

Análisis del derecho a la portabilidad de datos personales en México

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
Jonathan Mendoza Iserte, Vitelio Ruiz Bernal and Jesús Javier Sánchez García

Análisis del derecho a la portabilidad de datos personales en México

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
Jonathan Mendoza Iserte, Vitelio Ruiz Bernal and Jesús Javier Sánchez García

• Antecedentes

El derecho a la portabilidad nace como una modalidad complementaria al derecho de acceso a los datos personales, aunque son independientes entre sí, y toma una mayor relevancia con la publicación del [Reglamento General de Protección de Datos \(RGPD\) de la Unión Europea](#), el 27 de abril de 2016, cuya aplicación inició a partir del 25 de mayo de 2018. Este marco normativo se ha vuelto una referencia internacional, contemplando siete derechos, en lugar de cuatro (ARCO), como en nuestro país, entre ellos, el referido derecho a la portabilidad de datos personales.

Si bien el RGPD no define qué es la portabilidad, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (ahora Comité Europeo de Protección de Datos), [lo define como](#) «aquel derecho que permite a los interesados recibir los datos personales que han proporcionado a un responsable del tratamiento en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin impedimentos».

El Grupo de Trabajo del artículo 29 manifestó que las personas que ejercían el derecho de acceso a sus datos personales, de conformidad

con [la abrogada directiva 95/46/CE](#), veían limitado su ejercicio debido al formato elegido por el responsable del tratamiento para proporcionar la información solicitada. En ese sentido, estimaron que el nuevo derecho a la portabilidad tiene el objetivo de facultar a los titulares con respecto a sus propios datos personales, ya que mejora la capacidad del titular de trasladar, copiar y transmitir datos personales en un [entorno tecnológico o digital](#).

México no es ajeno a este nuevo alcance normativo, fue uno de los primeros países en adaptar el derecho de portabilidad previsto en el RGPD, al incorporarlo en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPO, por sus siglas), la cual norma el ámbito gubernamental o sector público. Sin embargo, lo anterior generó una asimetría, pues el legislador mexicano aún no ha reformado la normativa de datos personales aplicable a los particulares o sector privado.

En el ámbito iberoamericano, la adopción de legislaciones que incorporan el derecho a la portabilidad son ya una realidad, entre 2016 y 2017, países como Argentina, Brasil y Chile, incorporaron las novedades provenientes del RGPD en sus respectivas legislaciones,

en específico lo relativo a este derecho. Por ejemplo, en el caso argentino el anteproyecto de reforma a la Ley 25.326 de 2000, artículo 33, prevé el derecho a la portabilidad de datos personales. Brasil, recientemente aprobó su Ley N° 13.853 de julio 2019, mediante la cual se modifica la Ley 13.709 de agosto de 2018. Dentro de dichas modificaciones se realizan dos menciones respecto del derecho a la portabilidad. En primer lugar, en el artículo 4 fracción I y, en segundo término, en los artículos 18 fracción V y 19 numerales 3 y 4, se hace un reenvío a legislación secundaria de la autoridad nacional, de forma similar a México, y [se establece el procedimiento para la portabilidad de los datos personales](#). Por último, el caso chileno establece en el artículo 9 del anteproyecto de Ley presentado en 2017, el derecho a la portabilidad de los datos personales y señala [el procedimiento a seguir para ejercer este derecho](#).

Recordemos que este derecho tiene su origen en Europa y obliga únicamente al sector privado. Su inclusión e implementación eficaz en el sector público es una problemática con aristas técnicas y económicas que actualmente implican un gran reto para los gobiernos. Desde luego, sobra decir que no basta con regular nuevos derechos, hay que tutelarlos de forma efectiva y garantizarlos.

Al respecto, se precisa que actualmente existen diversas iniciativas de reforma en ambas cámaras que conforman el Congreso de la Unión con respecto de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP, por sus siglas). Estas reformas se han presentado en el Senado los días [05/12/2019](#), [11/02/2020](#), [17/02/2020](#) y [18/02/2020](#), y en la Cámara de Diputados el [28/01/2020](#) y [18/02/2020](#). Una de las iniciativas está específicamente relacionada con la incorporación del derecho a la portabilidad, en el ámbito privado.

Una [iniciativa con proyecto de decreto](#) por el que se adiciona el artículo 35 bis a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en materia de Portabilidad, que se encuentra pendiente de dictaminación, fue presentado en el Senado de la República el 13 de febrero de 2020 por el Senador Ricardo Monreal Ávila del Grupo Parlamentario de Morena.

• **Concepto y Elementos del Derecho a la Portabilidad.**

De una interpretación sistémica de los diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales podemos definir el derecho a la portabilidad como el derecho que tiene un titular de recibir sus datos personales proporcionados a un responsable, en un formato estructurado y comúnmente utilizado, respecto de los cuales podrá tener una copia para seguir utilizándolos o transferirlos a otro responsable, sin que lo impida el responsable al que se los hubiera proporcionado.

De acuerdo con el [Grupo de Trabajo del artículo 29](#), la portabilidad se compone de los siguientes elementos:

1. El derecho a recibir datos personales; que le conciernen y fueron procesados por el responsable del tratamiento y almacenarlos para un uso posterior. En este sentido, la portabilidad actúa como un complemento del derecho de acceso ya que el titular puede gestionar de forma propia los datos que se encuentran en un formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica-lo cual se refiere a atributos o características técnicas con los que deberá de contar el formato, archivo o dispositivo en el que se haga entrega o transmisión de la información.

2. Derecho de transmitir de un responsable a otro responsable del tratamiento; que da la posibilidad de reutilizar los datos directamente por otro responsable a petición del titular de los datos, ya que la portabilidad tiene por objeto producir sistemas interoperables, no sistemas compatibles (considerando el artículo 68 del RGPD).

Fuera de estos dos elementos, al ser un derecho novedoso, cada cuerpo normativo, jurisdicción y, en su caso, autoridad de protección de datos o autoridad de control, podrá interpretar la portabilidad de forma distinta, por lo que las particularidades y diversas manifestaciones de este derecho aún están por definirse

- **Regulación del derecho a la portabilidad.**

- a. Portabilidad en el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento Europeo y del Consejo

El Reglamento General de Protección de Datos Personales establece en su [artículo 20 el derecho a la portabilidad](#) de datos personales, de la siguiente forma:

«...

Artículo 20

Derecho a la portabilidad de los datos

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 trans-*

mitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando:

(a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y

(b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

2. *Al ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de acuerdo con el apartado 1, el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.*
3. *El ejercicio del derecho mencionado en el apartado 1 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del artículo 17. Tal derecho no se aplicará al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.*
4. *El derecho mencionado en el apartado 1 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.*

...».

Del [artículo normativo](#) podemos desprender los dos elementos mencionados en el apartado II de este análisis, el derecho de acceder a los datos personales por parte del titular o el interesado y la transmisión de los datos entre los responsables; en el mismo sentido, menciona algunas condicionantes para que esta modalidad del derecho de acceso opere y son: (i) que el tratamiento esté basado en el consentimiento; o (ii) que dicho tratamiento tenga como base de legitimación un contrato.

Además, el tratamiento se efectúa por medios automatizados, el derecho no puede contravenir el derecho de supresión o a los tratamientos de datos personales que sean necesarios por interés público o en ejercicio de facultades.

Estas condicionantes o limitaciones no parecen demasiadas, aunque existen un sinnúmero de situaciones que hacen necesario un estudio más detallado para [una aplicación más adecuada de este derecho](#).

b. Portabilidad en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados

México, al encontrarse en los albores de una iniciativa para promulgar la normativa de protección de datos personales del sector público, parece haber tomado en cuenta la adopción del RGPD, recogiendo esta nueva modalidad del derecho de acceso, debido a lo novedoso del mismo, el legislador buscando no sobrecargar el cuerpo normativo facultó a los órganos garantes para que, a través del Sistema Nacional de Transparencia y Protección de Datos Personales, regularan sus peculiaridades. En ese sentido encontramos regulado dicho derecho [de la siguiente forma](#):

«...

Capítulo III

De la Portabilidad de los Datos

Artículo 57. Cuando se traten datos personales por vía electrónica en un formato estructurado y comúnmente utilizado, el titular tendrá derecho a obtener del responsable una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos.

Cuando el titular haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado, sin impedimentos por parte del responsable del tratamiento de quien se retiren los datos personales.

El Sistema Nacional establecerá mediante lineamientos los parámetros a considerar para determinar los supuestos en los que se está en presencia de un formato estructurado y comúnmente utilizado, así como las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transferencia de datos personales...».

A partir del análisis del artículo anterior, podemos apreciar la clara influencia del Reglamento General de Protección de Datos

Personales, denotando que, si bien se trató de realizar adecuaciones, fueron heredados algunos conceptos o referencias que, si bien no hacen inaplicable este derecho, si pueden prestarse a interpretaciones.

De igual forma podemos encontrar los dos elementos básicos de la portabilidad (recibir y transmitir de un responsable a otro), al igual que los elementos técnicos como proporcionar los datos personales en formatos estructurados y comúnmente utilizados.

Por otro lado, el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales cumplió con su mandato legal y el 12 de febrero de 2018 publicó en el Diario Oficial de la Federación

el «Acuerdo mediante el cual se aprueban los Lineamientos que establecen los Parámetros, Modalidades y Procedimientos para la Portabilidad de Datos Personales», en donde se establecen los pormenores para la implementación de este derecho tales como los plazos y formas en que deberán de cumplir para la sustanciación de solicitudes del mismo, así como los medios de defensa que tiene el titular de los datos.

Estos lineamientos retoman o coinciden en múltiples conceptos e interpretaciones con las que realizaron el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en sus directrices sobre la portabilidad de los datos, entre los que destacan los siguientes:

LINEAMIENTOS [Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales]	DIRECTRICES [Grupo de Trabajo del artículo 29]
<p>Objeto</p> <p>Artículo 1. Los presentes Lineamientos tienen por objeto establecer los parámetros a considerar para determinar los supuestos en los que se está en presencia de un formato estructurado y comúnmente utilizado, que contengan datos personales, así como las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transmisión de los referidos datos personales para garantizar la portabilidad de los datos personales a que se refiere la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados o las legislaciones estatales en la materia.</p>	<p>Objeto</p> <p>debatir sobre el derecho a la portabilidad de los datos y su alcance. Aclara las condiciones en las que se aplica este nuevo derecho, teniendo en cuenta el fundamento jurídico del tratamiento de datos (o bien el consentimiento del interesado o la necesidad de cumplir lo dispuesto en un contrato) y el hecho de que este derecho se limita a los datos personales facilitados por el interesado. El dictamen ofrece, asimismo, ejemplos concretos y criterios para explicar las circunstancias en las que se aplica este derecho.</p>

LINEAMIENTOS [Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales]	DIRECTRICES [Grupo de Trabajo del artículo 29]
<p>Capítulo II. Del objeto y alcance de la portabilidad de datos personales</p> <p>Criterios para determinar un formato estructurado y comúnmente utilizado</p> <p>Artículo 6. Para efectos de los presentes Lineamientos, se entenderá que un formato adquiere la calidad de estructurado y comúnmente utilizado, con independencia del sistema informático utilizado para su generación y reproducción, cuando se cumplan todos los siguientes supuestos:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Se trate de un formato electrónico accesible y legible por medios automatizados, de tal forma que éstos puedan identificar, reconocer, extraer, explotar o realizar cualquier otra operación con datos personales específicos; II. El formato permita la reutilización y/o aprovechamiento de los datos personales, y III. El formato sea interoperable con otros sistemas informáticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, fracción I de los presentes Lineamientos. 	<p>I. ¿De qué modo se aplican las normas generales que rigen el ejercicio de los derechos de los interesados a la portabilidad de los datos?</p> <p>¿Cuál es el formato de datos previsto?</p> <p>El RGPD impone a los responsables del tratamiento la exigencia de proporcionar los datos personales solicitados por la persona en un formato que permita su reutilización. Concretamente, el artículo 20, apartado 1, del RGPD establece que los datos personales deben proporcionarse «en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica». Los términos «estructurado», «de uso común» y «de lectura mecánica» constituyen un conjunto de requisitos mínimos que deben facilitar la interoperabilidad del formato de los datos proporcionado por el responsable del tratamiento.</p>

LINEAMIENTOS [Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales]	DIRECTRICES [Grupo de Trabajo del artículo 29]
<p>Capítulo II. Del objeto y alcance de la portabilidad de los datos personales.</p> <p>Objeto de la portabilidad de los datos personales Artículo 7. La portabilidad de datos personales tiene por objeto que el titular solicite:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Una copia de sus datos personales que hubiere facilitado directamente al responsable, en un formato estructurado y comúnmente utilizado, que le permita seguir utilizándolos y, en su caso, entregarlos a otro responsable para su reutilización y aprovechamiento en un nuevo tratamiento, sin que lo impida el responsable al que el titular hubiere facilitado los datos personales, y II. La transmisión de sus datos personales a un responsable receptor, siempre y cuando sea técnicamente posible, el titular hubiere facilitado directamente sus datos personales. 	<p>II. ¿Cuáles son los principales elementos de la portabilidad de datos?</p> <p>Derecho a recibir datos personales En primer lugar, la portabilidad de los datos es el derecho del interesado a recibir un subconjunto de datos personales que le conciernan, procesados por un responsable del tratamiento, y a almacenar dichos datos para un uso personal posterior. Dicho almacenamiento podrá realizarse en un dispositivo privado o en una nube privada, sin tener que transmitir necesariamente los datos a otro responsable del tratamiento.</p> <p>Derecho a transmitir datos personales de un responsable del tratamiento a otro responsable del tratamiento En segundo lugar, el artículo 20, apartado 1, ofrece a los interesados el derecho a transmitir los datos de un responsable del tratamiento a otro responsable del tratamiento «sin impedimentos». Los datos pueden transmitirse también directamente de un responsable del tratamiento a otro a petición del interesado y cuando sea técnicamente posible (artículo 20, apartado 2). A este respecto, el considerando 68 alienta a los responsables del tratamiento a crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de los datos, pero sin obligar al responsable a adoptar o mantener sistemas de tratamiento que sean técnicamente compatibles. No obstante, el RGPD prohíbe a los responsables del tratamiento que pongan obstáculos a la transmisión.</p>

LINEAMIENTOS [Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales]	DIRECTRICES [Grupo de Trabajo del artículo 29]
<p>Capítulo II. Del objeto y alcance de la portabilidad de los datos personales.</p> <p>Objeto de la portabilidad de datos personales Artículo 8. Procedencia de la portabilidad de datos personales. Para los efectos de los presentes Lineamientos, cuando los datos personales se encuentren en un formato estructurado y comúnmente utilizado procederá la portabilidad de los datos personales si se actualiza cada una de las siguientes condiciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> El tratamiento se efectúe por medios automatizados o electrónicos y en un formato estructurado y comúnmente utilizado a que se refiere el artículo 6 de los presentes Lineamientos; Los datos personales del titular se encuentren en posesión del responsable o sus encargados; Los datos personales conciernen al titular, o bien, a personas físicas vinculadas a un fallecido que tengan un interés jurídico; El titular hubiere proporcionado directamente al responsable sus datos personales, de forma activa y consciente, lo cual incluye los datos personales obtenidos en el contexto del uso, la prestación de un servicio o la realización de un trámite, o bien, aquellos proporcionados por el titular a través de un dispositivo tecnológico, y La portabilidad de los datos personales no afecte los derechos y libertades de terceros. 	<p>III. ¿Cuándo es aplicable la portabilidad de los datos? ¿Qué operaciones de tratamiento están cubiertas por el derecho a la portabilidad de los datos?</p> <p>El cumplimiento del RGPD requiere que los responsables del tratamiento tengan una base jurídica clara para el tratamiento de los datos personales. ¿Qué datos personales deben incluirse? De conformidad con el artículo 20, apartado 1, para estar encuadrados en el ámbito del derecho a la portabilidad de los datos, los datos deben ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> datos personales que incumban a la persona en cuestión, y que ésta haya facilitado a un responsable del tratamiento. <p>Primera condición: datos personales que incumban al interesado.</p> <p>Segunda condición: datos facilitados por el interesado.</p> <p>Tercera condición: el derecho a la portabilidad de los datos no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.</p>
<p>Capítulo III. De las reglas específicas para el ejercicio de la portabilidad de datos personales</p> <p>Marco general aplicable al ejercicio de la portabilidad de datos personales Artículo 14. Para el ejercicio de la portabilidad de datos personales, el responsable deberá observar los requisitos, plazos, condiciones, términos y procedimientos establecidos en el Título Tercero, Capítulo II de la Ley General o los que correspondan en las legislaciones estatales en la materia y demás disposiciones que resulten aplicables en la materia, así como lo dispuesto en el presente Capítulo.</p>	<p>IV. ¿De qué modo se aplican las normas generales que rigen el ejercicio de los derechos de los interesados a la portabilidad de los datos?</p> <p>¿Qué información previa debe proporcionarse al interesado? Con el fin de cumplir con el nuevo derecho a la portabilidad de los datos, los responsables del tratamiento deben informar a los interesados de la existencia del nuevo derecho a la portabilidad. Cuando los datos personales de que se trate se recaben directamente del interesado, se transmitirán «en el momento en que estos se obtengan».</p>

LINEAMIENTOS [Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales]	DIRECTRICES [Grupo de Trabajo del artículo 29]
<p>Solicitud para la portabilidad de datos personales Artículo 15. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley General o los que correspondan en las legislaciones estatales en la materia, en la solicitud de portabilidad de datos personales no podrán imponerse mayores requisitos que los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. La petición de solicitar una copia de sus datos personales en un formato estructurado y comúnmente utilizado, o bien, transmitir sus datos personales al responsable receptor; II. La explicación general de la situación de emergencia en la que se encuentra el titular, a efecto de que los plazos de respuesta sobre la procedencia o improcedencia de su solicitud y, en su caso, para hacer efectiva la portabilidad de sus datos personales sean menores, en términos de lo dispuesto en los artículos 19 y 21 de los presentes Lineamientos, en su caso, y III. La denominación del responsable receptor y el documento que acredite la relación jurídica entre el responsable y el titular; el cumplimiento de una disposición legal o el derecho que pretende ejercer, en caso de que el titular solicite la transmisión de sus datos personales a que se refiere el artículo 7, fracción II de los presentes Lineamientos. <p>Si el titular solicita al responsable una copia de sus datos personales en un formato estructurado y comúnmente utilizado podrá acompañar a su solicitud el medio de almacenamiento para la elaboración de la copia correspondiente.</p> <p>En caso de que el titular no proporcione el medio de almacenamiento a que se refiere el párrafo anterior del presente artículo, el responsable deberá proporcionarlo con el costo razonable que esto implique.</p>	<p>Además, el Grupo de Trabajo recomienda que los responsables del tratamiento incluyan siempre información sobre el derecho a la portabilidad de los datos antes de que los interesados cierren cualquier cuenta que puedan tener. Esto permite a los usuarios evaluar sus datos personales y transmitirlos fácilmente a su propio dispositivo o a otro proveedor antes de que se extinga un contrato.</p> <p>¿Cómo puede identificar el responsable del tratamiento al interesado antes de responder a su solicitud? El RGPD no contiene ningún requisito preceptivo sobre el modo de autenticar al interesado. No obstante, el artículo 12, apartado 2, del RGPD establece que el responsable del tratamiento no se negará a actuar a petición del interesado en el ejercicio de sus derechos (incluido el derecho a la portabilidad de los datos) a menos que realice el tratamiento de los datos personales para un fin que no requiera la identificación del interesado o pueda demostrar que no está en condiciones de identificar al interesado.</p> <p>¿Cuál es el límite de tiempo impuesto para responder a una solicitud de portabilidad? El artículo 12, apartado 3, dispone que el responsable del tratamiento facilitará al interesado «información relativa a sus actuaciones» sin dilación indebida y en cualquier caso «en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud».</p>

Estamos ante una nueva modalidad del derecho de acceso a datos personales y, como tal, es necesario que los titulares ejerzan su derecho, lo que necesariamente generará criterios y conocimiento tanto para el responsable, como para las autoridades garantes del derecho de protección de datos e, inclusive, para los propios titulares.

Quedan cuestiones pendientes que entendemos no forman parte de los datos susceptibles de portabilidad, que en el caso del derecho mexicano encuentra un límite por lo que hace a los datos inferidos y/o creados por responsables, los pseudónimos y los datos sujetos a procesos de disociación.

Finalmente, en cuanto al derecho de la Unión Europea permite hacer una interpretación amplia—respecto de lo que pueden constituir datos susceptibles a ser objeto de portabilidad, es decir, que los datos incumban al interesado y que los datos fueron facilitados por el interesado—, si bien, también deja de fuera los datos creados por el responsable o inferidos de datos en bruto proporcionados por el titular o interesado u datos obtenidos de otras fuentes. Lo cierto es que permite tratamiento de datos inclusive de terceros pero que conciernen al interesado (por ejemplo, conversaciones en aplicaciones de mensajería) o que fueron proporcionados por el interesado no necesariamente de forma consciente pero que da en virtud del uso de un servicio (por ejemplo, los que se entregan cuando se hacen búsquedas de compras que dan lugar de forma posterior a ofrecimientos de servicios relacionados).

c. Estándares de protección de datos personales para los Estados Iberoamericanos

La [Red Iberoamericana de Protección de Datos](#) (RIPD), surge con motivo del acuerdo alcanzado en el Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos celebrado en La Antigua, Guatemala en junio de 2003. Actualmente, se encuentra conformada por 12 autoridades de protección de datos de 8 países y son observadores más de 15 autoridades de la materia.

La RIPD en el V Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, celebrado en 2007 en Lisboa, aprobó las [Directrices para la Armonización de la Protección de Datos](#) en la Comunidad Iberoamericana con el fin de establecer criterios orientadores para el desenvolvimiento de iniciativas legislativas que se adopten en estos países y con la perspectiva de su utilidad como marco de referencia para otros países de otras áreas geográficas.

Siguiendo la tendencia, y con la evolución de los trabajos realizados por la RIPD en el Encuentro celebrado en Colombia en 2016, se encomendó al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI, por sus siglas) la redacción de los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, los cuales [fueron aprobados en el XV Encuentro](#) celebrado en Santiago de Chile en 2017. Su objetivo es la homogeneización de reglas, principios, derechos y deberes, derivada de la aplicación de los criterios incluidos en los mismos; buscando que sean incorporados en las legislaciones nacionales respectivas, y a través de los cuales se permitan alcanzar nuevos niveles de cooperación internacional, facilitar los flujos transfronterizos de datos y asegurar la tutela efectiva del derecho a la protección de datos personales.

En dichos estándares se propone regular a la portabilidad de la siguiente forma:

«...

30. Derecho a la portabilidad de los datos personales

30.1. Cuando se traten datos personales por vía electrónica o medios automatizados, el titular tendrá derecho a obtener una copia de los datos personales que hubiere proporcionado al responsable o que sean objeto de tratamiento, en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica, que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro responsable, en caso de que lo requiera.

30.2. El titular podrá solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de responsable a

responsable cuando sea técnicamente posible.

30.3. *El derecho a la portabilidad de los datos personales no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.*

30.4. *Sin perjuicio de otros derechos del titular, el derecho a la portabilidad de los datos personales no resultará procedente cuando se trate de información inferida, derivada, creada, generada u obtenida a partir del análisis o tratamiento efectuado por el responsable con base en los datos personales proporcionados por el titular, como es el caso de los datos personales que hubieren sido sometidos a un proceso de personalización, recomendación, categorización o creación de perfiles.*

...».

Como podemos apreciar, los estándares se encuentran alineados en lo esencial al Reglamento y no es la excepción por lo que respecta a la portabilidad. En las particularidades se encuentra que, dentro de su primer párrafo no se constriñe a los datos proporcionados por el titular, sino también incluye los que sean objeto de tratamiento, lo cual pudiera incluir datos obtenidos por el responsable del tratamiento de forma indirecta.

- **Iniciativas de reforma del derecho a la portabilidad en el sector privado (México)**

Como ya lo hemos decretado, el desfase (temporalidad de las normas) entre la promulgación de las leyes de protección de datos personales de los sectores público y privado, dio

lugar a una serie de asimetrías (distorsiones) entre ambas normas, mismas que en muchos de los casos tienen su punto de influencia en las normas europeas que influyeron en éstas. Por un lado, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y su reglamento, principalmente, tuvieron punto de partida en la abrogada Directiva 95/46/CE del Consejo de Europa y, por el otro, en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados influenciada por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (UE) 2016/679, mejor conocido como RGPD.

No sabemos si los legisladores que han propuesto diversas iniciativas de reforma a la LFPDPPP han tomado consciencia de lo anterior, pero una de las ocho iniciativas de reforma que se encuentran en proceso legislativo se distingue por incorporar el derecho a la portabilidad para el ámbito privado. Esta fue [propuesta presentada por el Senador Ricardo Monreal Ávila](#), Coordinador del Grupo Parlamentario de Morena, denominada: “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un artículo 35 bis a la LFPDPPP, en materia de portabilidad.”

La exposición de motivos de dicha iniciativa expresa que la legislación mexicana brinda mayor protección a los titulares en el sector público, y que es más laxa en el sector privado, por lo que estima que es necesario reconocer nuevos derechos o instrumentos que faciliten a los titulares de los datos la circulación de estos. Dentro de los [retos fundamentales](#), se destaca el reconocimiento del derecho a la portabilidad.

En ese sentido, la iniciativa plantea la incorporación del artículo 35 bis, de la siguiente manera:

«...

Artículo 35 bis. - Cuando se traten datos personales vía base de datos electrónica, el titular tendrá derecho a obtener del responsable una copia de los datos objeto del tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos.

Cuando el titular haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado, sin impedimentos por parte del responsable del tratamiento de quien se retiren los datos personales.

El Instituto establecerá mediante lineamientos los parámetros a considerar para determinar los supuestos en los que se está en presencia de un formato estructurado y comúnmente utilizado, así como las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transferencia de datos personales.

...».

De la propia redacción del artículo, que aún se encuentra como propuesta de iniciativa de reforma, podemos observar que tiene una redacción similar, casi idéntica a la redacción de la LGPDPPSO.

Las diferencias sustanciales pueden identificarse en dos secciones, en el primer párrafo que modifica la redacción «por vía elec-

trónica» a por «vía base de datos electrónica» (se desconoce la razón por este cambio, ya que limitaría el alcance del derecho); la segunda diferencia atiende a una cuestión de la competencia, ya que la regulación de protección de datos personales en posesión de particulares es exclusiva de la federación mientras que la regulación del sector público es concurrente; por lo que se modifica del «Sistema Nacional» al «Instituto» en su tercer párrafo.

Respecto del tercer párrafo del artículo 35 bis, se destaca que el legislador, por un lado, reconoce la autonomía del órgano garante en la materia, en este caso el INAI, para que en el uso de sus atribuciones determine vía normatividad secundaria (lineamientos), la forma en que se desarrollará y se hará efectivo el derecho a portabilidad.

En caso de aprobarse la Iniciativa de reforma en comento, recaerá en el Instituto la gran responsabilidad de desarrollar la normativa secundaria que deberá ser compatible o consecuente con los lineamientos que el Sistema Nacional emitió, con el objetivo de hacer operativo este derecho, haciendo equivalente su ejercicio y que aspira a una protección e implementación armonizada entre los dos cuerpos normativos —terminando así con parte de la disonancia entre éstas—, por lo que atañe a portabilidad de datos personales, en México.

El segundo gran reto de esta normativa secundaria consistirá en que el derecho a la portabilidad sea interoperable entre la normativa de particulares y la de sujetos obligados, que de suyo es una tarea complicada, si empezamos a tomar en cuenta, primero, las diferencias entre la portabilidad de cada cuerpo normativo y, segundo, el resto de las disonancias que permanecen entre la normativa del sector público y la del sector privado que requiere reformas adicionales a la planteada.

- **Particularidades y comentarios en torno al Derecho a la Portabilidad.**

Podemos decir de esta nueva modalidad del derecho de acceso, que es límite, pues si bien da acceso a información relacionada con el interesado o titular, no toda la información que un responsable tenga de un individuo constituye necesariamente datos personales. Es decir, le da el derecho de acceso a la información, pero ésta puede carecer del atributo por la que se consideran datos personales y, por ende, escaparía al ámbito de protección de las normativas en la materia. También, puede darse el caso que la información objeto de la portabilidad contenga datos personales o información relacionada con terceros (excepción constitucional).

Varios expertos en el tema, así como el mismo Grupo de Trabajo del artículo 29, consideran que la portabilidad es un mecanismo que promueve la libre competencia y la libertad de contratación con cualquier proveedor. Cuestiones que no se encuentran relacionadas con los datos personales, pero que lo están con respecto de otros derechos y libertades de los individuos titulares de esos datos personales (complementariedad de derechos).

Nos encontramos nuevamente ante un escenario en el que el derecho a la protección de datos personales no solo es la autodeterminación informativa, sino también un derecho habilitador o derecho llave que permite la protección o acceso a otros derechos humanos y libertades de los individuos.

Estas evoluciones o novedades que se plantean como parte del derecho a la protección de datos personales implican una expansión en

su ámbito de aplicación y competencia, permitiendo que se vuelva más robusto.

Dentro de los nuevos retos de esta modalidad encontramos lo relacionado con los datos creados, generados o inferidos por los responsables, la normativa actual los excluye, ya que podrían revelar secretos industriales o ventajas comerciales y competitivas del responsable. Sin embargo, no dejan de ser datos concernientes a titulares, por lo que se estima que los mismos deberían de ser entregados. En ese sentido, sólo se deberían de entregar los datos generados, no el cómo se generaron los mismos. Dejando la salvaguarda para el responsable que pueda demostrar que, con la entrega de dicha información, le genera un perjuicio de forma directa.

La propuesta anterior cobra relevancia si tenemos en cuenta que la mayoría de los proveedores de servicios a través de medios electrónicos —e inclusive aquellos que usamos de forma tradicional pero que en alguna parte del servicio se involucra el uso de tecnologías de la información—, tienen planeado y se comienzan a plantear el uso de big data y data science, técnicas y ciencias especializadas en el uso de cantidades masivas de datos y de algoritmos para descubrir e inferir otros datos relacionados con los titulares de los primeros.

Solo la experiencia resultante del ejercicio de esta nueva modalidad de acceso a datos personales, así como la evolución que se dé con su ejercicio, podrán indicarnos si, en un futuro, se incorporaría otro tipo de información relacionada con los titulares.

Veamos que sucede y aprendamos de ello para futuros ejercicios.