

La eternidad virtual: estudio comparado del control post-mortem de los datos personales en Francia como modelo legislativo para Colombia¹

Virtual eternity: a comparative study of post-mortem control of personal data in France as a legislative model for Colombia

Olga Mayorga Cerpa² 
Universidad de Cartagena - Colombia



Para citaciones: Mayorga Cerpa, O. (2023). La eternidad virtual: estudio comparado del control post-mortem de los datos personales en Francia como modelo legislativo para Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 15(30), 248-276. <https://doi.org/10.32997/10.32997/2256-2796-vol.15-num.30-2023-4248>

Recibido: 03 de octubre de 2022

Aprobado: 30 de enero de 2023

Editor: Jorge Payares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2023. Mayorga Cerpa, O. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

El presente avance de investigación busca demostrar la importancia de construir una reglamentación sólida frente al control de los datos personales virtuales de las personas fallecidas en Colombia. Con este objetivo, se realizó un estudio del derecho europeo en materia de la muerte digital y la legislación francesa que reglamenta y controla el uso y circulación de datos post-mortem, finalmente, se expondrán conclusiones y recomendaciones que permitan ampliar la doctrina jurídica en Colombia e impulsar la indispensable reglamentación de las nuevas problemáticas jurídicas que presenta el mundo digital.

Palabras clave: Derecho al olvido digital; la eternidad digital; la muerte digital.

ABSTRACT

This research seeks to demonstrate the importance of building solid regulations against the control of virtual personal data of deceased persons in Colombia. For this, a study of European law on digital death and the right to be forgotten will be carried out, the French legislation that regulates and controls the use and circulation of post-mortem data will be analyzed, and a brief appreciation of the new models of digital legacy businesses will be performed to then submit preliminary proposals that allow expanding the legal doctrine in Colombia and promoting the essential regulation of the new legal problems that the digital world presents.

Keywords: right to be forgotten; digital eternity; digital death.

¹ El presente avance de investigación constituye un ejercicio de derecho comparado destinado al desarrollo del derecho digital en América latina y Colombia.

² Abogada de la Universidad de Cartagena. Master en derecho de los negocios y derecho económico de los mercados nacionales e internacionales de l'Université de Perpignan Via Domitia, Francia. Grupo de investigación Teoría jurídica y Derechos fundamentales – Phronesis. olgalore93@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

“Cuando la muerte terrestre no concede la muerte virtual” (Márquez, 2017) se crea un sentimiento de inmortalidad que sólo se concibe dentro del mundo digital. El presente escrito se interesa en el ser humano como productor de datos a lo largo de su vida virtual, sin embargo, la publicación de estos datos subsiste incluso luego de su muerte. En tal sentido, la presente investigación es de tipo jurídica y analiza el destino jurídico post-mortem de los datos digitales de carácter personal, el cual, ha sido objeto de amplia reflexión y de preocupación por la doctrina internacional, en especial en el continente europeo, y cuyo control ha sido reglamentado en Francia.

La muerte digital o la detención de la producción de trazos digitales es un proceso que depende de la voluntad humana, como es el caso de los denominados períodos de “détox”. En este sentido, la muerte virtual es una decisión cuya protección ha sido conferida a la persona misma, como ser vivo, por lo que las informaciones y datos personales sólo pueden ser suprimidas a solicitud de la persona que las publicó o por terceros asignados por esta misma para que ejerzan su derecho posterior a su muerte³.

Partiendo de este hecho, el presente análisis se desprende de la característica más importante de la decisión de morir digitalmente, es decir, **la anticipación**, por esto, este estudio se ha construido a partir de la idea reconocida que la creación de un alter ego que gobierna una vida virtual paralela a la vida real, es un acto puramente personal, que permite única y exclusivamente al individuo la posibilidad de crear una eternidad digital o de bien anticipar su supresión definitiva, en otras palabras, las personas tienen el derecho y la libertad de decidir entre el derecho al olvido digital (supresión definitiva de los datos) o la eternidad virtual (decisión de continuidad indefinida de circulación y tratamiento de los datos).

Las bases del presente estudio se construyeron a partir de la nueva riqueza o el bien máspreciado que tienen las personas actualmente, es decir, sus datos personales, demostrando que en un mundo en donde la vida es cada día más digitalizada, resulta indispensable que los sistemas jurídicos de América Latina y Colombia puedan contar con una reglamentación sólida de las principales problemáticas jurídicas del mundo digital, como en el caso de la muerte digital y el control post-mortem de los datos personales.

Para lograr este objetivo, se ha efectuado un estudio de derecho comparado entre la legislación francesa para la creación de una República Digital, la cual, estableció el derecho a la muerte digital y el principio de autodeterminación de los datos personales en Colombia.

³ Según datos de Facebook 2019, existen al menos 30 millones de cuentas de usuarios fallecidos en su sitio.

En principio, se exponen algunas consideraciones con relación al Derecho al olvido digital y la muerte digital, en razón a que, es indispensable conocer la manera como la doctrina europea ha sido constituida y las principales apreciaciones que llevaron al Derecho europeo y francés a prever un control de los datos posteriores a la muerte.

Para ello, se indagó sobre la identidad digital y su injerencia en la construcción de los derechos de la personalidad digital, sucesivamente se analizó la problemática de la trasmisión de los derechos de la personalidad digital que llevó a la concepción de la doctrina del respeto al recuerdo digital y de familia en el continente europeo, lo cual, condujo a una reglamentación de los datos post-mortem.

Posteriormente, se incursionó en el destino jurídico que pueden tener los datos personales luego de la muerte de su titular, desarrollando las dos ramificaciones posibles sea la supresión definitiva o muerte digital y como segunda opción la organización de la administración y conservación de los datos luego de la muerte. Dentro de esta segunda opción, se hizo énfasis, en las soluciones planteadas por los actores de internet encargados del manejo de datos y los servicios digitales dedicados a la explotación de datos.

Por último, se expuso el control post-mortem francés de los datos personales, dentro del Derecho de sucesiones, en lo relativo al testamento digital y la imposibilidad de transmitir los Derechos personales, para luego, analizar el mandato post-mortem dentro de la naturaleza contractual de la muerte digital. Finalmente, se presentaron las conclusiones y recomendaciones para su implementación en Colombia.

1. Consideraciones sobre el derecho al olvido y la muerte digital en Europa

El reconocimiento de la personalidad digital. Para abordar el tema de la eternidad virtual, es importante analizar la persona como un sujeto digital, tal como lo señalan los autores Ringer y Putman “Hay un derecho imposible de negar a un muerto: el derecho a que lo recuerden” (E, 1991), en este sentido, la doctrina jurídica europea ha trazado los lineamientos del control post-mortem de datos personales a partir de los denominados “Derechos de la personalidad digital” (Celine Baaklini, 2020), la cual, responde a los siguientes aspectos:

La transformación de las relaciones sociales. En los últimos años se ha visto un cambio remarcable en la manera de comunicación y los intercambios sociales de las personas, las cuales, han construido progresivamente sus relaciones con las demás personas de manera virtual, creando enlaces dentro de las redes sociales, las aplicaciones móviles y los diferentes sitios web’s destinados al intercambio por imagen, texto, voz, entre otros, permitiendo a sus familiares, amigos y desconocidos de interactuar sin límite de tiempo, ni espacio.

La implicación jurídica de la transformación de las relaciones sociales. Las interacciones sociales virtuales de las personas se construyen a partir de la transmisión constante de datos de una persona física objeto de identificación a otra. En este sentido, dentro del Derecho europeo se ha creado una dualidad, por una parte, algunos consideran que los datos personales deberían estar sumidos al régimen de Derecho de los bienes (Rochfeld J. , 2015) y para otros, debe ser aplicado el régimen del Derecho de la personalidad, defendiendo la idea que una reglamentación de las relaciones sociales virtuales entre las personas no responde a los datos personales sino a la identidad digital de las personas que los transfieren, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 4 del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento y el Consejo Europeo del 27 de abril 2016.

La dificultad de sistematizar una persona virtual. A pesar de lo anterior, los sistemas jurídicos se encuentran lejos del reconocimiento de una persona virtual dentro del Régimen civil de personas, guardando la tradicional dicotomía de persona natural y persona jurídica, aun cuando esta última, es una abstracción que atribuye Derechos y Deberes determinados por la existencia de un cuerpo físico que la conduzca, de esta manera, un posible reconocimiento de la persona virtual no puede entrar dentro de la concepción tradicional de la ley civil, porque esta sólo podría existir como una extensión digital de la persona, sin importar, si es una persona jurídica o natural a partir de su identidad digital (Forest, 2011).

La persona virtual como objeto de Derecho. En consecuencia, la discusión de la existencia de una persona virtual no se establece a partir de la persona misma como sujeto de Derecho, sino que sirve como vehículo para sistematizar una persona virtual como objeto de estos mismos (Marie Cornu, 2021).

La identidad digital y el debate del estado civil virtual. Por otra parte, la identidad digital ha sido reconocida por el Derecho positivo penal mediante el delito de usurpación de identidad digital y dentro del cuadro de la Reglamentación Europea RGPD, que establece que una persona física es virtualmente identificable (Artículo 4). Ahora bien, si la persona cuenta con una identidad digital, entonces es posible considerar la existencia de un estado civil virtual? Este hecho se desprende de la reglamentación en materia de identificación electrónica para transacciones virtuales y las nuevas técnicas de identificación “monidenum” para los tribunales virtuales, (identidad digital judicial) (C. Bléry, 2016) entre otros, lo cual, exige un control de los individual derivado del estado de las personas como los títulos de identidad integrados en sus datos digitales, como en el caso de “los pasaportes electrónicos” (Rochfeld J. , 2015) como un documento de identificación virtual. Así mismo, se establece una libertad de la persona de determinar su identidad digital en paralelo a su identidad personal, por lo que la doctrina ha indicado que “la identidad es una condición a priori de la personalidad jurídica (N. Mallet-Poujol, 2015)”

La existencia de la personalidad virtual. La persona como sujeto de Derecho subjetivos y de obligaciones de acuerdo con el Artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por lo cual, frente a la hipótesis de existencia de una personalidad virtual, sus derechos subjetivos estarán determinados por el uso digital que la persona le dé a estos, tales como, el derecho al acceso de datos, el Derecho al olvido reconocido por el Reglamento Europeo de protección de datos personales (RGPD) por medio del cual, podrá rectificar, borrar y limitar el tratamiento de sus datos y la portabilidad de los mismos, y otros como el derecho a la desconexión (protección de la salud de los asalariados) y la regulación de las herramientas digitales.

1.1 La dificultad de defender el “recuerdo digital” y el derecho europeo

En el mundo digital que nos rodea y nos envuelve, es de vital importancia establecer el destino de los datos personales, en este sentido, la persona tendrá la libertad de determinar las líneas directrices para el manejo de sus datos posterior a su muerte, ahora bien, esta libertad no es absoluta y no puede ir en contra del interés general, o de disposiciones legales en la materia. En este punto, la persona deberá determinar cuál es el destino de sus datos personales luego de su muerte y designar a las personas encargadas de ejercer su control y vigilancia.

En efecto, cuando la persona fallece y sus datos se ven expuestos a una violación de su buen nombre, intimidad, honra, o un manejo en contra de su propia imagen y del principio a la veracidad de la información, en principio, se considera que los Derechos de la personalidad virtual son intrasmisibles y le pertenecen a la persona misma finalizando con su muerte física (existen algunas excepciones), sin embargo, la doctrina Europea defiende la idea que estos Derechos siguen perteneciendo a la persona fallecida y deberán ser respetados porque existe una violación al “recuerdo digital”.

1.2 El Derecho al olvido digital en Europa

En primer lugar, el Derecho al olvido digital es un Derecho consagrado por la legislación europea. A partir de la famosa jurisprudencia *google spain* de la CJUE, este Derecho fue incorporado en el artículo 17 del Reglamento Europeo no. 2016/679 relativo a la protección frente al tratamiento de datos de carácter personal y a la libre circulación. Así, la Directiva no. 95/46/CE previó que los Estados miembros de la Unión son los garantes (art 12) de la protección de un Derecho de acceso que tienen las personas para solicitar y obtener de los responsables del tratamiento de datos “la rectificación, la supresión y el cierre de datos incompletos o inexactos con respecto a lo dispuesto en la Directiva “(art 14).

El Derecho al olvido digital es un derecho que puede ser ejercido por cualquier persona a lo largo de su vida para controlar sus datos publicados que circulan

dentro del mundo digital. En este orden de ideas, frente a la necesidad de reglamentar el uso de los datos personales luego de la muerte física, se creó la figura de la muerte digital, la cual, hace referencia a la decisión anticipada de la persona, la cual, dispone una supresión definitiva de sus datos personales.

1.3 El Derecho al olvido digital en Colombia

En Colombia, el artículo 15 de la Constitución Política estableció el Derecho fundamental al Habeas Data, reconocido por la Corte Constitucional (sentencia T-414-92 y otras) e incorporado en el artículo 8 de la Ley 1581 2012, Ley de protección de datos y el Decreto 1377-2013 en lo relativo en su aplicación.

Si bien es cierto, la legislación no ha previsto un derecho al olvido digital (Galvis Cano, 2018), se ha defendido la idea que el derecho al habeas data supone la existencia de un derecho a la caducidad del dato negativo (Corte constitucional SU-082-1995), como una creación jurisprudencial dentro del sistema financiero que necesita ser más desarrollada dentro de la protección a los datos personales de los usuarios (V, 2015).

2. El destino jurídico de los datos digitales de las personas fallecidas

2.1 Régimen legal de la muerte digital en Francia

El derecho a suprimir, borrar o eliminar los datos digitales de las personas fallecidas constituye un interrogante de amplia preocupación por el legislador dentro de los países de la Unión Europea (Favreau, L'accès des proches aux données à caractère personnel du défunt: Numérique, Nouveaux droits, nouveaux usages, 2017). Para el año 2014, la Comisión Nacional de la Información y de Libertades en Francia (CNIL) anunció que aproximadamente 13 millones de perfiles de personas fallecidas en Facebook legitiman el interrogante del estudio denominado “en las redes sociales: ¿más muertos que vivos? (Mort numérique: peut-on demander l'effacement des informations d'une personne décédée?, 2014)”.

En un principio, la Ley Francesa del 6 de enero de 1978 previó que los derechos de la persona (Derecho a la información, el Derecho al acceso, el Derecho a la rectificación y el Derecho a la oposición) se apagaban con la muerte de su titular, por lo que sólo se les permitía a los herederos solicitar una actualización de los datos recolectados de la persona fallecida, de esta manera, en el artículo 40, parágrafo 6, dispuso que:

los herederos de las personas fallecidas que justifiquen su identificación pueden, si los elementos cuyo alcance es de su conocimiento los dejan presumir que los datos personales les conciernen, y cuyo uso no ha sido actualizado, pueden exigir al responsable del uso en mención que se tenga en cuenta el fallecimiento del titular y, en consecuencia, proceder a la actualización del fallecimiento

Así mismo, en el párrafo 7 estableció que: “Siempre que los herederos realicen la solicitud, el responsable del uso deberá justificar, sin costo de los demandantes, que efectuó las operaciones exigidas en virtud de la disposición precedente.”

Posteriormente, mediante la proposición de Ley del 6 de agosto 2004, que modificó la ley de 1978, se determinó que la libertad de los herederos tenía un límite siempre que la persona fallecida estipulara lo contrario a través de un documento. Sin embargo, la disposición no permitía un cierre definitivo de las cuentas en línea, al tener un acceso limitado a los datos de la persona, entendiendo que: “Los herederos no tienen necesariamente conocimiento y en general no deberían tener acceso a los datos digitales del fallecido”.

En este orden de ideas, el legislador en Francia, mediante la Ley no. 2016-1321 del 7 de octubre de 2016 denominada “Ley de la República Digital”, suprimió el párrafo 6 y 7 del artículo 40 de la Ley 1978.

En consecuencia, el nuevo artículo 40-1 consagró el Derecho a la muerte digital permitiendo a las personas de organizar las instrucciones en las que serán tratados sus datos luego de su muerte y las instrucciones en las que serán conservados, borrados o comunicados. “Permitir a toda persona, durante su vida, de organizar las condiciones de conservación y de comunicación de sus datos personales luego de su fallecimiento”.

La modificación de 2018 de la ley en mención, retoma íntegramente la disposición en mención.

2.2 La potestad de anticipar el destino de los datos virtuales.

Como bien fue señalado en el punto anterior, a partir de la Ley del 7 de octubre 2016 en Francia, se permite a la persona un Derecho de anticipación, por medio del cual, podrá establecer las instrucciones para organizar el ejercicio de sus Derechos personales concernientes a sus datos personales posterior a su muerte. Cabe resaltar que estas directrices podrán ser revocadas o modificadas en cualquier momento siempre que la persona así lo haya decidido.

Sin embargo, la potestad de la persona de establecer las directrices para el manejo de datos personales deberá respetar y o violentar los derechos del tercero asignado para ejecutar el tratamiento posterior a su muerte. En este sentido, el respeto de las instrucciones dadas por el difunto no podrá ir en contra de las normas en materia de archivo público.

De acuerdo con lo establecido en la norma, la persona podrá realizar las siguientes opciones:

a. Determinación de directrices (instrucciones o condiciones) generales

La persona podrá determinar unas directrices para el tratamiento general de todos sus datos de carácter personal luego de su muerte. Estas directrices o instrucciones podrán ser registradas y conferidas a un tercero de confianza virtual que debe estar certificado por la Commission Nationale de l'Information et des libertés⁴. Igualmente, se requiere que las directrices o instrucciones figuren en un registro único junto con los datos del tercero de confianza.

b. Determinación de directrices de carácter particular

Estas directrices podrán hacer referencia a un tratamiento específico de todos sus datos personales o una parte del conjunto de estos. En este sentido, las directrices, instrucciones o condiciones deberán ser registradas directamente ante el responsable del tratamiento de los datos personales en cuestión.

c. La no determinación de directrices para el manejo de sus datos personales

Frente al hecho de ausencia de directrices o que la persona haya estipulado lo contrario dentro de sus directrices o instrucciones, la Ley francesa dispone que los herederos, luego de su muerte, podrán ejercer los Derechos propios del carácter personal que tienen sus datos, siempre que sean indispensables para la organización de la sucesión del difunto o para anunciar al responsable del manejo de datos el cierre de sus cuentas, la actualización de datos, la cesión de la cuenta o la suspensión del manejo de datos

d. La ejecución de las directrices impartidas por la persona fallecida

Cuando se produce el fallecimiento de una persona, la competencia para el manejo de sus datos personales se realizará de acuerdo a lo establecido en las directrices. En este orden de ideas, en un primer lugar deberá ser la persona designada en las instrucciones o directrices y en caso contrario, uno de los herederos del difunto.

2.3 La facultad de parametrizar las cuentas virtuales

Las cuentas como las redes sociales o las mensajerías electrónicas tienen un carácter personal, es decir, que en principio siguen la suerte de su titular. Frente a la pregunta de la muerte del titular de una cuenta varios actores de internet han establecidos que permiten parametrizar las cuentas con la opción de muerte digital destinados a la gestión de terceros designados, como en el caso de Facebook (Salem, 2017), la cual, en 2009 propuso la función de "memoria" permitiendo dentro de la opción de parámetros, establecer un contrato como legatario, el cual, estaría encargado de la administración de los datos personales del difunto o de suprimir la cuenta (CLARK, 2016).

Algunos actores digitales, como Google, cuentan con un servicio de "gestión de cuenta inactiva", (Youtube, Gmail) es decir, la posibilidad de la persona de prever un plazo de inactividad de los servicios que ofrece Google para que la

⁴ Las empresas de legados digitales o un particular destinado para este objetivo.

cuenta se desactive, en este punto, vale anotar, que el servicio en cuestión presume largos periodos de inactividad como una muerte digital, dando lugar a la preocupación de la doctrina de analizar el hecho que ser pasivo en el uso de las redes sociales conllevaría a la muerte digital, teniendo en cuenta, que si bien la solución planteada parece eficaz, se estaría imponiendo una obligación al internauta de ser activo regularmente.

Ahora bien, las plataformas y actores de internet son excéntricos frente a la posibilidad de confiar los datos de una persona a otra, como lo establecen expresamente las condiciones generales de utilización, solo el titular podrá explotar los datos, de esta manera, frente a la muerte y en caso de que el titular no haya parametrizado su cuenta, los datos personales son retomados por la plataforma y los herederos no cuentan con derecho sobre ellos.

3. El control post-mortem de los datos personales de la persona fallecida

3.1 El Derecho de sucesiones y la muerte digital

a. La naturaleza jurídica del patrimonio digital

Para comprender la reglamentación en materia de muerte digital en Francia, es importante establecer la naturaleza de las informaciones digitales que el sistema jurídico francés ha establecido. En este sentido, la legislación en Francia retoma el concepto del Derecho europeo de “recuerdo digital” mediante la Ley 78-17 de 2016 del 6 enero 1978 relativa a la Republica digital, creando una relación entre el fallecido y sus bienes inmateriales a través del concepto de datos perteneciente a los “recuerdos de familia” (A, una bienvenida matizada al proyecto de ley de la República Digital sobre la protección de los datos personales de las personas, 2016).

La calificación de las informaciones digitales dentro del patrimonio digital de una persona difiere entre los datos digitales a carácter personal y los bienes digitales (susceptibles de derechos reales).

Los datos digitales de carácter personal, han sido reglamentados por la Ley de 1978, antes citada, que concibe el Derecho a la muerte digital porque el legislador francés considera que los herederos “tienen el derecho de recuperar los bienes de la familia, pudiendo recuperar los e-mails, fotos y otros datos por pertenecer a los recuerdos de la familia (A, Accueil nuancé du projet de loi République numérique sur la protection des données à caractère personnel des personnes décédées, 2016)”.

Por el contrario, los bienes digitales (la adquisición de documentos digitales protegidos por el derecho de autor, las bibliotecas digitales entre otros) obtenidos lícitamente no son transmisibles a los herederos, teniendo en cuenta que los Derechos atribuidos por estos bienes constituyen licencias de utilización

personales, cuyo derecho finaliza con la muerte física, es decir, no tienen vocación sucesoral.

De esta manera, en materia de bienes inmateriales digitales deberá analizarse cada contrato de acuerdo al Derecho de autor, teniendo en cuenta que la licencia comporta un Derecho personal y no, real. En consecuencia, la reglamentación de la muerte digital en Francia no se extiende a toda la información digital de una persona, sino que su control post-mortem se ha establecido en función de los datos digitales de carácter personal.

b. La transmisión de la identidad digital: Un interrogante sin respuesta

La pregunta con relación a la posibilidad de transmitir la identidad digital de una persona a sus herederos, presenta enormes inconvenientes dentro del sistema jurídico, teniendo en cuenta que las cuentas de redes sociales y mensajería son estrictamente personales y sometidas a políticas de confidencialidad establecidas por su titular. Igualmente, el Derecho de acceso no puede transmitirse a los herederos, lo cual, ha supeditado problemas en situaciones en las que la familia necesita tener acceso, sin que sea posible entrar en ellas.

En este sentido, mediante la jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia CE 8 juin 2016, n° 386525, conocida como M.F, se estableció que en ningún caso los herederos podían sustituir al fallecido dentro del ejercicio de sus Derechos personales. Por el contrario, estos podrán acudir a la justicia para reclamar un perjuicio personal siempre que esté atente contra la memoria de la persona fallecida y de su familia.

Es importante señalar que, el artículo 40-1 relativo al Derecho a la muerte digital solamente establece que los herederos podrán informar al responsable del manejo de los datos personales del difunto, de esta manera, el responsable del manejo de los datos podrá proceder a cerrar o desactivar la cuenta del difunto, pero en ningún caso ha atribuido a estos la posibilidad de solicitar la supresión de los datos a nombre del difunto. Por otra parte, los herederos pueden subrogarse a los Derechos de la persona fallecida siempre que ésta lo haya designado dentro de sus instrucciones o directrices antes de morir.

c. Los testamentos digitales y la transmisión de datos personales

Con respecto a la transmisión, dentro del derecho de sucesiones se ha planteado la discusión con respecto a la posibilidad de incluir dentro del Testamento, los datos personales e incluso la identidad digital de la persona para que mediante este acto jurídico puedan ser transmitidos a los sucesores.

En principio, los bien inmateriales como los datos personales no pueden ser transmitidos en razón a la muerte, por lo que de producirse la muerte sin que los herederos tengan acceso a los datos digitales se podría decir que han perdido una parte de su patrimonio (Judith Rochfeld, 2015). Ahora bien, la

reglamentación de la muerte digital ha previsto la potestad de anticipar, es por ello que es muy importante determinar y organizar el destino de los datos virtuales.

Por otra parte, la potestad de anticipación de la muerte digital o la eternidad virtual es una tarea designada a los Notarios, en vista de que aún existen muchos vacíos en la legislación. De esta manera, el Notario juega un rol importante pudiendo indicar a las personas que redactan su testamento, los problemas jurídicos que suponen la falta de anticipación del destino de los datos digitales, en este sentido, su cliente podría indicar indicaciones de acceso a sus cuentas de internet para que los herederos puedan encargarse de cerrar, eliminar o administrarlas.

Finalmente, cabe anotar que las directrices o instrucciones por medio de las cuales la persona podrá anticipar y organizar el destino de sus datos digitales personales establecidas en el artículo 40-1 de la Ley de la República digital, no constituyen un testamento. En primer lugar, porque el executor testamentario no adquiere ningún Derecho, mientras que la persona designada cuenta con Derecho de acceso, de supresión, de conservación, entre otros. En segundo lugar, porque las directrices previstas por la persona fallecida constituyen una disposición legal, mientras que el testamento nace de la voluntad individual (Pérès, 2016).

d. Empresas de Legados digitales – stocker “cofre fuerte”

La Ley 7 de octubre 2016, Ley de la República Digital en Francia, reglamentó el régimen jurídico de los servicios de “cofre fuerte digital” por medio del cual se permite a particulares y empresas de stocker en línea documentos y datos en formato digital. Esta disposición fue incluida en el artículo 103 del Código de comunicaciones electrónicas en Francia, previendo que las empresas de cofres fuertes podrían disponer de una certificación de seguridad expedido por “l'Autorité Nationale de la Sécurité des Systèmes d'information” (ANSSI) y la CNIL y mediante el Decreto 5 de octubre de 2018 se estableció el derecho a recuperar los datos en stock y la facultad de suprimir o cerrar el servicio (Delpech, 2018).

Con respecto a la muerte digital, se han creado servicios privados de legados digitales, las cuales, permiten crear un testamento digital en línea y una garantía de protección de las voluntades y los Derechos frente a la reputación online. En España presentan servicios de creación del denominado «testamento vital» como un documento de la voluntad anticipada de la persona en caso de deterioro mental o físico.

3.2 El mandato post-mortem: naturaleza contractual

En Francia, el artículo 1984 del Código Civil define el mandato o el poder (*procuration*) como “un acto por el cual una persona concede a otra el poder de

hacer alguna cosa por el mandante y a su nombre". Paralelamente, la Ley 2016-1321 del 7 de octubre de 2016, previo el principio de autodeterminación de los datos personales, según el cual: "Toda persona dispone del derecho de decidir y de controlar los usos dados a los datos de carácter personal que le conciernen, dentro de las condiciones fijadas por la presente Ley".

El poder o mandato constituye un mecanismo de representación para la ejecución y el manejo de datos conferidos. El mandatario actúa a nombre y cuenta del mandante dentro de los límites de los poderes acordados. En efecto, como ha sido previsto por la Ley, las personas depositarias de las directrices o instrucciones dadas por la persona fallecida, es decir, los terceros de confianza, deberán actuar dentro de los límites de las directrices generales que le fueron indicadas y en el caso de directrices particulares, será el responsable del manejo de los datos quien debe garantizar el cumplimiento del poder atribuido.

En este punto debe aclararse que, el mandato post-mortem no debe confundirse con "*mandato a efecto posthume*" mediante el cual se permite a una persona de otorgar poder a otra para que gestione y administre una parte o la totalidad de la sucesión para el interés de uno o varios herederos (Artículo 812 del Código Civil Francés). Así mismo, en algunos casos se presta a confusión, pero debe distinguirse entre la figura del "*mandato de protección futura*" por el cual, una persona puede prever la organización de una incapacidad futura designando un mandatario para asegurar la protección de su patrimonio (Artículo 477 del Código Civil Francés).

a. Formación del poder o mandato de datos personales recolectados

El acto judicial debe ser consensual por las partes y sin ningún vicio del consentimiento. Las directrices generales o particulares impartidas por la persona fallecida pueden ser conferidas mediante un poder a un tercero de confianza certificado por la CNIL, por lo que en Francia se ha creado este nuevo oficio dentro del sector jurídico notarial para garantizar el recibimiento y posterior comunicación a la persona designada por el difunto como tercero de confianza. Esta nueva creación de oficio está regulada por el Consejo Superior de la Notaría al momento de que los ciudadanos consulten sobre el tema.

El poder puede ser otorgado de manera tácita y no responde a formalismo alguno. La persona designada debe tener la capacidad de obligarse y comprometerse frente al otorgante del poder.

b. El objeto del mandato post-mortem

La persona puede otorgar poder manifestando su voluntad para el control de los datos frente al responsable del manejo de los datos personales. Según lo establecido en el artículo 39 de la Ley nº 78-17 du 6 enero 1978, el mandatario dispone de un Derecho de acceso, de oposición, de conservación y de suprimir y de comunicación de los datos luego del fallecimiento (Pellet, 29 mars 2015).

Mediante el mandato la persona podrá otorgar la posibilidad de conocer las informaciones y datos del mandatario, oponerse al uso impartido y reclamar al responsable del manejo de datos, de acuerdo al caso: “Rectificar, complementar, actualizar, bloquear o borrar los datos de carácter personal concernientes, cuya información sea inexacta, incompleta, errónea, por lo que su recolección, utilización, la comunicación, o la conservación está prohibida” (Pellet C., 2015).

Finalmente, la naturaleza contractual de la muerte digital y el mandato post-mortem demuestran una eternidad virtual concedida por los datos personales que serán preservados luego de la muerte de su titular. De esta manera, se siguen generando mecanismos y herramientas digitales que permitan una muerte digital y la supresión definitiva de los datos digitales o por el contrario asegurar su conservación y debido uso post-mortem (FAVREAU, 2016).

Conclusiones y recomendaciones

La muerte ronda el mundo virtual y las plataformas y redes sociales se han convertido en orfanatos de perfiles de personas fallecidas y de datos personales que siguen circulando aun cuando su titular ha fallecido. Como fue explicado, el Derecho europeo ha desarrollado una postura clara frente a la necesidad de controlar los datos digitales de las personas incluso luego de su muerte, de esta manera, países como España, Francia y Alemania y muchos otros han desarrollado una legislación que permite el Derecho a la muerte digital y reglamenta la potestad de las personas de anticipar el destino de sus datos digitales.

Por consiguiente, la legislación francesa ha previsto un control post-mortem de los datos personales previendo diversas disposiciones como la necesidad de anticipar directrices o indicaciones para la gestión de los datos post-mortem, la designación de un mandato post-mortem e incluso la realización de un testamento digital.

En este orden de ideas, una vez analizada la reglamentación francesa en materia del derecho a la muerte digital y control post-mortem de datos personales, es posible presentar las siguientes conclusiones:

- En un mundo cada vez más digitalizado, los datos de carácter personal y no personal representan un valor económico estimado y de vital importancia para las personas.
- Todos los sistemas jurídicos deben adaptarse a los problemas jurídicos de Derecho digital, por lo tanto, resulta indispensable que se protejan los datos de carácter personal de las personas fallecidas y se construya una reglamentación sólida de la materia.

- Las redes sociales, las mensajerías en línea y las plataformas online no pueden convertirse en sitios donde los datos de personas fallecidas circulen eternamente sin control alguno.
- La necesaria potestad de anticipar el destino de los datos personales constituye una de las recomendaciones y de las soluciones más acertadas para que las personas manifiesten su voluntad de suprimir, modificar o conservar sus cuentas de internet luego de su fallecimiento o designar un tercero de confianza para su administración.
- Aun cuando la persona fallecida no haya anticipado el destino de sus datos digitales, sus herederos podrán acudir a la justicia en caso de violación a la intimidad, el buen nombre o su honra contra el recuerdo del difunto y de su familia.
- Los terceros de confianza designados en las directrices o instrucciones por la persona fallecida podrán estar certificados por la CNIL para este fin.
- Los bienes digitales atribuidos por licencias son de carácter personal y protegidos por el Derecho de autor, en este sentido, no es posible la transmisión de este tipo de información digital, de acuerdo al Derecho de sucesiones.
- Las Notarías juegan un papel importante para la anticipación del destino de los datos personales por vía de testamento.
- Las empresas dedicadas a los servicios funerarios digitales y las startup's de legados digitales, testamentos digitales, las empresas stocker "cofre fuerte", los cementerios virtuales y entre muchas otras, necesitan de una reglamentación fuerte en la materia.

En este orden de ideas, deberán establecerse las siguientes recomendaciones para la adaptación de sistemas jurídicos como en Colombia y en América Latina, de la siguiente manera:

Se recomienda la construcción de una doctrina jurídica alrededor de la muerte digital que garantice un control post-mortem de los datos digitales personales que han sido recolectados.

Se recomienda realizar estudios sobre las informaciones digitales que conforman el patrimonio digital de las personas, haciendo una distinción clara y precisa entre los bienes inmateriales y los datos digitales de carácter personal. Se recomienda la construcción de una reglamentación del Derecho a la muerte digital con unas bases sólidas de la identidad digital y el interrogante de su transmisión con base al derecho de sucesiones colombiano.

Referencias

- A, F. (2016). una bienvenida matizada al proyecto de ley de la República Digital sobre la protección de los datos personales de las personas. *RLDC 2016/138 Actualité du droit de l'Internet*, 26.

- A, F. (2016). Accueil nuancé du projet de loi République numérique sur la protection des données à caractère personnel des personnes décédées. *Actualité du droit de l'Internet, RLDC*, 26.
- C. Bléry. (2016). Securigreff: La identidad digital judicial ha nacido . *JCP G*, 256.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (s.d.).
- Celine Baaklini, R. D. (2020). Post-Mortem dignity/La dignidad Post-Mortem. *LA DIGNITÉ*, 329.
- CLARK, B. (2016, Nov 11). *TNW*. Récupéré sur https://thenextweb.com/facebook/2016/11/11/strange-facebook-shows-certain-users-as-dead-including-mark-zuckerberg/#.tnw_Nnk5RtGu
- Delpech, X. (2018). Conditions de récupération des documents et données stockés par un service de coffre-fort numérique. *AJ Contrat - Dalloz*, 448.
- E, R. F. (1991). Après la mort,. *chr*, 241.
- FAVREAU, A. (2016). Mort numérique : précisions sur la nature et le régime du contrôle post mortem des données à caractère personnel collectées. *Lamy Droit de l'Immatériel*, 10.
- Favreau, A. (2016). Una bienvenida matizada al proyecto de ley de la República Digital sobre la protección de los datos personales de las personas. *Actualité du droit de l'Internet, RLDC*, 26.
- Favreau, A. (2017). L'accès des proches aux données à caractère personnel du défunt: Numérique, Nouveaux droits, nouveaux usages. *mare & martin*, 65.
- Forest, D. (2011). la identidad digital: un concepto no encontrado. *Expertises no. 357*, 135.
- Galvis Cano, L. y. (2018). Alcance del derecho al olvido en el tratamiento de datos personales en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 45-63.
- Judith Rochfeld, V. B. (2015). À qui profite le clic?: Le partage de la valeur à l'ère du numérique. *Odile Jacob*.
- LAHER, R. (2020). La numérisation des activités de l'huissier de justice. *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 129-145.
- Marie Cornu, F. O. (2021). Dictionnaire des biens communs. *Presses universitaires de France*.
- Márquez, I. (2017). Muerte 2.0": pensar e imaginar la muerte en la era digital. *Andamios, 14(33)*, 103-120.
- Martial-Braz, N. J. (2013). Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe?. . *Recueil Dalloz*, 42, 2788.

- Mayorga Cerpa, O. (2021). Hacia la construcción de un mercado único digital de América latina: El Geo-bloqueo en Europa. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 137–152. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3618>
- Merzeau, L. (2009). Présence numérique: les médiations de l'identité. . *Les Enjeux de l'information et de la communication*, 79-91.
- Mort numérique: peut-on demander l'effacement des informations d'une personne décédée? (2014, oct 29). CNIL. Récupéré sur www.cnil.fr
- N. Mallet-Poujol, A. M.-C.-C. (2015). "comercio electrónico y protección de datos personales", . 195.
- Pardo Martínez, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>
- Pellet. (29 mars 2015). Décès : identité numérique et droit à l'oubli. *LPA*, 4.
- Pellet C. (2015). Décès : identité numérique et droit à l'oubli. *LPA*, nº 61, p. 4.
- Pérès, C. (2016). Les données à caractère personnel et la mort: Observations relatives au projet de loi pour une République numérique >. *Recueil Dalloz*, 90.
- Rochfeld, J. (2015). contra la hipótesis de cuantificación de los datos personales como bienes. *CEPRISCA*, p 232 no. 11.
- Rochfeld, J. (2015). Las grandes nociones del derecho privado. *op.cit*, no. 35, 72 .
- Salem, S. S. (2017, junio 5). *BLOG MASTER 1 IP/IT*. Récupéré sur <http://master-ip-it-leblog.fr/la-mort-numerique-vers-un-cimetiere-numerique/>
- V, M. G. (2015). El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. . *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 14.

Disposiciones jurídicas y legales

Derecho Europeo

- Directiva no. 95/46/CE de la Comisión Europea y el Parlamento Europeo que establece condiciones generales de licitud en el tratamiento de los datos.
- Reglamento Europeo no. 2016/679 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 estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- Sentencia del CJUE 13 de mayo 2014 "Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)"

Derecho en Francia

- Ley no. 78-17 del 6 de enero de 1978, Ley para una República Digital.
- Decreto no. 2019-536 del 29 de mayo de 2019 relativa a los datos personales.

- Decreto 5 de octubre de 2018
- Código de comunicaciones postales electrónicas
- Consejo de Estado, 8 de junio 2016, no. 386525 (Datos personales comunicación telefónica – muerte – herederos)

Derecho interno en Colombia

- La Constitución Política
- Ley 1581 2012, Ley de protección de datos
- Decreto 1377-2013

Jurisprudencia Colombia

- Corte Constitucional SU-082-1995
- Sentencia T-414-92