ley expresa (o consentimiento), y (ii) aun como entidad pública, no se encuentra exento de la aplicación de los principios contenidos en la LPDP, es decir, que OSIPTEL no ha definido de manera clara e inequívoca, la finalidad para la cual requerirá cada uno de los parámetros técnicos contenidos en el Instructivo técnico, con lo cual no cumpliría con el principio de finalidad y proporcionalidad de la LPDP.

- ✓ Al acceder a información sin respetar los principios de finalidad y proporcionalidad, podría generar riesgos a la intimidad o privacidad de los abonados o usuarios, al tratarse de datos personales según lo manifestado por la Decisión 897 y la opinión consultiva emitida por el MINJUS en materia de metadatos, y lo dispuesto por el artículo 13 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

Recomendaciones Finales:

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

- Una buena calidad de los servicios de las telecomunicaciones, es esencial. El problema en la normativa del Regulador no es el fin, son los medios.

- A pesar de los resguardos que se deben brindar, hay fuga de datos personales de entidades públicas, ¿qué y quién garantiza que eso no siga sucediendo? ¿El Regulador ha realizado el debido sustento técnico y evaluación de alternativas, para definir la información que solicitará a las EO? Consideramos que no.

- En vista a las actuales circunstancias en que no hay restricciones de movilidad, sería importante contar con una opinión consultiva (i) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente rector respecto al Secreto de las Telecomunicaciones y la Protección de la información personal de los abonados y usuarios, y (ii) de la Autoridad de Datos del MINJUS, quienes podrán evaluar las disposiciones emitidas por el Regulador y establecer, las salvaguardas y parámetros que correspondan.

- Siendo las EO, depositarios de la obligación de salvaguardar la confidencialidad de sus datos personales, que consideramos indispensable --para garantizar la transparencia y el acceso a la debida información a los usuarios--que el Regulador desarrolle su propio APP, como la FCC (USA). Al ser una APP nueva que requiere de instalación detallada e informada previa, se garantiza el debido consentimiento de los ciudadanos para la finalidad de supervisión. Las prácticas de México y Colombia son menos intrusivas, dado que utilizan APPs ya existentes y que recopilan información anonimizada y brindan Big Data.

"Al Rey, la hacienda y la vida se han de dar, pero el honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios"

(Calderón de la Barca. "El Alcalde de Zalamea")

NAKAGAWA CONSULTORES REGULATORIOS

"Una restricción de un derecho tiene lugar cada vez que se produce una acción del estado que deniega o impide que el titular del derecho lo ejerza de acuerdo a la plenitud del supuesto del supuesto de hecho de dicho derecho. Esto es todo lo que se requiere; en consecuencia, una restricción al derecho ocurre ya sea de forma significativa o marginal; ya sea si se relaciona con el núcleo del derecho o con su penumbra; ya sea si ocurre de manera intencional o no; o ya sea si se lleva a cabo por un acto o por una omisión (cuando existe un deber positivo de proteger el derecho). De hecho, toda restricción es inconstitucional, a menos que sea proporcional. ***Sólo cuando la disposición legal que restringe el derecho fundamental es proporcional –solo cuando ella cumple con los requerimientos que establece la cláusula restrictiva—podemos decir que la restricción es válida****. Sólo entonces puede el derecho fundamental coexistir de manera pacífica con su restricción." (el resaltado es nuestro)*

Aharon Barak. "Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones". Ed. Palestra. Lima, 2017.

Gracias! Y, Próxima entrega….

Evaluacion de las mejoras necesarias en materia de Contratos APP en el sector transportes…. Y, cómo hacemos para tener más ATUs a nivel nacional? Que hacemos con Saneamiento? Entre otras.