

Lima, 25 de septiembre de 2023

Señores. -

AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Presente. -

Asunto: Comentarios al Proyecto de Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, dispuesto por Resolución Ministerial N° 0270-2023-JUS

Por medio de la presente, nos dirigimos a ustedes con ocasión de la publicación para comentarios del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (el "Proyecto de Reglamento"), el cual reemplazaría la versión actual aprobada por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS (el "Reglamento").

Al respecto, saludamos este proceso de revisión de la normativa vigente liderado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (la "ANPDP"), el cual resulta importante dado el transcurso del tiempo, el desarrollo de la legislación comparada y la jurisprudencia nacional, y los avances tecnológicos; aspectos que influyen en el tratamiento de datos personales. En este contexto, respetuosamente ponemos a disposición de la ANPDP nuestros comentarios al Proyecto de Reglamento a fin de coadyuvar a la aprobación de una norma **legal, razonable y equilibrada**.

En efecto, la actuación de la ANPDP, al igual que la de cualquier órgano de la Administración, se encuentra delimitada por parámetros de *legalidad*. En el caso que nos ocupa, uno de dichos parámetros es que la propuesta de reglamento sea compatible con lo que indica la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (la "LPDP"), concretamente, el Proyecto de Reglamento no podrá exceder o contravenir la LPDP. Asimismo, el Proyecto de Reglamento debe ceñirse a parámetros de *razonabilidad*, esto es, tienen que evaluarse seriamente los beneficios y costos asociados a los cambios normativos propuestos, optando por aquella alternativa de regulación que resulte proporcional e idónea a la finalidad perseguida. Finalmente, la propuesta normativa debe ser *equilibrada*. De un lado, ello implica evaluar qué obligaciones del plano comparado pueden ser implementadas en nuestra jurisdicción, considerando nuestra realidad y los alcances propios de la LPDP. De otro lado, si bien constituye un objetivo válido robustecer el tratamiento de los datos personales, debe cuidarse que no se generen limitaciones innecesarias a la libre iniciativa privada que constituye parte esencial de nuestro modelo constitucional económico.

I. EL PROYECTO DE REGLAMENTO NO PUEDE CREAR CATEGORÍAS NO PREVISTAS EN LA LPDP

Como no escapará del conocimiento de la ANPDP, la aprobación de toda norma requiere de un escrupuloso cumplimiento de las obligaciones legales existentes y de los procedimientos vigentes. En otras palabras, al margen de las intenciones de la entidad, cualquier actuación pública debe materializarse siempre desde el respeto y la observancia de las leyes o, lo que es lo mismo, debe observar el Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad se encuentra previsto expresamente en el artículo IV, numeral 1.1, del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y establece que las autoridades deben respetar el marco constitucional y legal en el desarrollo de sus funciones, no pudiendo extralimitar las facultades otorgadas en dicha normativa:

TUO DE LA LPAG

“TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. - *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”*

De forma similar, el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo,¹ establece que las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico.

Traemos a colación el Principio de Legalidad pues la LPDP contiene definiciones, derechos y obligaciones específicas que su reglamento -por su propia naturaleza- se encuentra en capacidad de desarrollar. Sin embargo, una norma de carácter reglamentario no debe (ni puede) exceder los alcances de la ley que debe desarrollar pues, de lo contrario, nos encontraremos ante una conducta contraria al Principio de Legalidad. Lamentablemente, observamos que dicha situación podría materializarse en el presente caso de llegarse a aprobar el Proyecto de Reglamento. Ello debido a que la propuesta normativa buscaría introducir definiciones, derechos y obligaciones

¹ **Ley 29158. LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO.**

Artículo I.- Principio de legalidad

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.

que no cuentan con respaldo legal en la LPDP, excediendo las facultades reglamentarias de una norma de desarrollo. Veamos.

El Proyecto de Reglamento buscaría introducir, entre otras disposiciones, las siguientes:

- **Artículo V.5.2 del Título Preliminar – Ámbito de aplicación territorial (en lo referente a la designación de un representante en el territorio peruano)**
- **Artículo 35 – Notificación del incidente de seguridad de los datos personales**
- **Artículo 38 – Designación del Oficial de Datos Personales**
- **Artículo 69 – Portabilidad de Datos Personales**

En primer lugar, hacemos notar que la actual LPDP no contiene regulación alguna sobre lo que es un incidente de seguridad o un Oficial de Datos Personales. Tampoco recoge el derecho a la portabilidad o la obligación de designar a un representante en territorio peruano. Es decir, se tratan de disposiciones que, por primera vez, se buscarían introducir a nuestra legislación.

Al respecto, hacemos notar respetuosamente a la ANPDP que la forma correcta de introducir dichas categorías a la legislación de datos personales, de ser el caso, sería a través de una modificación a la LPDP. Es más, este fue el camino que siguió el propio Poder Ejecutivo -sin éxito en su momento- a través del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE (el “PL 7870”).²

El PL 7870 proponía la modificación de los artículos 2, 18 y 28 de la LPDP, así como la incorporación del artículo 23-A. Concretamente, a través de la modificación del artículo 2, se proponía introducir la definición de incidente de seguridad, oficial de datos personales y representante. Por su parte, a través de la modificación del artículo 28 se proponía la obligación de designar a un representante en territorio peruano. A su turno, el artículo 23-A crearía el derecho a la portabilidad de los datos personales. Cabe indicar que, con motivo de la elaboración del PL 7870, la ANPDP desarrolló la Exposición de Motivos que justificaba la necesidad modificar la LPDP, esto es, introducir un cambio a nivel de norma con rango de ley.³ Pero el PL 7870 no fue aprobado a efectos de que se constituyera en una ley del Congreso, susceptible de modificar la LPDP.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento no aborda este cambio de postura por parte de la ANPDP que, en la actualidad, propone introducir las mismas categorías (designación de un representante en territorio peruano, la notificación de incidentes de seguridad, la designación de un oficial de datos personales y el derecho de portabilidad) mediante el Proyecto de Reglamento, esto es, mediante una norma con rango infra legal.

² Ver link del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE:
<https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/f361da6ce6b6fc2e052586f000779bcc?OpenDocument>.

³ Páginas 26 a 29 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE.

Sobre el particular, consideramos pertinente señalar que, el hecho de que el PL 7870 no haya tenido éxito, disponiéndose su archivo, no constituye una justificación válida para plantear las mismas disposiciones a través del Proyecto de Reglamento. Asimismo, resaltamos que el artículo 28 de la LPDP (modificado en el año 2017), el cual establece que el titular y responsable del banco de datos deberán cumplir con las obligaciones establecidas en “*esta Ley y en su reglamento*”, no constituye la base legal para estos cambios. Ello debido, según se ha indicado anteriormente, a que la función de un reglamento es, precisamente, reglamentar lo que establece la ley. En ese sentido, las obligaciones que se establezcan a través del reglamento de la LPDP, para ser coherentes con el Principio de Legalidad, necesariamente deben estar vinculadas con una disposición existente en la LPDP. Lo contrario nos llevaría a una situación en la cual, a partir del año 2017, se cuenta con carta abierta para modificar la totalidad del régimen legal previsto en la normativa de datos personales únicamente a través de normas de carácter infra legal, situación claramente incompatible con el ordenamiento jurídico.

En caso, ilegalmente, se aprobará el Proyecto de Reglamento, incorporando las disposiciones señaladas, las mismas serán eventualmente anuladas o declaradas ineficaces o inaplicables por las autoridades competentes, por haber excedido las disposiciones de la LPDP.

En segundo lugar, en lo que concierne a la notificación de incidentes de seguridad (artículo 35) y al derecho de portabilidad de datos personales (artículo 69), estos supuestos ya cuentan con antecedentes en otros sectores, en los cuales se aprobaron mediante normas con rango de ley. De un lado, la obligación de notificación de incidentes de seguridad digital se encuentra previsto en el artículo 9.1, literal a), del Decreto de Urgencia N° 007-2020, Decreto de Urgencia que aprueba el Marco de Confianza Digital y dispone medidas para su fortalecimiento. De otro lado, el derecho de portabilidad de los usuarios móviles del sector de las telecomunicaciones se encuentra previsto en el artículo 1 de la Ley N° 28999, Ley de Portabilidad Numérica en los Servicios Móviles. La citada Ley N° 28999, en su artículo 2, reconoce el derecho de portabilidad y le concede fuerza de ley, en la medida que originalmente se encontraba establecido en una norma con rango inferior a la ley.⁴ Ambos antecedentes han sido advertidos en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento para fundamentar su inclusión en el referido proyecto, cuando en realidad constituyen evidencia de que la vía reglamentaria no era la idónea.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que la designación de un representante en territorio peruano, la notificación de incidentes de seguridad, la designación de un oficial de datos personales y el derecho de portabilidad, propuestas normativas del Proyecto de Reglamento, resultarían contrarias el principio de legalidad. Ello debido a que no cuentan con cobertura en la LPDP, resultando incluso contrario al camino seguido a través del PL 7870 y a los antecedentes normativos descritos para supuestos equivalentes.⁵

⁴ Artículo 12 del Título I, Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú, incorporado por el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC al Decreto Supremo N° 020-98-MTC.

⁵ Evidentemente, en la medida en que la propuesta normativa no cuenta con cobertura en la LPDP, tampoco se podrían imponer sanciones sobre la base de dichas conductas en el Proyecto de Reglamento. A modo de ejemplo,

Finalmente, resaltamos que, si las propuestas normativas descritas en el párrafo previo se materializan en un nuevo reglamento, existe una alta probabilidad de que se interponga una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (la “CEB”), órgano competente para disponer la inaplicación de aquellas barreras burocráticas calificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad.⁶

Lo anterior se debe a que el INDECOPI ha sostenido reiteradamente que una norma reglamentaria no puede establecer disposiciones adicionales o exceder lo establecido en una ley (i.e, barrera burocrática ilegal).⁷ Muestra clara de ello es la reciente publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI, a través de la cual se dispuso la inaplicación con efectos generales de las barreras burocráticas ilegales contenidas en el Reglamento de Tercerización Laboral (modificación aprobada por Decreto Supremo N° 001-2022-TR). En efecto, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo buscó introducir un escenario no previsto en la ley que alegaba reglamentar (i.e, la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa), generando más de 500 denuncias administrativas que fueron declaradas fundadas por INDECOPI (procedimientos en los que también se otorgaron medidas cautelares en favor de los administrados).

En atención a lo expuesto, respetuosamente solicitamos a la ANPDP reconsiderar la aprobación de las disposiciones descritas en esta sección a través del Proyecto de Reglamento, debido a que su correcta aprobación sería a través de una norma con rango de ley.

a través del numeral 12 del artículo 141 del Proyecto de Reglamento se introduce como un nuevo tipo infractor grave la falta de comunicación a la ANPDP de un incidente de seguridad.

⁶ El análisis de legalidad evalúa si la disposición, acto o exigencia se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente que la emitió; si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos para su emisión y si se han contravenido normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal. A su turno, el análisis de razonabilidad evalúa si la disposición, acto o exigencia es arbitraria, es decir, si se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como la existencia de un problema concreto y la idoneidad de la medida con relación a sus fines; y si la medida es proporcional, esto es, si existen beneficios mayores que el impacto negativo generado y si existen otras alternativas menos gravosas que pueden lograr el mismo objetivo.

⁷ Por ejemplo, en la Resolución N° 0583-2017/CEB, el INDECOPI evaluó si el personal técnico que labora en las farmacias y/o boticas debe encontrarse titulado como tal, exigencia materializada en el artículo 43 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2011-SA. Al respecto, se concluyó lo siguiente:

“27. En el presente caso, el Ministerio, al establecer a través del Reglamento que el personal técnico en farmacia que labora en las farmacias y boticas debe ser titulado, excede sus competencias, en tanto de la lectura de la Ley N° 29459, no se advierte que el personal técnico, deba ser asumido, únicamente, por aquellos que cuenten con un título.

28. En tal sentido, el Reglamento se encuentra transgrediendo la Ley N° 29459, al establecer un supuesto que no fue contemplado, en la medida que lo dispuesto en dicho reglamento únicamente puede desarrollar la ley que justifica su creación”.

II. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DEBE EVALUAR LOS BENEFICIOS Y COSTOS DE SU IMPLEMENTACIÓN

Según se ha indicado en la parte introductoria, el Proyecto de Reglamento debe observar parámetros de *razonabilidad*, esto es, deben evaluarse seriamente los beneficios y costos asociados a los cambios normativos propuestos, optando por aquella alternativa de regulación que resulte proporcional e idónea a la finalidad perseguida. El camino para ello, en principio, debería ser el Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (“AIR Ex - Ante”) previsto en el Decreto Legislativo N° 1565, Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria:

Artículo 5.- Instrumentos de mejora de la calidad regulatoria

5.1 Los instrumentos de mejora de la calidad regulatoria son herramientas de políticas públicas que permiten a las entidades públicas adoptar decisiones debidamente sustentadas sobre la necesidad de emitir o no una norma, modificarla o derogarla, en beneficio de la sociedad.

5.2 De manera enunciativa y no limitativa, son instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria, los siguientes:

(...)

2. Análisis de impacto regulatorio Ex Ante - AIR Ex Ante

Tiene por objeto el análisis previo, sistemático e integral para identificar, evaluar y medir los probables resultados, beneficios y costos de distintas alternativas de solución regulatorias y no regulatorias de un problema público, considerando la identificación y el análisis de riesgos, con el fin de adoptar la mejor alternativa de intervención en base a evidencia. Si la alternativa resultante de la evaluación correspondiente es una regulación, su desarrollo debe ser coherente y consistente con el ordenamiento jurídico vigente, así como establecer los mecanismos para su cumplimiento y monitoreo permanente además del desempeño de la regulación.

(...).”

Tal como puede observarse, el AIR Ex – Ante resulta una herramienta útil para las entidades del Poder Ejecutivo a fin de evitar la aprobación de disposiciones que impacten irrazonablemente en los administrados.

En el presente caso, sin embargo, según lo informado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento, la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria dispuso que el referido proyecto sea exceptuado de dicho análisis.⁸ En ese sentido, a la fecha, según entendemos, el Proyecto de Reglamento no contaría con una evaluación de rigor equivalente a la que ofrece el AIR Ex – Ante para determinar los beneficios, costos, alternativas, entre otros, de emitir las disposiciones previstas en el Proyecto del Reglamento. De ser ello correcto, nuevamente,

⁸ Página 48 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento.

existiría una alta probabilidad de que el Proyecto de Reglamento, de ser aprobado, pueda ser denunciado ante la CEB por contener barreras burocráticas carentes de razonabilidad.

En atención a lo expuesto, respetuosamente solicitamos a la ANPDP realizar una evaluación seria de los beneficios y costos asociados a los cambios normativos propuestos, optando por aquella alternativa de regulación que resulte proporcional e idónea a la finalidad perseguida, de conformidad con el principio de razonabilidad.

III. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO

- **El tratamiento de datos personales de los representantes o apoderados de una persona jurídica (Artículo IV.4.1.2)**

El Artículo IV.4.1.2 del Título Preliminar del Proyecto de Reglamento dispone que el tratamiento de datos personales de los representantes o apoderados de una persona jurídica se encuentra exceptuado del ámbito de aplicación de la LPDP y su Reglamento.

Como se detalla en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento, los datos de los representantes de las personas jurídicas al inscribirse en el registro respectivo *“pasan a formar parte de la persona jurídica”* y, por ende, se encuentran fuera del ámbito de la aplicación de la normativa.

No obstante, la ANPDP ha establecido en la Opinión Consultiva N° 046-2022-JUS/DGTAIPD que, incluso, los datos personales de los trabajadores cuyas actividades consisten en atender al público, en representación de una persona jurídica, también son datos de dicha empresa encontrándose fuera del ámbito de aplicación de la LPDP y el Reglamento:

“12. Señalado esto, es claro que los datos personales de los trabajadores que realizan actividades de atención al público o de atención al cliente dentro de una persona jurídica constituyen datos –a los efectos de la LPDP– de la persona jurídica y, por ende, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de esta; siempre –claro está– que ellos sean los necesarios para ejercer las funciones propias de la prestación del servicio.”

(Énfasis agregado)

Siendo ello así, la actual redacción del Proyecto de Reglamento no es clara acerca de la interpretación restrictiva (e.g, solo los representantes o apoderados formalmente designados o inscritos en los registros correspondientes) o amplia (e.g, cualquier trabajador al interior de una persona jurídica que realice funciones que requieran su identificación, así no se trate formalmente del representante/apoderado) de la frase *“representantes o apoderados de una persona jurídica”* y si esta redacción sigue la línea de las opiniones consultivas emitidas por la ANPDP.

Por consiguiente, respetuosamente solicitamos a la ANPDP tener en consideración este comentario para realizar las precisiones correspondientes, en línea con la interpretación amplia sobre la cual ha venido pronunciándose.

- **Ámbito de aplicación de la LPDP en análisis de comportamiento (Artículo V.5.1.4)**

El Artículo V.5.1.4 del Título Preliminar del Proyecto de Reglamento dispone que la LPDP y su Reglamento serán aplicables a aquellos titulares de banco de datos o responsables de tratamiento que se encuentren en el extranjero, pero realicen actividades de análisis de comportamiento de titulares de datos personales ubicados en territorio peruano. Al respecto, advertimos una disposición similar en el artículo 3.2.b del Reglamento General de Protección de Datos Personales (“GDPR”) de la Unión Europea. No obstante, a diferencia de la GDPR, ni el Proyecto de Reglamento ni su Exposición de Motivos detallan los criterios objetivos que deben evaluarse para determinar la aplicación de la normativa peruana a extranjeros que realizan análisis de comportamiento en un entorno digital.

A modo de ejemplo, la GDPR establece los siguientes criterios: *“debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes”*.

Por consiguiente, respetuosamente solicitamos a la ANPDP tener en consideración este comentario para realizar las precisiones correspondientes de cara a contar con parámetros/criterios objetivos que permitan interpretar correctamente la normativa.

- **Tratamiento de datos personales para varias finalidades (Artículo 1.3)**

El artículo 1.3 del Proyecto de Reglamento establece que *“cuando el tratamiento de datos personales se refiera a varias finalidades, debe obtenerse el consentimiento para cada una de ellas”*. Al respecto, entendemos que este artículo buscaría prohibir los consentimientos “en bloque”, dado que ello podría afectar el consentimiento “libre” que otorga el titular de los datos.

Sin embargo, es importante que las limitaciones que se impongan sean las estrictamente necesarias y las menos gravosas, de forma tal que exista un equilibrio entre la protección del titular del dato y la libre iniciativa privada. Para ello, es importante que la ANPDP tenga presente cómo hoy en día se desarrollan las prestaciones de servicio, particularmente, en el entorno digital.

Así, por ejemplo, cuando un consumidor desea adquirir un bien a través de una página web, usualmente marca dos (2) casillas. En primer lugar, la casilla a través de la cual manifiesta que conoce y acepta la política de privacidad de la empresa (además de los habituales Términos y Condiciones que suelen encontrarse en un documento independiente de la referida política) y,

una segunda casilla, en donde autoriza el uso de sus datos personales para finalidades complementarias (e.g, envío de publicidad, fines estadísticos, transferencia a empresas del grupo o socios comerciales, etc.). De aprobarse el cambio propuesto, y según el rigor con que se interprete dicha disposición, las empresas se verán en la necesidad de tener que incrementar las casillas que debe marcar el consumidor (e.g, 3, 4, 5 o más casillas, según las finalidades o transferencias de datos), las cuales además no pueden encontrarse pre marcadas.

Si bien, entendemos, que la finalidad de dicha disposición es permitir que el titular sea “libre” de escoger si acepta o no cada finalidad, lo cierto es que, en la práctica, solicitarle al consumidor que marque más de 3 casillas se vuelve inviable, generando costos que, probablemente, no compensen los beneficios que se persiguen. Primero, el titular del dato es totalmente libre de marcar la casilla de finalidades adicionales. Por tanto, no se aprecia que se merme la libertad del consumidor por juntar finalidades adicionales en una sola casilla. Segundo, si el consumidor opta por no marcar la casilla de finalidades adicionales (e.g, porque está de acuerdo con el envío de publicidad, pero no con compartir sus datos con socios comerciales), el mayor perjudicado es la empresa. Tercero, mostrarle al consumidor información en 3 o más casillas genera un riesgo de saturación para el propio consumidor, objetivo inverso al perseguido.

En esa línea, respetuosamente solicitamos a la ANPDP que tenga en cuenta nuestros comentarios a efectos de optar por una regulación que proteja el consentimiento “libre” del titular sin hacer inviable la gestión comercial que forma parte inherente del derecho a la libre iniciativa privada, derecho constitucional que, igualmente, requiere de protección.

- **Entrega de obsequios y/o premios no afectan la obtención del consentimiento (Artículo 3.2)**

El actual Reglamento de la LPDP establece en su artículo 12.1 que *“la entrega de obsequios o el otorgamiento de beneficios al titular de los datos personales con ocasión de su comportamiento no afectan la condición de libertad que tiene para otorgarlo, salvo en el caso de menores de edad (...)”*. En base a dicha disposición, distintas empresas en el mercado realizan actividades comerciales para brindar beneficios a los titulares de datos personales que otorgan su consentimiento libre para el tratamiento de sus datos.

No obstante, el Proyecto de Reglamento guarda silencio en relación con la posibilidad de otorgar obsequios y/o premios para la obtención del consentimiento. La omisión a dicha disposición podría ser interpretada como una derogación tácita que impediría la realización de actividades comerciales por parte de los titulares de bancos de datos o responsables del tratamiento para llegar a más consumidores y, además, contravendría el principio de libertad de empresa de los distintos proveedores limitando su capacidad de organizar su actividad económica.

En esa línea, respetuosamente solicitamos a la ANPDP reconsiderar su postura a efectos de incluir la posibilidad de otorgar obsequios y/o premios para la obtención del consentimiento de los titulares de datos personales.

- **La obligación de informar a los titulares de los datos personales cuando sus datos no sean obtenidos directamente de dichos titulares (Artículo 6.2)**

El artículo 6.2.1 del Proyecto de Reglamento establece que el titular del banco de dato o quien resulte responsable debe *“comunicar al titular de los datos personales dentro de los tres (03) meses siguientes al momento que se produjo la recopilación de los datos personales, sobre los alcances de la recopilación señalados en el párrafo 6.1 del presente artículo, además de la fuente de donde proceden los datos personales, en caso hayan sido recopilados de fuentes accesibles al público”*. Entendemos que dicha disposición se encuentra vinculada con la autodeterminación informativa de los titulares de los datos personales y el derecho que tienen de poder oponerse a dicho tratamiento.

No obstante, una disposición amplia como la prevista en el Proyecto de Reglamento no sólo encarecería los costos de cumplimiento (e.g. cuando sólo se tengan los nombres y números de DNI) al tener que buscar mecanismos para contactar al titular de los datos personales, sino que además podría ser contraria con algunas disposiciones normativas que avalan dicho tratamiento o cuando estas deben ser tratadas de manera confidencial. Excepciones como las indicadas previamente se encuentran previstas en el artículo 14.5 de la GDPR que cuenta con una disposición similar a la establecida en el Proyecto de Reglamento. A modo de ejemplo, la GDPR establece que esta obligación no resultará aplicable cuando *“la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado”*.

De otro lado, advertimos que esta disposición propia del deber de información se encuentra prevista en el artículo 6 del Proyecto Normativo vinculado a consentimiento. Dicha técnica normativa podría implicar interpretar que el artículo 6.2 no sólo prevé la obligación de informar a los titulares de datos personales sobre el tratamiento de sus datos, sino también la obligación de obtener el consentimiento, pese a que ello podría ser contrario con lo previsto en el artículo 14 de la LPDP.

Por consiguiente, respetuosamente solicitamos a la ANPDP tener en consideración este comentario para realizar las precisiones correspondientes.

- **La obligación de reportar el incidente de seguridad dentro de las 48 horas de conocido el mismo (Artículo 35)**

Sin perjuicio que hemos indicado que esta obligación carece de cobertura legal en la LPDP, hacemos notar que el plazo de 48 horas citado en el Proyecto de Reglamento se aleja de la regulación similar prevista en el artículo 33 de la GDPR. Ello pues esta normativa establece el deber de realizar tal comunicación a la autoridad competente dentro de las 72 horas de conocida la brecha. Resulta relevante mencionar esta norma comparada por cuanto la ANPDP la emplea como sustento para diversas disposiciones del Proyecto de Reglamento incluida la referida al reporte de incidentes de seguridad.

Por consiguiente, respetuosamente solicitamos a la ANPDP tener en consideración este comentario para realizar las precisiones correspondientes.

- **Sobre el Derecho a la Portabilidad de Datos Personales (Artículo 69)**

Tanto el Proyecto de Reglamento, en su artículo 69, como la Exposición de Motivos señalan que el derecho de portabilidad es una “*manifestación del derecho de acceso*”. Sin embargo, respetuosamente discrepamos de la posición de la ANPDP. Ello pues si bien el derecho a la portabilidad puede tener cierta conexión con el derecho de acceso, se trata de un derecho independiente y que, como tal, requiere de reconocimiento legal por parte de la LPDP (situación que, a la fecha, no existe).

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 28999, Ley de Portabilidad Numérica en los Servicios Móviles trata el derecho de portabilidad como uno individual e independiente sin que este derive de otro derecho. Asimismo, como hemos indicado, el derecho a la portabilidad en el sector telecomunicaciones ostenta rango legal. En esa misma línea, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE desarrolla su inclusión en la mencionada propuesta al tratarse de un nuevo derecho:

“(...) este nuevo derecho permitirá que los titulares de los datos puedan reutilizar su información para sus propios fines en diferentes servicios, lo que promueve la libre circulación de dicha información facilitando la transmisión entre distintos proveedores de servicios.”⁹

A nivel de la legislación comparada, por su parte, el artículo 20 de la GDPR ha instaurado el derecho de portabilidad como un derecho independiente al derecho de acceso, tal como se desprende de su primer párrafo:

“1. El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: (...)”

Es más, las propias Directrices sobre el derecho a la portabilidad adoptados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (actualmente el Comité Europeo de Protección de Datos), explican de forma clara que “*el artículo 20 del GDPR crea un nuevo derecho a la portabilidad de los datos, que está estrechamente relacionado con el derecho de acceso, pero difiere de él en muchos*

⁹ Páginas 28 y 29 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE.

aspectos".¹⁰ Este es, precisamente, el motivo por el cual el derecho a la portabilidad no se unificó con el derecho de acceso a nivel comparado.

Al respecto, comprendemos los inconvenientes prácticos que puede haber afrontado la ANPDP para impulsar el Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE. Sin embargo, la negativa por parte del Congreso de la República no constituye una justificación válida, de ser el caso, para pretender dicha aprobación través de una norma de carácter infra legal. La vía correcta es la modificación de la LPDP por una norma con rango de ley.

Adicionalmente a lo anterior, la inclusión del derecho a la portabilidad en el plano comparado ha venido acompañada de la debida discusión acerca de los objetivos que buscan alcanzarse y la herramienta correcta para lograrlo. Ello pues el derecho a la portabilidad no solo tiene un componente vinculado con la autodeterminación informativa, también puede fomentar la innovación, constituir un mecanismo a través del cual se buscaría reducir los costos de transferencia (i.e, promoviendo la competencia), o incluso puede servir para incrementar el libre flujo de información (e.g, para promover la integración del mercado común en Europa).¹¹ En ese sentido, existen distintas jurisdicciones que han recomendado que una norma de esta naturaleza no forme parte de la legislación en datos personales, sino en materia de consumo o competencia; discusión que no ha estado presente en el marco de la presente propuesta normativa.

Teniendo en consideración lo expuesto, respetuosamente solicitamos a la ANPDP reconsiderar su postura a efectos de que la inclusión del derecho a la portabilidad se genere a través de una norma con rango de ley, luego de la discusión correspondiente.

- **El Proyecto de Reglamento no cuenta con un plazo de adecuación**

Finalmente, debemos mencionar que el Proyecto de Reglamento no cuenta con un plazo de adecuación a sus disposiciones, el cual resulta necesario considerando los cambios que se proponen.

En tal sentido, respetuosamente solicitamos a la ANPDP la inclusión de un plazo en el Proyecto de Reglamento cuyo objetivo sea brindar un período razonable de adecuación a los administrados.

IV. CONCLUSIÓN

Reiteramos nuestro reconocimiento al esfuerzo y liderazgo que viene llevando a cabo la ANPDP en este proceso de actualización del texto vigente del Reglamento de la LPDP y, en ese sentido, esperamos que los comentarios antes desarrollados contribuyan al establecimiento de un marco

¹⁰ Traducción libre del siguiente texto: "Article 20 of the GDPR creates a new right to data portability, which is closely related to the right of access but differs from it in many ways".

¹¹ Ver Orla Lynskey. Article 20. Right to data portability. The EU General Data Protection Regulation (GDPR).

normativo robusto en el tratamiento de los datos personales, de conformidad con los principios de legalidad y razonabilidad que inspiran y orientan la actuación de toda la Administración.

V. TRANSPARENCIA

Solicitamos que todos los comentarios que se presenten sobre el Proyecto de Reglamento sean publicados inmediatamente en la página web de la ANPDP. Estos comentarios no tienen carácter de confidenciales y su difusión promoverá una mejor discusión y evaluación de las propuestas.
