

El derecho a la portabilidad de los datos personales. Orígenes, sentido y alcances

OSCAR RAÚL PUCCINELLI*

Resumen

A partir de su incorporación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, el derecho a la portabilidad de los datos personales, elemento indispensable de la interoperabilidad y de la convergencia digital, ha sido receptado por diversas normas iberoamericanas y se encuentra presente en todos los proyectos de reforma de las leyes de protección de datos de la región.

El artículo analiza el origen, sentido y alcance de este nuevo derecho en las reglas vigentes y en las proyectadas hasta fines de 2017, deteniéndose en las principales consecuencias de su regulación y en los retos que representa su puesta en práctica.

Palabras clave: Protección de datos personales. Derecho a la portabilidad. Interoperabilidad de los sistemas. Convergencia digital. Gobierno abierto. Libre competencia.

Sumilla

1. Introducción: la portabilidad como necesidad humana y como concepto clave en la evolución tecnológica
2. El derecho a la portabilidad y su evolución paralela con el derecho al olvido en el tratamiento de los datos personales
3. El derecho a la portabilidad en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y su proyección en España
4. Análisis comparativo de las reglas aprobadas o proyectadas en el ámbito Iberoamericano
 - 4.1. Tipos de datos alcanzados
 - 4.2. Tipos de soportes en los que deben estar contenidos los datos
 - 4.3. Formatos en los que deben ser proporcionados los datos
 - 4.4. Límites al ejercicio del derecho
 - 4.5. Tiempo y procedimiento de respuesta al requerimiento
5. El derecho a la portabilidad en las «Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos» y en la propuesta de lineamientos del INAI de México
 - 5.1. Naturaleza jurídica del derecho, objeto y finalidad
 - 5.2. Derechos del titular de los datos

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos en diversas universidades latinoamericanas.

- 5.2.1. Derecho a recibir del responsable del tratamiento los datos personales requeridos, de manera gratuita, sin dilaciones indebidas y en un formato estandarizado que permita la interoperabilidad.
- 5.2.2. Derechos a obtener los datos personales para almacenarlos y a que se transmitan de un responsable del tratamiento a otro «sin impedimentos»
- 5.2.3. Derechos a cancelar los datos o a seguir usando los servicios del responsable del tratamiento aun después de haberse hecho efectivo el derecho a la portabilidad
- 5.2.4. Derecho a que no se extienda el período de retención bajo la excusa del ejercicio del derecho a la portabilidad
- 5.2.5. Derecho a ejercer el derecho de acceso emergente de la ley si un interesado descubriese que los datos personales solicitados de acuerdo con el derecho a la portabilidad de los datos no responden plenamente a su solicitud
- 5.3. Deberes de los responsables del tratamiento («remitente» y «receptor»)
- 5.3.1. Deber de informar a los interesados acerca de la disponibilidad del nuevo derecho a la portabilidad
- 5.3.2. Deber de transmitir los con seguridad y a la persona adecuada
- 5.3.3. Deber de autenticar debidamente al solicitante
- 5.3.4. Deber de limitarse a proveer datos personales que incumban al interesado.
- 5.3.5. Deber de limitarse a proveer datos personales que no afecten negativamente a los derechos y libertades de terceros
- 5.3.6. Deber de omitir retener los datos personales
- 5.3.7. Deber de ofrecer diferentes opciones de puesta en práctica del derecho
- 5.3.8. Deber de los receptores de los datos portados de informar sobre la naturaleza de los datos personales que sean relevantes para la ejecución de sus servicios y de garantizar que tales datos sean pertinentes y no excesivos en relación con el nuevo tratamiento de datos

6. Conclusiones

Referencias

1. Introducción: la portabilidad como necesidad humana y como concepto clave en la evolución tecnológica

La voz «portabilidad» en el diccionario de la lengua española, remite a la «cualidad de portable», y a su vez se asocia a «portátil» que significa «movible y fácil de trasladar»¹. En una aproximación más concreta, ya vinculada a las necesidades humanas cuyo orden jerárquico fue magistralmente establecido en la célebre «pirámide de Maslow» (1943), se estaría ante la aspiración permanente de los seres humanos de poder «llevar consigo» diversos tipos de artefactos que le brindan prestaciones necesarias para su vida cotidiana. Esa necesidad, socialmente captada, generará con el tiempo las más diversas invenciones y motorizará el desarrollo tecnológico, desde que una necesidad no cubierta o que no lo está suficientemente siempre representó una oportunidad de negocio.

¹ <http://dle.rae.es/?id=TinjGWF>

En una sintética evolución histórica para la cual nos apropiamos del hilo conductor que traza Quevedo, al que sumamos aportes personales², cabe mencionar que desde la Edad Media y hasta bien pasada la primera mitad del siglo XX había una atmósfera de estabilidad y perdurabilidad donde los dispositivos de los que los hombres se rodeaban eran voluminosos, pesados, en algún sentido únicos y hechos para durar toda la vida, pero el cambio tecnológico, la producción en serie y el desarrollo de la industria cultural fueron creando objetos cada vez más pequeños, menos duraderos y rápidamente reemplazables por otros mejores y con más prestaciones (en este sentido, por ejemplo, el tiempo promedio de recambio de un teléfono móvil entre los jóvenes es muy inferior al de su vida útil). Esa portabilidad, fruto de sociedades en constante movimiento, las volvió cada vez más ligeras, insumiéndolas en una especie de neo nomadismo, donde cada individuo necesita movilizarse permanentemente con los objetos que utiliza, en una suerte de «persona caracol» que lleva su vida simbólica, laboral y social a cuestas, en uno o varios pequeños dispositivos digitales.

La historia de la portabilidad se remontaría, según el autor, al comienzo mismo de la cultura, cuando la aparición de la escritura, por su capacidad de aprehender la lengua hablada en una representación simbólica para su almacenamiento a largo plazo, liberó la información de los límites de la memoria individual, convirtiéndose tal vez y como lo destaca Rheingold, en la primera tecnología de la información. Luego vendrían otras portabilidades, como la del tiempo, que inicialmente se encontraba anclada a dispositivos fijos (los relojes mecánicos, los campanarios y las sirenas en edificios públicos, iglesias y fábricas respecto de los cuales se debía permanecer cerca), pero que luego se desterritorializaría y se haría portable, concretamente en el siglo XVIII, a partir de la invención de los relojes personales.

A estas primitivas portabilidades le sucederían durante en el siglo XX, la de los medios masivos de comunicación tradicionales—primero la aparición de receptores de radio portátiles y luego televisores también portátiles—, la del sonido y más concretamente de la música—que a partir del *walkman* y del *discman*, se redujeron en el tamaño y se ampliaron a la capacidad de los reproductores de mp3, mp4 y el iPod—. Diversos otros dispositivos acompañarán esa portabilidad en el ámbito de las tecnologías de la información, a partir de la reducción de las primeras y gigantescas computadoras al tamaño de la computadora personal y de la aparición de las computadoras portátiles (*laptops*), al tiempo de la aparición de la Internet, entre 1983 y el 1984 sobre el que especulaba Orwell.

² Ver al respecto las ideas expuestas por Luis Alberto Quevedo (2009, pp. 21-42) en «Portabilidad y cuerpo. Las nuevas prácticas culturales en la sociedad del conocimiento», trabajo del cual se tomaron diversas referencias relativas a la evolución de la portabilidad.

Casi al mismo tiempo se ampliará la portabilidad a la telefonía, y así aparecerán primero los dispositivos inalámbricos de corto alcance para su uso en telefonía fija y luego la telefonía personal y portátil, que en su primera versión (limitada a la realización de llamadas, al envío de mensajes de texto y eventualmente a escuchar radio o música pregrabada) ya produjo un cambio sustancial al sustituir la comunicación de lugar a lugar por la de persona a persona, y que por no depender de una ubicación física fija, recibirá la denominación de «móvil» (*mobile phone*), e incluso —en una aproximación mayor a la categoría de *wearables* («tecnología para llevar puesta») que hoy integra con una infinidad de dispositivos creados en un contexto la prestación de servicios en la nube e internet de las cosas (*IoT*)— la de *keitai*, que en japonés significa algo portátil, que se lleva con uno.

Del mismo modo que ocurría con la telefonía fija, la existencia de múltiples empresas dedicadas a la provisión del servicio, redimensiona una problemática que ya subyacía en el ámbito de la telefonía fija y comienza a gestarse un nuevo derecho «a la portabilidad numérica», a partir del cual los usuarios del servicio de telefonía móvil pueden mantener el número que identifica su línea al cambiar de proveedor del servicio (reconocido por primera vez por Hong Kong en 1999) e incluso ha servido como fuente inspiradora de otras portabilidades, como la «portabilidad de nómina»³, y especialmente, en lo que a este trabajo interesa, la de los datos personales, que se abordará *infra*.

La ya creciente impronta de la portabilidad tomará nuevas dimensiones en lo que va del siglo XXI, con la aún mayor reducción de las computadoras portátiles (diversificadas en *tablets*, *netbooks*, *ultrabooks* y dispositivos similares) pero especialmente por la mutación del ya primitivo teléfono móvil (*dumbphone*) en el teléfono «inteligente» (*smartphone*), que al incorporar prestaciones multimediales basadas en Internet, amplió su espectro de usos (escuchar música o radio, jugar, tomar fotografías, grabar videos, enviar emails, ver televisión, relacionarse a través de las redes sociales, manejar dispositivos a distancia a través de aplicaciones, contratar servicios, etc.), se constituyó en el principal nodo de la convergencia digital y comenzó a ser tan imprescindible al punto de percibirselo, como lo expresa Marshall McLuhan, como una suerte de prolongación del cuerpo o, como más gráficamente se lo rotula en Finlandia por su función transformadora del entorno físico: *kännykkä*, que también significa continuación de la mano.

Así instalado el individuo en un escenario donde una serie de aparatos «personales, ambulantes y portables» lo mantienen, como lo señala Mizuko Ito, en una

³ En México, por ejemplo, quienes perciben sus salarios a través de entidades bancarias pueden escoger hacerlo en otra de su preferencia, a la cual se transferirá, sin costo alguno para el beneficiario, el dinero depositado por el empleador.

conectividad permanente y en una «atención parcial continua», la portabilidad ampliará su escenario al comenzar a superar las barreras corporales, participando de la artificialización del cuerpo, que pasará a ser una suerte de territorio de operaciones de una tecnología que interviene ya no solo para sustituir partes perdidas o defectuosas o incluir dispositivos que auxilien a su control y funcionamiento, sino también para la instalación de dispositivos comunicacionales cuyo desarrollo, en un futuro inmediato, llevarán a prescindir de dispositivos externos tanto para operar sistemas como para estar conectados a una Internet que, dicho sea de paso, se abrirá paso a su fase simbiótica. En este contexto, como lo indica Quevedo, el «territorio personal» del individuo queda redefinido por la aparatología que lo acompaña, al tiempo que la topología corporal sufre un cambio imprevisto: «me pierdo en el mundo para volverme enteramente encontrable».

La portabilidad, desde luego, ha sido una preocupación siempre presente en el ámbito informático y por ello la evolución en materia de *hardware* también se verificó en el campo del *software*, donde la portabilidad, entendida como la ejecutabilidad de un mismo *software* en diferentes plataformas, resulta ser crucial también para el logro de un objetivo mayor: el de la interoperabilidad de los sistemas, que al significar —en sus perspectivas técnica, semántica y organizativa—, la capacidad de comunicarse, ejecutar programas o transferir datos entre diversas unidades funcionales de un modo que requiera que el usuario tenga un conocimiento escaso o nulo de las características exclusivas de dichas unidades⁴ es un concepto clave, especialmente en el ámbito público, con miras al gobierno electrónico, al gobierno abierto y al desarrollo de los sistemas inteligentes, y en el ámbito privado, para el desarrollo de proyectos a gran escala y con alto impacto social (piénsese en los diversos efectos que podrá producir el desarrollo de la web 4.0 o web simbiótica), de modo que puede definírsela, más descriptivamente, como «la habilidad de organizaciones y sistemas dispares y diversos para interaccionar con objetivos consensuados y comunes y con la finalidad de obtener beneficios mutuos. La interacción implica que las organizaciones involucradas compartan información y conocimiento a través de sus procesos de negocio, mediante el intercambio de datos entre sus respectivos sistemas de tecnología de la información y las comunicaciones»⁵.

⁴ ISO/IEC 2382-01.

⁵ *Bases para una estrategia iberoamericana de interoperabilidad*. 2010. Documento preparado para la consideración de la XII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Buenos Aires.

2. El derecho a la portabilidad y su evolución paralela al derecho al olvido en el tratamiento de los datos personales

Desde su primer reconocimiento iusfundamental en la Constitución de Weimar de 1919⁶, el derecho de acceso a los datos personales —y la consecuente facultad de control de sus contenidos y usos— ha ido desarrollándose al compás de los avances tecnológicos, proceso en el cual se han ido generando gradualmente tanto nuevos derechos —fundamentalmente reconocidos a los titulares de los datos⁷— como diversos deberes, principalmente dirigidos —aunque no siempre de manera exclusiva— a quienes intervienen en cualquiera de las fases del tratamiento de aquellos. Los derechos al olvido y a la portabilidad de los datos son dos ejemplos claros en los cuales las formulaciones de ambos derechos son acompañadas por fuertes deberes dirigidos a quienes tratan datos personales que pueden estar sujetos a su ejercicio.

En este plano específico, la portabilidad de los datos personales cobra un sentido muy especial, que apenas emergía secundariamente durante el desarrollo de la web 1.0, desde que en tal fase «de mera lectura» (*readable phase*) de la web, los actores del sistema no eran sus usuarios.

Es que recién a partir de notorios desarrollos del *hardware* y del *software*, de los servicios de computación en la nube (*cloud computing*) y de los sitios web interactivos (en especial, las redes sociales), se pasó a la fase «escribible» (*writable phase*) de Internet, donde los usuarios asumen un rol protagónico, y se convierten en aportantes principales de contenidos a una redimensionada red (la web 2.0), caracterizada por la interacción multidireccional entre los sitios y los usuarios, donde todos participan, colaboran y comparten información.

Esta nueva realidad trajo consigo una marcada preocupación por el manejo de los datos personales implicados en dichas operaciones, en especial por cuanto los derechos expresamente reconocidos a los titulares de los datos en las normas nacionales y comunitarias sobre protección de datos vigentes por entonces aparecían insuficientes para enfrentar una Internet en constante despliegue, que ya

⁶ Artículo 129: «Contra toda sanción disciplinaria cabrá recurso y habrá posibilidad de revisión. En el expediente personal del funcionario no se anotarán hechos que le sean desfavorables, sino después de haberle dado ocasión de manifestarse respecto a ellos. El funcionario tendrá derecho a examinar su expediente personal...».

⁷ Si bien en rigor técnico el legitimado activo para proteger los datos personales es la persona a quien esos datos se refieren, existen extensiones legales, doctrinarias y jurisprudenciales a otros legitimados (v.gr., a los herederos de personas fallecidas, a personas que excepcionalmente pudieran acreditar un interés legítimo para conocer y operar sobre los datos de un tercero, e incluso, cuando se habilita la legitimación colectiva para la defensa del derecho a la protección de datos (que por regla no autoriza a conocer los datos pero sí a defender a sus titulares de situaciones de vulneración generalizada de sus derechos, como ocurriría por ejemplo cuando un banco de datos determinado tratara categorías de datos prohibidas), a otros titulares, a las organizaciones no gubernamentales dedicadas a temas de privacidad y a ciertos organismos públicos, como el defensor del pueblo o el órgano de control designado por las leyes de protección de datos.

incluso planteaba un nuevo paso hacia la web 3.0, una fase «ejecutable» (*executable phase*) de Internet, con servicios interactivos, aplicaciones dinámicas e interacción máquina a máquina, que la tornarían en un futuro cercano en una web semántica.

En tal complejo contexto surgieron propuestas concretas destinadas al reconocimiento de nuevos derechos fundados en los principios generales del tratamiento de datos personales, destacándose particularmente los derechos «al olvido» o «a ser olvidado» (*right to be forgotten* o RTBF), que ya había sido utilizado previamente respecto de películas⁸, documentales televisivos⁹, emisiones de radio¹⁰ y revistas¹¹ («RTBF 1.0») y «a la portabilidad de los datos» (*right to data portability* o RTDP), anteriormente reconocido en el ámbito de las telecomunicaciones, más precisamente en la telefonía móvil («RTDP 1.0»).

Habrà entonces un nuevo «derecho al olvido digital» («RTBF 2.0»), que se corresponde con la versión receptada por el Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el célebre caso «Costeja»¹², concebido como un modo de inhibir el acceso, a través de los buscadores de internet, a datos ciertos que originalmente fueron lícitamente publicados pero que por el paso del tiempo perdieron toda relevancia pública, en una suerte de «borrado» de los rastros de un pasado que se desea olvidar del cual su protagonista se encuentra prisionero, por efecto de una Internet que, a diferencia del ser humano, no olvida y en la cual el tiempo, a diferencia del tiempo humano, se detiene.

Al mismo tiempo, la sensación de «propiedad» sobre la información que el usuario de servicios de Internet subió a determinadas plataformas (en particular, las de las redes sociales) abrió paso a la pretensión de contar con un derecho que le permitiera al titular de los datos llevárselos o replicarlos en formatos compatibles con otras plataformas, dando origen al «RTDP 2.0», que tuvo como primer antecedente en el *Data Portability Project*, iniciado en los Estados Unidos por un grupo de expertos y decisores del sector de nuevas tecnologías como punto de encuentro y foro entre compañías del sector digital a fin de dar impulso a prácticas de portabilidad homogéneas, sencillas y transparentes para el usuario¹³.

⁸ «Melvin vs. Reid» («The red Kimono»), California Court of Appeals, 1931.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el asesinato de los soldados de Lebach (BVerfGE 35, 202), 1973.

¹⁰ «Mau vs. Rio Grande Oil Inc.», US District Court of California, 1939

¹¹ «Marvin Briscoe vs. Reader's Digest», Supreme Court of California, 1971.

¹² «Google Spain & Google Inc v AEPD & Mario Costeja González», caso C-131/12, 2014.

¹³ Para mayor detalle ver a Javier Fernández Samaniego y Paula Fernández Longoria, «El derecho a la portabilidad de los datos», en José Luis Piñar Mañas (Director), «Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad», Reus, España, 2017, p. 257 y ss.

Ya en el ámbito de la Unión Europea, y teniendo en especial consideración la necesidad de contrarrestar los efectos perjudiciales que podrían acarrear el tratamiento de los datos proporcionados por niños, niñas y adolescentes (compartidos por estos sin mayores prevenciones a las redes sociales), surgió la idea de promover, entre otros, a estos dos «nuevos derechos». Así, en el plano europeo Viviane Reding, por entonces Comisaria Europea de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación, partiendo en parte de las ideas expuestas por Viktor Mayer-Schönberger (2009) respecto de la necesidad de reconocer ciertas formas de olvido en la era digital, en una conferencia brindada en 2009 expresó: «Necesitamos encontrar maneras de potenciar a los internautas. Los usuarios de Internet deben sentir que sus derechos fundamentales, y sus datos personales, son seguros en el mundo digital. Los usuarios de Internet deben tener un control efectivo de lo que ponen en línea y poder corregirlos, retirarlos o eliminarlos cuando lo deseen. En la reciente consulta pública sobre la revisión de las reglas de protección de datos, nos dijeron que debería haber ‘un derecho a ser olvidado’. Tenemos que mirar más de cerca esta idea. Más control también significa poder mover sus datos de un lugar a otro, y tenerlos correctamente eliminados de la primera ubicación en el proceso. Si tengo mis preciosas fotos almacenadas en algún lugar de la nube, ¿qué pasa si quiero cambiar a otro proveedor? También hay un importante punto de competencia aquí. Como comisario de telecomunicaciones de la UE, luché para que la portabilidad numérica fuera una opción real para los consumidores, en aras de la competencia. Puedo ver la misma lógica que se aplica aquí con los datos» (Reding, 2009). Reding volverá a la carga sobre estos mismos temas al año siguiente, ya siendo Vicepresidenta primera de la Comisión Europea, en la Conferencia Europea sobre protección de datos y Privacidad, al justificar que la Unión Europea necesitaba nuevas reglas de protección de datos personales, haciendo especial hincapié en la necesidad de reconocer el derecho al olvido¹⁴.

¹⁴ En tal oportunidad sostuvo: «el rápido ritmo del cambio tecnológico ha generado nuevas preguntas y desafíos. La privacidad hoy en día se ha convertido en un blanco móvil: los nuevos riesgos necesitan mejores remedios legales. Estos riesgos están relacionados con la forma en que vivimos hoy. Los datos personales se pueden almacenar fácilmente y luego multiplicarse aún más fácilmente en la Web. Pero no es fácil borrarlos. Como alguien dijo una vez: ‘¡Dios perdona y se olvida, pero la Web nunca lo hace!’ Por eso para mí es tan importante el ‘derecho a ser olvidado’. Con cada vez más datos privados flotando en la Web, especialmente en los sitios de las redes sociales, las personas deberían tener el derecho de que sus datos sean eliminados por completo...

«Creo que las personas deben poder mantener el control sobre sus datos. Esto es particularmente importante en el mundo en línea, donde las prácticas de protección de datos a menudo no son claras, no son transparentes y no siempre cumplen con las reglas existentes. Las personas deben estar bien y claramente informadas, de manera transparente, sobre cómo y quiénes recopilan sus datos. Necesitan saber cuáles son sus derechos si desean acceder, cambiar o eliminar sus datos.

«Quiero presentar el ‘derecho a ser olvidado’. Los sitios de las redes sociales son una excelente manera de estar en contacto con amigos y compartir información. Pero si las personas ya no quieren usar un servicio, no deberían tener problemas para eliminar sus perfiles. El derecho a ser olvidado es particularmente relevante para

Esta línea de pensamiento fue luego corroborada en una Comunicación de la Comisión por la cual se realizaba un diagnóstico sobre la protección de los datos personales en la Unión Europea, donde se enfatizó acerca de la necesidad de aportar herramientas para resolver los problemas de privacidad relacionados con los niños en la red —especialmente debido a que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias y derechos vinculados al tratamiento de datos personales—; reforzar el principio de minimización de datos, mejorar las modalidades de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, borrado o bloqueo de datos, y reconocer explícitamente tanto el derecho al olvido como el derecho a la portabilidad de los datos, por el cual se confiera a la persona concernida «el derecho explícito a retirar sus datos (por ejemplo, fotografías o listas de amigos) de una aplicación o de un servicio, de modo que los datos retirados puedan transferirse a otra aplicación u otro servicio, siempre que ello sea técnicamente posible, sin que los responsables del tratamiento lo obstaculicen»¹⁵.

La utilidad del nuevo derecho del cual se pretendía dotar a las personas resultaba a esas alturas innegable, del mismo modo que también se podían vislumbrar sus dificultades. Así, v.gr., advertía Miralles: «resulta difícil imaginar hasta qué punto el cliente de un servicio de banca en línea podrá ejercer su derecho a transmitir su información a otra entidad financiera, o por ejemplo, lo interesante que sería que un vendedor de productos en línea pudiera transferir la información de su perfil de ventas (en definitiva su prestigio digital como vendedor) a otra plataforma de subastas, y no tener que empezar desde cero a generar confianza en los compradores de la nueva plataforma a la que se ha trasladado...

«...a nadie se le escapan las dificultades de orden práctico que puede conllevar el ejercicio de ese derecho; su necesidad no debería ser objeto de discusión, dado el actual contexto digital, en el que ingente cantidad de información personal textual y multimedia se mueve por las diferentes redes sociales, o por los servicios de «*cloud computing*», donde a unos y otros se les confía el almacenamiento y procesamiento masivo de información personal, lo que obliga a prever mecanismos que eviten, aduciendo cuestiones tecnológicas, el «secuestro» de la información o el acabar como «cautivos digitales» de por vida de un proveedor concreto. Intuitivamente el derecho a la portabilidad de los datos parece aportar mecanismos efectivos de protección frente al desarrollo de servicios y modelos de negocio que se han generado en torno a la red» (Miralles, 2012).

los datos personales que ya no son necesarios para los fines para los que se recopilaron. Este derecho también debe aplicarse cuando haya expirado el período de almacenamiento que el usuario aceptó.» (Reding, 2010).

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM (2010) 609. Bruselas, 04/11/2010.

Pocos meses más tarde, en la Comunicación de la Comisión Europea COM (2012) 9 («La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI»), se presentaron dos iniciativas legislativas¹⁶ a través de las cuales se pretendía adecuar el marco normativo existente debido a que este, en opinión de la Comisión, ya no era suficientemente eficaz para preservar el derecho a la protección de datos personales en el «nuevo y complejo entorno digital actual». El proyecto de Reglamento General de Protección de Datos contenía diversas innovaciones, entre las cuales se reconocían los derechos al olvido y a la portabilidad, este último contenido en su artículo 18, por el cual se concedía al interesado, bajo ciertas condiciones, las facultades de: a) obtener una copia de sus datos personales en un formato electrónico estructurado y de uso habitual; y b) transferir sus datos, y otras informaciones que haya facilitado, de un sistema de tratamiento electrónico a otro¹⁷. En el mismo año tuvo lugar una reunión interparlamentaria de comisiones en el Parlamento Europeo, a instancias de la Comisión del Parlamento Europeo de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) y la Unidad de Diálogo Legislativo (UDL), en la cual se trataron aspectos de la implementación práctica del derecho a la portabilidad.

Finalmente, luego de marchas y contramarchas y con varios otros derechos¹⁸ y nuevos principios¹⁹, los derechos al olvido y a la portabilidad encontraron eco normativo en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea (artículos 13, 14, y 20 para el derecho a la portabilidad, y artículo 17 para el derecho al olvido)²⁰. Sin embargo, y pese a que este derrotero permitía

¹⁶ Mediante la Comunicación se propuso la aprobación de un Reglamento General de Protección de Datos y una Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos.

¹⁷ Artículo 18. Derecho a la portabilidad de los datos

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

2. Cuando el interesado 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.

3. La Comisión podrá especificar el formato electrónico contemplado en el apartado 1 y las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transmisión de datos personales de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el artículo 87, apartado 2».

¹⁸ Los de transparencia de la información (artículos 5, 12, 13, 14 y 88) y de limitación al tratamiento (artículos 18 y 19).

¹⁹ Los de transparencia (5, 12, 13, 14, 26, 40, 41, 42, 43 y 88), responsabilidad o *accountability* (artículos 24, 26 y 82) y protección de datos por defecto y desde el diseño (artículo 25).

²⁰ El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de

presagiar que ambos derechos conseguirían similares niveles de reconocimiento en Iberoamérica (muy adscripta al sistema europeo de protección de datos), lo cierto es que no corrieron la misma suerte en el plano normativo de la región.

En efecto, en el caso del derecho al olvido, si bien este encontró espacio expreso incluso antes de la decisión que adoptara el STJUE en el caso «Costeja», en la legislación de Costa Rica²¹ y Nicaragua²², lo cierto es que no consiguió recepción expresa en las principales reglas que se dictaron o proyectaron luego, sino solo referencias implícitas en la regulación del derecho de oposición al tratamiento en la Ley General de Protección de Datos en Posesión de Sujetos Obligados de México y en el proyecto de ley de protección de datos de Chile, ambas de 2017²³ y tampoco fue unánimemente acogido ni por las decisiones de los órganos de control ni por las resoluciones de los tribunales nacionales de clausura de la región.

A la inversa, el derecho a la portabilidad —el único de los dos que mantuvo un buen grado de consenso²⁴—, ganó expreso y simultáneo reconocimiento (entre 2016 y 2017) en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de México²⁵ (aunque por datar de 2010 no fue incorporada a la

estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), prevé el «derecho a la portabilidad de los datos» en su artículo 20, y es regulado conjuntamente con los derechos ARCO (acrónimo formado por las primeras letras de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento).

²¹ El artículo 10 del decreto 3755, de 2012, reglamentario de la ley costarricense de protección de datos, reconoce el derecho al olvido a través de la regulación de un plazo de 10 años de caducidad del dato desde la ocurrencia del hecho relevante.

²² La ley nicaragüense 787, de 2012, en su artículo 10 prevé expresamente el derecho a ser digitalmente olvidado en redes sociales, servidores y buscadores.

²³ Artículo 47 de la ley mexicana y artículo 16, inc. b, del proyecto de ley de protección de datos chilena, que prevén, respectivamente, el derecho a oponerse al tratamiento cuando «aun siendo lícito el tratamiento, el mismo debe cesar para evitar que su persistencia cause un daño o perjuicio al titular» y cuando «el dato personal haya caducado».

²⁴ Pese a que el derecho al olvido fue convalidado por el Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «Costeja» de 2014, se encuentra envuelto en fuertes polémicas e incluso de su primigenia inclusión, con cierto detalle, en el proyecto de Reglamento Europeo de 2012, apenas sobrevivió, en la norma finalmente aprobada en 2016, entre paréntesis y en el epígrafe del artículo referido al derecho de cancelación (artículo 17), ubicación por lo demás también criticada por cuanto la eliminación de los datos no es el único medio de ejercer el derecho al olvido.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares), y en el proyectos de reforma a la ley de protección de datos personales de Argentina²⁶, Chile²⁷ y Brasil²⁸.

Amén de estas reglas nacionales, cabe destacar que también al mismo tiempo la figura fue incluida en los «Estándares de protección de datos para los países Iberoamericanos» aprobados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) en el XV Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos celebrado en Chile, en junio de 2017, cuyo antecedente mediato lo constituyen las «Directrices para la Armonización de la Protección de Datos en la Comunidad Iberoamericana», aprobadas por el mismo organismo en la reunión celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 3 a 5 de mayo de 2006.

Estos estándares tienen especial trascendencia y proyección en el ámbito latinoamericano debido a que contiene respuestas técnicas consensuadas por los órganos de control iberoamericanos que integran la RIPD al expreso pedido que surgió

²⁶ En Argentina, el Ministerio de Justicia de la Nación generó un programa denominado «Justicia 2020» del cual surgió, impulsado por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, un anteproyecto de reforma integral a la ya antigua ley de protección de datos personales (25.326, de 2000, cuya base es la LORTAD española de 1992), en el cual se destaca la incorporación de las principales novedades provenientes del RGPD y de los Estándares de protección de datos para los países Iberoamericanos elaborados por la RIPD, y la consecuente inclusión, al igual que en el caso español, del derecho a la portabilidad (artículo 33), pero no del derecho al olvido.

La norma proyectada prevé lo siguiente:

Artículo 33. Derecho a la portabilidad de datos personales. Si se brindan servicios en forma electrónica que incluyan el tratamiento de datos personales, el titular de los datos tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento en un formato estructurado y comúnmente utilizado que le permita su ulterior utilización. El titular de los datos puede solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

Este derecho no procederá cuando: a) su ejercicio imponga una carga financiera o técnica excesiva o irrazonable sobre el responsable o encargado del tratamiento; b) vulnere la privacidad de otro titular de los datos; c) vulnere las obligaciones legales del responsable o encargado del tratamiento; d) impida que el responsable del tratamiento proteja sus derechos, su seguridad o sus bienes, o los derechos, seguridad y bienes del encargado del tratamiento, o del titular de los datos o de un tercero.

²⁷ Artículo 19. Derecho a la portabilidad de datos. Los titulares tendrán derecho a la portabilidad de sus datos personales. Podrán solicitar y recibir sus datos 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:

- a) el tratamiento esté basado en el consentimiento explicitado en un contrato.
- b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

Al ejercer su derecho a la portabilidad el titular tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

²⁸ Artículo 18. El titular de los datos personales tiene derecho a obtener, en relación con sus datos personales: ... V. Portabilidad, mediante requerimiento de sus datos personales a otro proveedor de servicio o producto. Artículo 19

... 3. Cuando el tratamiento tuviere origen en el consentimiento del titular o en un contrato, el titular podrá solicitar copia electrónica integral de sus datos personales en formato que permita su posterior utilización, inclusive en otras operaciones de tratamiento.

4. El órgano competente podrá disponer sobre los formatos en que serán suministradas las informaciones y los datos al titular.

de los acuerdos adoptados en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Colombia, 28 y 29 de octubre de 2016), de modo que sus reglas muy probablemente sean seguidas de manera bastante uniforme por las sucesivas reformas que se vayan produciendo a las legislaciones de la región, máxime cuando en el mismo documento precisamente se destaca que se trata de un «marco normativo que se posiciona como un referente obligado y determinante para la elaboración de las legislaciones nacionales de protección de datos en Iberoamérica») y ya en el considerando 19 se advierte sobre la necesidad de adoptar un marco regulatorio con el propósito de garantizar de manera efectiva el derecho a la protección de datos personales que reconozcan el ejercicio gratuito los derechos ARCO y a la portabilidad, inclusive respecto de motores de búsqueda de Internet²⁹.

Refiriéndose específicamente al derecho a la portabilidad, el estándar 30 del documento establece específicamente:

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.

La norma se complementa con otras que están íntimamente relacionadas, como el estándar 16, que al regular el principio de transparencia, estipula que el responsable del tratamiento debe informar al titular de los datos sobre la existencia

²⁹ (19) Reconociendo que con el propósito de garantizar de manera efectiva el derecho a la protección de datos personales, es preciso adoptar un marco regulatorio que reconozca a cualquier persona física, en su carácter de titular de sus datos personales, la posibilidad de ejercer, por regla general de manera gratuita y excepcionalmente con costos asociados por razones naturales de reproducción, envío, certificación u otras, los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad, inclusive en el contexto de tratamientos de datos personales efectuados por motores o buscadores de Internet; derechos que complementan las condiciones necesarias para que los titulares ejerzan de manera plena su derecho a la autodeterminación informativa

y características principales del tratamiento de sus datos personales, incluyendo lo relativo a la «existencia, forma y mecanismos o procedimientos a través de los cuales podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad»³⁰.

Por lo demás, en cuanto al ejercicio de los derechos ARCO y a la portabilidad, en el estándar 24 se expresa que «en todo momento» se puede solicitar al responsable, el acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad de los datos personales, y que el ejercicio de cualquiera de esos derechos no es requisito previo, ni impide el ejercicio de otro³¹, y en el estándar 32 se dispone que el responsable debe establecer medios y procedimientos sencillos, expeditos, accesibles y gratuitos que permitan al titular ejercer tales derechos, y que la legislación nacional aplicable deberá establecer los requerimientos, plazos, términos y condiciones en que los titulares podrán ejercerlos, así como las causales de improcedencia, respecto de las cuales realiza una enunciación no taxativa³².

³⁰ 16. Principio de transparencia

16.1. El responsable informará al titular sobre la existencia misma y características principales del tratamiento al que serán sometidos sus datos personales, a fin de que pueda tomar decisiones informadas al respecto.

16.2. El responsable proporcionará al titular, al menos, la información siguiente:

a. Su identidad y datos de contacto.

b. Las finalidades del tratamiento a que serán sometidos sus datos personales.

c. Las comunicaciones, nacionales o internacionales, de datos personales que pretenda realizar, incluyendo los destinatarios y las finalidades que motivan la realización de las mismas.

d. La existencia, forma y mecanismos o procedimientos a través de los cuales podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad.

e. En su caso, el origen de los datos personales cuando el responsable no los hubiere obtenido directamente del titular.

16.3. La información proporcionada al titular tendrá que ser suficiente y fácilmente accesible, así como redactarse y estructurarse en un lenguaje claro, sencillo y de fácil comprensión para los titulares a quienes va dirigida, especialmente si se trata de niñas, niños y adolescentes. 16.4. Todo responsable contará con políticas transparentes de los tratamientos de datos personales que realice

³¹ 24. Derechos ARCO

24.1. En todo momento el titular o su representante podrán solicitar al responsable, el acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad de los datos personales que le conciernen.

24.2. El ejercicio de cualquiera de los derechos referidos en el numeral anterior no es requisito previo, ni impide el ejercicio de otro.

³² 32. Ejercicio de los derechos ARCO y de portabilidad

32.1. El responsable establecerá medios y procedimientos sencillos, expeditos, accesibles y gratuitos que permitan al titular ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad.

32.2. La legislación nacional de los Estados Iberoamericanos aplicable en la materia establecerá los requerimientos, plazos, términos y condiciones en que los titulares podrán ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad, así como las causales de improcedencia al ejercicio de los mismos como podrían ser, de manera enunciativa más no limitativa:

a. Cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de un objetivo importante de interés público.

b. Cuando el tratamiento sea necesario para el ejercicio de las funciones propias de las autoridades públicas.

c. Cuando el responsable acredite tener motivos legítimos para que el tratamiento prevalezca sobre los intereses, los derechos y las libertades del titular.

d. Cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una disposición legal.

e. Cuando los datos personales sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica o contractual.

Las normas incorporadas en estos estándares constituyen una adecuada síntesis de las prescripciones emergentes tanto de los considerandos y del articulado del RGPD europeo, como de las «Directrices sobre el Derecho a la portabilidad de datos» aprobadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva Europea 95/46, de manera que, aun dejando espacio para mayor detalle en las legislaciones nacionales como es común en toda regla de aplicación regional, constituyen una base determinante para la homogeneización de las normas dentro del ámbito iberoamericano.

3. El derecho a la portabilidad en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y su proyección en España

Desde su versión original, puesta oficialmente a consideración en 2012, el Reglamento introdujo el derecho a la portabilidad en un artículo 18³³ que luego fue calcado por la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de México.

La regla originalmente proyectada desapareció en su primera revisión, para finalmente ser reincorporada con una reformulación total, que finalmente fue aprobada con el siguiente tenor:

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,

32.3. La legislación nacional de los Estados Iberoamericanos aplicable en la materia podrá reconocer que las personas físicas vinculadas a fallecidos o designados por estos, ejerzan los derechos a que se refiere el presente estándar respecto a los datos personales de fallecidos que les conciernan.

32.4. La legislación nacional de los Estados Iberoamericanos aplicable en la materia reconocerá el derecho que tiene el titular de inconformarse o impugnar las respuestas otorgadas por el responsable ante una solicitud de ejercicio de los derechos aludidos en el presente numeral, o ante la falta de respuesta de este ante la autoridad de control y, en su caso, ante instancias judiciales de conformidad con el derecho interno de cada Estado Iberoamericano.

³³ Artículo 18. Derecho a la portabilidad de los datos

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

2. Cuando el interesado 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.

3. La Comisión podrá especificar el formato electrónico contemplado en el apartado 1 y las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transmisión de datos personales de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el artículo 87, apartado 2.

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:

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.

La norma se complementa con otras previsiones que aluden genéricamente al ejercicio de los derechos por parte del titular de los datos, como los artículos 12 a 15, con las que disponen sanciones administrativas en caso de violación a este derecho y con las emergentes de los considerandos 59, 63, 64, 68, 73 y 156, en los cuales se explica con cierto nivel de detalle el sentido y alcance de las normas propuestas.

Dado que se trata de un Reglamento que, a diferencia de la directiva que viene a reemplazar, no requiere de normas de transposición nacionales para entrar a regir en los ámbitos nacionales, la mayoría de los países europeos comenzaron a revisar sus legislaciones a fin de adecuar y complementar las reglas emergentes de la nueva norma comunitaria, destacándose entre las diversas iniciativas la del Ministerio de Justicia español, que publicó, el 08 de junio de 2017, un anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal³⁴, que incluye el derecho a la portabilidad aunque no refiere expresamente al derecho al olvido.

La regla proyectada —de confección totalmente diferente a la LOPD de 1999 que viene a reemplazar—, prevé lo siguiente:

Artículo 27. Derecho a la portabilidad.

1. El derecho a la portabilidad regulado en el artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679 podrá ejercerse por el afectado respecto de los datos que hubiera facilitado al responsable del tratamiento y de los que se deriven directamente del uso por aquel de los servicios prestados por el responsable.

³⁴ Este anteproyecto, elaborado por una comisión presidida por José Luis Piñar Mañas, puede encontrarse en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428461386>.

2. El derecho a la portabilidad no se extenderá a los datos que el responsable hubiere inferido a partir de aquellos a los que se refiere el apartado anterior. En todo caso, el afectado podrá ejercer respecto de estos datos los restantes derechos enumerados en este capítulo, particularmente el derecho de acceso contemplado en el artículo 15 del Reglamento (UE) 2016/679.

4. Análisis comparativo de las reglas aprobadas o proyectadas en el ámbito Iberoamericano

Un sintético esquema de los aspectos centrales de cada una de las normas relevadas anteriormente permite establecer diversas particularidades respecto del alcance y modos de ejercicio del derecho a la portabilidad, las cuales son sistematizadas a continuación.

4.1. Tipos de datos alcanzados

- Los datos personales del interesado (PPRGPD) o del titular (LGPDPSO, PLPDP Argentina, PLPDP Brasil y PLPDP Chile)³⁵.
- Los datos personales que le incumban al interesado, facilitados con su consentimiento o mediando contrato (RGPD).
- Los datos personales del titular que este hubiere proporcionado o que sean objeto de tratamiento (ERIPD).

4.2. Tipos de soportes en los que deben estar contenidos los datos

- Bajo tratamiento automatizado (RGPD y PLPDP Chile).
- Tratados por vía electrónica o medios automatizados (ERIPD).
- Contenidos en servicios brindados en forma electrónica (PLPDP Argentina).
- Tratados por vía electrónica, en formato estructurado y comúnmente utilizado (PPRGPD y LGPDPSO).

³⁵ De la literalidad de la PPRGPD y de la LGPDPSO no surge que se requiera que hayan sido facilitados por el interesado para pedir copia, pero sí para su transmisión, y en este caso se incluye toda otra información proporcionada que se conserve en el sistema.

Del PLPDP de Brasil surge que cuando el tratamiento tuviere origen en el consentimiento del titular o en un contrato, el titular podrá solicitar copia electrónica integral en formato reutilizable.

4.3. Formatos en los que deben ser proporcionados los datos

- En formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que permita seguir utilizándolos. Se delega reglamentar (PPRGPD a la Comisión Europea y LGPDPSO al Sistema Nacional de Transparencia).
- En formato estructurado y comúnmente utilizado que le permita su ulterior utilización. No se delega expresamente a reglamentación (PLPDP Argentina).
- En formato electrónico, estructurado, de uso común y lectura mecánica. No se delega expresamente a reglamentación (RGPD y PLPDP Chile).
- En formato estructurado, de uso común y lectura mecánica que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro responsable. No se delega expresamente a reglamentación (ERIPD).
- Copia electrónica integral de los datos personales en formato que permita su posterior utilización, inclusive en otras operaciones de tratamiento cuando el tratamiento tuviere origen en el consentimiento del titular o en un contrato. Se delega al órgano competente disponer sobre los formatos en que serán suministradas las informaciones y los datos al titular (PLPDP Brasil).
- Cualquier operación de tratamiento realizado por persona de natural o jurídica de derecho público o privado (PLPDP Brasil, por ámbito aplicación de la ley).

4.4. Límites al ejercicio del derecho

No opera:

- 1) Respecto de información inferida, derivada, creada, generada u obtenida por el responsable sobre datos personales obtenidos por el titular (ERIPD)
- 2) Cuando el tratamiento fuera necesario para una misión en interés público o el ejercicio de poderes públicos del responsable (RGPD)
- 3) Si afecta el cumplimiento de obligaciones legales del responsable o encargado del tratamiento (PLPDP Argentina)
- 4) Si afecta los derechos de terceros (RGPD), a los derechos y libertades de otros (ERIPD), a la privacidad de otro titular de datos (PLPDP Argentina)
- 5) Si afecta los derechos de supresión y al olvido (RGPD)
- 6) Si implica una carga financiera o técnica excesiva (PLPDP Argentina)
- 7) Si impide que el responsable proteja sus derechos, seguridad y bienes, los del encargado del tratamiento o los de terceros (PLPDP Argentina)

4.5. Tiempo y procedimiento de respuesta al requerimiento

- Se difiere a la legislación estatal (ERIPD).

Responde el responsable:

- Dentro de 2 días hábiles, luego queda expedita la vía judicial (PLPDP Chile)

- Dentro de 7 días (PLPDP Brasil)

- Dentro de 10 días hábiles de la intimación fehaciente, caso contrario vía administrativa o judicial de protección (PLDPP Argentina).

- Dentro de 20 días extensible por una sola vez y por 10 días más cuando lo justifique y el titular sea notificado previamente. La unidad administrativa competente elabora la respuesta y la remite a la Unidad de Transparencia para su notificación al titular. La portabilidad debe efectivizarse dentro de los 15 días desde la respuesta. Se prevé un mecanismo especial cuando la autoridad no tenga datos que legalmente deba poseer (LGPDPSSO).

- Sin dilación indebida dentro de 1 mes desde la solicitud, o en un máximo de 3 meses para casos complejos, previa información al titular sobre el retraso dentro del plazo general (RGPD).

5. El derecho a la portabilidad en las «Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos» y en la propuesta de lineamientos del INAI de México

Con el objetivo de brindar un marco más preciso para la interpretación y aplicación del RGPD en lo atinente al derecho a la portabilidad, el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46 (GT 29 o WP 29) aprobó el 13 de diciembre de 2016, un documento denominado «Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos»³⁶, donde se definen los aspectos centrales del nuevo derecho, regla que sirvió además de base para los lineamientos aprobados en 2017 por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) de México que fueron inmediatamente girados al Sistema Nacional de Transparencia para su revisión.

Dado que ambas normas tienen la misma matriz —como ya fue expresado, la ley mexicana prácticamente calcó el texto del primer borrador del RGPD puesto en discusión en 2012—, las principales diferencias que traen los lineamientos mexicanos respecto de las directrices europeas se limitan en la práctica al agregado

³⁶ 16/EN, GT242.

de reglas autóctonas relacionadas con las particularidades propias del sistema mexicano de control y a unas pocas distinciones que surgen de la diferencia central que caracteriza a las normas madre de ambos ordenamientos, dado que las europeas están principalmente dirigidas a los responsables del tratamiento del sector privado, mientras que en México, a falta de previsión expresa en la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares, la regla está dirigida exclusivamente a los responsables de tratamiento del sector público.

En tren de destacar las principales características del derecho, nos referiremos a continuación a las principales reglas emergentes de las directrices europeas.

5.1. Naturaleza jurídica del derecho, objeto y finalidad

El derecho a la portabilidad es un derecho autónomo que está estrechamente relacionado con el derecho de acceso, pero difiere de este en muchos aspectos.

El reconocimiento del derecho radica tanto en capacitar al interesado y darle más control sobre los datos personales que le afectan, como en aportar una herramienta importante que respalde la libre circulación de datos personales en la UE y promueva la competencia entre los responsables del tratamiento al otorgarle al titular de los datos la posibilidad de cambiar entre diferentes proveedores de servicios.

No se reconoce un derecho general a la portabilidad de los datos, sino solo de los que son objeto de tratamiento automatizado que hayan sido aportados con el consentimiento del interesado o se deriven de un contrato en el que este sea parte, de manera que «cubre los datos proporcionados conscientemente y de forma activa por el interesado, así como los datos personales generados por su actividad», alcanzando, v.gr., a los datos de cuenta, y a los que se generan y se recaban a partir de las actividades de los usuarios, pero no incluye a aquellos que genera exclusivamente el responsable del tratamiento (v.gr., los perfilados). En síntesis, se incluyen entre los datos «proporcionados por el interesado» a los entregados en forma activa y consciente; a los datos «observados» en virtud del uso del servicio o el dispositivo (v.gr., el historial de búsqueda), pero no el análisis posterior de dicho comportamiento, de modo que se excluyen los datos inferidos y los deducidos (v.gr., una puntuación crediticia).

5.2. Derechos del titular de los datos

El RGPD, según se explica en el dictamen, le reconoce al titular de los datos que ejerce el derecho a la portabilidad los siguientes derechos:

5.2.1. Derecho a recibir del responsable del tratamiento los datos personales requeridos, de manera gratuita, sin dilaciones indebidas y en un formato estandarizado que permita la interoperabilidad

Toda comunicación y cualquier actuación realizada en virtud de los derechos reconocidos a los titulares de los datos será gratuita para este, salvo cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, supuesto en que el responsable del tratamiento podrá cobrar un canon razonable o negarse a actuar respecto de la solicitud, de manera fundada.

Cuando para responder a la solicitud de portabilidad se deba recopilar un gran número de datos, que además se encuentran en una estructura compleja o presentan otros problemas técnicos, se abre un verdadero desafío para el responsable del tratamiento, porque debe proporcionar una visión general «de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, usando un lenguaje claro y sencillo».

Si bien el artículo 20 RGPD no refiere (a diferencia de lo que ocurre con los otros derechos ARCO) a que se debe dar respuesta «sin dilación indebida», pero esta regla constituye un principio general de la actuación en esta materia y surge expresamente del considerando 59.

El plazo máximo concedido al responsable del tratamiento para efectivizar o denegar la solicitud es el general de los derechos ARCO, en concreto de «un mes a partir de la recepción de la solicitud», prorrogable por otros dos meses cuando fuere «necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes, supuesto en el que debe informarse al interesado antes del vencimiento del plazo general, e indicando los motivos de la dilación. Para el caso en que la solicitud fuera denegada, deberá informarle al solicitante acerca de las razones de tal negativa y de la posibilidad de presentar una reclamación ante una autoridad de control y de ejercitar las acciones judiciales pertinentes (artículo 12.3. y 12.4 RGPD).

Los datos deben ser proporcionados de modo que se permita su reutilización, más específicamente «en un formato estructurado, de uso común y legible por máquina», lo que implica que el formato debe ser interoperable, aunque esto no crea la obligación para los responsables del tratamiento de adoptar o mantener sistemas de tratamiento que sean técnicamente compatibles.

Al no venir definido el formato por el RGPD y dado que diferirá entre los diversos sectores, se encarece a las partes interesadas del sector y a las asociaciones comerciales para que trabajen conjuntamente sobre una serie común de normas y formatos interoperables.

5.2.2. Derechos a obtener los datos personales para almacenarlos y a que se transmitan de un responsable del tratamiento a otro «sin impedimentos»

El responsable del tratamiento debe ayudar a los usuarios al almacenamiento seguro de sus datos personales en sus propios sistemas y a la protección de la información recibida. Asimismo, debe recomendar un formato o formatos apropiados y medidas de cifrado y debe transmitir, cuando así se lo solicite, los datos directamente a otro responsable del tratamiento, sin trabas indebidas.

5.2.3. Derechos a cancelar los datos o a seguir usando los servicios del responsable del tratamiento aun después de haberse hecho efectivo el derecho a la portabilidad

El requerimiento de los datos, sean o no transmitidos a un tercero, no conlleva automáticamente el borrado de estos del sistema del cual se portan, salvo que se finalice la relación con el responsable del tratamiento, de modo que el interesado puede ejercer, solo si lo desea, su derecho a borrar los datos.

5.2.4. Derecho a que no se extienda el período de retención bajo la excusa del ejercicio del derecho a la portabilidad

El ejercicio del derecho a la portabilidad no es excusa válida para rechazar el pedido de cancelación de los datos, y tampoco ese ejercicio puede afectar al periodo de retención de los datos originalmente aplicable a los datos que se han transmitido, de modo que el responsable del tratamiento no tiene la obligación de retener los datos personales por más tiempo del necesario o más allá de un periodo de retención especificado.

5.2.5. Derecho a ejercer el derecho de acceso emergente de la ley si un interesado descubriese que los datos personales solicitados de acuerdo con el derecho a la portabilidad de los datos no responden plenamente a su solicitud

El interesado siempre puede ejercer el derecho de acceso a sus datos, verificando así la información que se transfirió en el marco del ejercicio del derecho a la portabilidad.

5.3. Deberes de los responsables del tratamiento («remittente» y «receptor»)

Los responsables del tratamiento, frente al ejercicio del derecho a la portabilidad, deben respetar una serie de deberes, en concreto los siguientes:

5.3.1. Deber de informar a los interesados acerca de la disponibilidad del nuevo derecho a la portabilidad

El titular de los datos debe ser informado por el responsable del tratamiento, en especial con antelación al cierre de cualquier cuenta, sobre la posibilidad de ejercer el derecho a la portabilidad de manera clara, así como se le debe explicar acerca

de los distintos tipos de datos que un interesado puede recibir usando el derecho de portabilidad o el derecho de acceso.

5.3.2. Deber de transmitirlos con seguridad y a la persona adecuada

Los responsables del tratamiento deben garantizar «la seguridad adecuada de los datos personales, incluyendo la protección contra tratamientos no autorizados o ilícitos y contra su pérdida accidental, destrucción o daños, utilizando medios técnicos y organizativos apropiados», situaciones que pueden darse al tiempo de sacar los datos personales del sistema de información del responsable del tratamiento.

La transmisión debe hacerse de manera segura (p.ej., cifrada) y al destinatario correcto (v.gr., mediante mecanismos de autenticación adicional), esto siempre sin costos adicionales para el usuario.

5.3.3. Deber de autenticar debidamente al solicitante

La identificación del titular de los datos debe enmarcarse dentro de un esquema de relativa flexibilidad (artículos 11,2, 12.2, y 12.6 del RGPD), distinguiendo los casos en que no se requiere identificación; resulta imposible de identificar o se requiera información adicional cuando existan dudas razonables acerca de ella.

Si la información está vinculada a seudónimos o identificadores exclusivos, pueden implementarse procedimientos apropiados de autenticación (v.gr., nombres de usuario y contraseñas para el acceso a cuentas de correo electrónico, redes sociales y demás servicios en línea).

5.3.4. Deber de limitarse a proveer datos personales que incumban al interesado

No deben transferirse datos personales que ajenos o anónimos, salvo que se trate de seudónimos claramente ligados a un interesado o que no hayan sido proporcionados por este.

Debe tenerse una interpretación no excesivamente restrictiva cuando: a) la información contenga datos personales referidos a varios interesados que no han dado su consentimiento (los registros telefónicos pueden incluir en el historial de la cuenta del abonado detalles de terceros participantes en llamadas entrantes y salientes y en tal caso la transmisión a un nuevo responsable del tratamiento implica que este no debe procesarlos para ningún fin que pueda afectar negativamente a los derechos y libertades de los terceros); b) cuando se tenga que evaluar los datos «que haya facilitado» el interesado, dado que debe incluirse a todos los datos observados acerca del interesado durante las actividades para cuyo fin se los han recabado (como puede ser un historial de transacciones o un registro de accesos), y c) cuando se tenga que valorar los datos recabados mediante el seguimiento y registro del interesado,

se transmitan o no de manera activa o consciente (una aplicación que registre el ritmo cardíaco o tecnología usada para rastrear los hábitos de navegación)³⁷.

5.3.5. Deber de limitarse a proveer datos personales que no afecten negativamente a los derechos y libertades de terceros

Existirá afección negativa a los derechos y libertades de terceros, por ejemplo, cuando la transmisión impidiese a terceros ejercer sus derechos (v.gr., a la información, al acceso, etc.) o los afectare (v.gr., lesión a secretos comerciales o a la propiedad intelectual), de modo que cuando en el conjunto de datos se incluyan datos personales de terceros, debe señalarse otro motivo de la legalidad del tratamiento (v.gr., un interés legítimo del responsable receptor de los datos o la utilización ulterior para una actividad puramente personal o doméstica)³⁸.

Apuntando especialmente a las redes sociales, se promueve que todos los responsables del tratamiento (remitentes y receptores) pongan en práctica herramientas que permitan a los interesados seleccionar los datos relevantes y excluir, donde proceda, otros datos suyos, así como mecanismos de autorización para otros interesados involucrados a fin de facilitar la transmisión de datos en aquellos casos en los que las partes estén dispuestas a dar su consentimiento (p.ej., porque también deseen trasladar sus datos a algún otro responsable del tratamiento).

5.3.6. Deber de omitir retener los datos personales

El responsable del tratamiento no debe retener los datos personales más tiempo del necesario o más allá de un periodo de retención especificado, y debe evitar retenerlos simplemente para dar respuesta a una posible solicitud de portabilidad de datos. Esto se aplica también al receptor de los datos porque se convierte en nuevo responsable del tratamiento, de modo que también debe omitir la retención de datos irrelevantes para el servicio que se prestará (v.gr., si se solicita la

³⁷ El dictamen aclara que resulta improbable que los derechos y libertades de los terceros se vean afectados negativamente en la transmisión por *webmail* o en la transmisión del historial bancario si sus datos se utilizan para el mismo propósito en cada tratamiento, y a la inversa, sus derechos y libertades no se respetarán si el nuevo responsable del tratamiento usa el listado de contactos con fines de *marketing*, de modo que, a fin de evitar efectos negativos sobre los terceros involucrados, el tratamiento de dicho listado por parte de otro responsable del tratamiento se permite solo en la medida en que los datos se mantengan bajo el control exclusivo del usuario solicitante y se gestionen solo por necesidades puramente personales o domésticas.

³⁸ Se ejemplifica sobre este aspecto mencionando que dado que un servicio de *webmail* puede permitirle al interesado crear un listado de contactos, amigos, parientes, familiares y su entorno social en general, por ello debe transmitirse la totalidad del listado de los correos electrónicos entrantes y salientes, y que la transmisión total también procede cuando el derecho se ejercer sobre una cuenta bancaria propia que puede contener datos personales relativos a compras y transacciones del titular de la cuenta, así como información relativa a transacciones proporcionados por otras personas que han transferido dinero al titular de la cuenta. El considerando 63 del RGPD trae un supuesto específico de afección negativa a derechos de terceros cuando incluye los casos de «los secretos comerciales o la propiedad intelectual y en particular los derechos de autor que protegen los programas informáticos».

transmisión de las transacciones bancarias a un servicio que ayude a la gestión de su presupuesto, el nuevo responsable del tratamiento no necesita retener todos los datos de las transacciones una vez que han sido etiquetadas).

5.3.7. Deber de ofrecer diferentes opciones de puesta en práctica del derecho

El responsable debe ofrecer un menú de opciones para ejercer la portabilidad de acuerdo con la conveniencia del titular de los datos, como la descarga directa o la transmisión directa a otro responsable, lo que se lograría, por ejemplo poniendo a disposición una interfaz de programación de aplicación (API)³⁹. También se recomienda desarrollar procedimientos para responder de forma automática a las solicitudes de portabilidad, como por ejemplo la descarga sencilla de archivos personales del impuesto sobre la renta prestada por un servicio gubernamental.

5.3.8. Deber de los receptores de los datos portados de informar sobre la naturaleza de los datos personales que sean relevantes para la ejecución de sus servicios y de garantizar que tales datos sean pertinentes y no excesivos en relación con el nuevo tratamiento de datos

Dado que todo nuevo tratamiento de los datos debe ajustarse al régimen del RGPD, los receptores de los datos deben informar a los interesados acerca de la naturaleza de los datos personales relevantes para la ejecución de sus servicios, permitiéndoles limitar los riesgos para terceros e incluso duplicaciones innecesarias, haya o no otros interesados involucrados⁴⁰.

6. Conclusiones

La portabilidad de la información (y de los datos personales) es un elemento esencial de la nueva economía digital y también del gobierno abierto, ya que los desarrollos privados y públicos reposan cada vez en mayor medida en la disposición de datos en formatos que permitan la interoperabilidad de los sistemas de información, pieza clave de la sociedad del conocimiento.

La interoperabilidad —y con ella, la portabilidad de la información entre sistemas— gradualmente se ha instalado como una necesidad tecnológica creciente, que por ser cada vez más esencial para las personas ha ido ganando espacio en los peñaños

³⁹ Una API es un conjunto de definiciones, protocolos y herramientas de subrutinas para desarrollar programas y aplicaciones, y que traducido a términos más generales consistiría en esas «interfaces de aplicaciones o servicios web que ponen a disposición los responsables del tratamiento para que otros sistemas o aplicaciones pueden enlazarse y trabajar con sus sistemas».

⁴⁰ Así, por ejemplo, en el caso de una solicitud hecha a un servicio de *webmail* para recuperar correos electrónicos con la finalidad de enviarlos a una plataforma de almacenamiento segura, el nuevo responsable del tratamiento no necesita procesar los datos de contacto de los destinatarios del interesado pues tal información no es relevante en relación con el propósito del nuevo tratamiento.

inferiores de la pirámide de Maslow (que a la inversa de la pirámide de Kelsen, aloja lo más importante en su base), pudiendo predecirse sin mayores esfuerzos que resultará imprescindible en los tiempos de la web simbiótica.

La consagración normativa del derecho a la portabilidad de los datos personales es, por lejos, la novedad tecnológicamente más importante —tanto por su incidencia práctica como por su complejidad técnica— que están incorporando las legislaciones más recientes (afirmación que no niega la importancia de los también noveles principios de privacidad por diseño y por defecto, *accountability*, etc.).

Es cierto que por sus características no puede tener la operatividad plena y directa que caracteriza a los restantes derechos ARCO, y por ello queda un largo camino reglamentario por recorrer que no se vislumbra como sencillo, especialmente a la hora de establecer tanto los parámetros que caractericen los «formatos estructurados comúnmente utilizados» como las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transferencia y la debida protección de datos personales involucrados.

Tal vez estos desafíos constituyan una de las características más cautivantes de este derecho, pero habrá que transitar el largo y sinuoso camino que queda por delante, probablemente en muchos casos a prueba y error. Como dijera Lao Tsé Tung: todo viaje de mil millas comienza con el primer paso, y este se ha dado, con firmeza, en diversas latitudes. Enhorabuena.

Referencias

- Fernández Samaniego, Javier y Paula Fernández Longoria (2017). El derecho a la portabilidad de los datos. En José Luis Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. España: Reus.
- Maslow, Abraham (1943). A Theory of Human Motivation. *Psychological Review*, 50, 370-396. Disponible en <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>
- Mayer-Schönberger, Viktor (2009). *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Mirallas, Ramón (2012). El derecho de la portabilidad de los datos personales, 15/11/12. Disponible en <http://www.abogacia.es/2012/11/15/el-derecho-de-la-portabilidad-de-los-datos-personales/>
- Quevedo, Luis Alberto (2009). Portabilidad y cuerpo. Las nuevas prácticas culturales en la sociedad del conocimiento. En *Buscando señal. Lecturas sobre nuevos hábitos de consumo cultural* (pp. 21-42). Córdoba, Argentina: Centro Cultural de España.
- Reding, Viviane (2009). *Building trust in Europe's online single market*. Bruselas: American Chamber of Commerce to the EU.
- Reding, Viviane (2010). *Why the EU needs new personal data protection rules?* The European Data Protection and Privacy Conference.