

LA SUCESIÓN EN LOS «BIENES DIGITALES». LA RESPUESTA PLURILEGISLATIVA ESPAÑOLA¹

Marta Otero Crespo

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidade de Santiago de Compostela

TITLE: *Succession in «Digital Assets». The spanish «plurilegislative» response.*

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de la sucesión en «lo digital», esto es, la tutela *post mortem* de los datos personales recogidos en la red, así como de los contenidos digitales. Para ello, se analizan una serie de cuestiones de índole terminológica junto con los principales problemas que plantean las disposiciones sobre las titularidades digitales. Se finaliza con la exposición crítica del marco normativo proporcionado por la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

ABSTRACT: *This paper aims at analysing the succession in digital assets, i. e., the post mortem protection of personal data and digital content. In this regard, a series of terminological issues are discussed together with the main problems posed by digital ownership. Finally, the regulatory frameworks provided by the Spanish Organic Act 3/2018 of 5 December on the Protection of Personal Data and guarantee of digital rights and the Catalanian Act 10/2017 of 5 June, on Digital wills, are sharply dissected.*

PALABRAS CLAVE: Bienes digitales, herencia digital, testamento digital, heredero digital, protección de datos *post mortem*, derecho al testamento digital.

KEY WORDS: Digital assets, digital inheritance, digital will, digital heir, *post mortem* data protection, right to a digital will.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL DEBATE. 1.1. *Cuestiones previas*. 1.2. *Algunas aclaraciones terminológicas*. 2. LAS DISPOSICIONES SOBRE NUESTRAS TITULARIDADES DIGITALES. 2.1. *El problema que plantea el acceso y la transmisibilidad de las titularidades digitales*. 2.2. *Las disposiciones sobre nuestras titularidades digitales*. 2.2.1. *Contenidos digitales de carácter patrimonial*. 2.2.2. *Contenidos digitales de carácter extrapatrimonial*. a. *La opción testamentaria*. b. *El documento ad hoc extra-testamentario*. c. *Las opciones contractuales*. 3. EL MARCO NORMATIVO INTERNO EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO. 3.1. *La Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. 3.1.1. *El artículo 3 LOPDCPGDD: el tratamiento de los datos de las personas fallecidas*. 3.1.2. *El artículo 96 LOPDCPGDD: la consagración normativa del «derecho al testamento digital»*. 3.2. *La Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña*. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

¹ El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y FEDER. DER2016-77190-R. «Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro».

1. INTRODUCCIÓN AL DEBATE

1.1. *Cuestiones previas*

El objeto de nuestro estudio es contribuir a un debate relativamente reciente en nuestro país, como lo es la sucesión en «lo digital», referida a la tutela *post mortem* de los datos personales recogidos en la red, así como a los contenidos digitales². Por ello bosquejaremos una serie de cuestiones que están destinadas a cobrar un mayor protagonismo en un ámbito *sui generis* en el que se produce una intersección, a modo de «Triángulo de oro³», entre el Derecho de contratos, el Derecho sucesorio y el Derecho de la persona, lo que para algunos se reconduce al denominado «Derecho de la economía digital»⁴.

Es una realidad innegable que cada vez más hacemos un uso intensivo de todo lo que internet ofrece, tanto en el plano profesional como personal. Centrándonos en el segundo de ellos, el personal⁵, parece obvio remarcar que cualquier ciudadano digital medio del siglo XXI se sirve del correo electrónico y de las aplicaciones de mensajería

² Se ha dicho por nuestra doctrina que «hasta el momento el debate jurídico y social sobre los principios que deben presidir la sucesión *mortis causa* en los intereses digitales del causante han sido insuficientes», CÁMARA LAPUENTE, Sergio., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 59 (2019), p. 385.

³ El conocido como «Triángulo de oro» (*Golden Triangle*) se sitúa en el norte de Tailandia, formando una frontera natural entre los países de Laos, Myanmar y la propia Tailandia. Recurrimos al símil precisamente para referirnos al punto de encuentro entre estas tres áreas del Derecho privado que confluyen en la materia que ahora abordamos.

⁴ NEMETH, Kristin. y MORAIS CARVALHO, Jorge, «Digital inheritance in the European Union», *EuCML* (2017), p. 253. También, RESTA, G., «La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali», *Contratto e impresa*, vol. 1, (2019), p. 85. Resulta cuanto menos curioso que la *Law Commission* en 2017 en su Consultation Paper *Making a will*, 231, haya considerado que muchas de las cuestiones planteadas en el ámbito de la sucesión en los «digital assets» estén más vinculados al Derecho de consumo o al Derecho de propiedad intelectual que a la materia sucesoria típica. Literalmente, «*The issues raised appear to relate to matters of consumer protection relating to user agreements; these are legal issues of contract and intellectual property law, rather than being governed by the Wills Act. Further, the issues arise in circumstances other than death; such as on the loss of capacity. We consider that a consistent policy towards digital assets is required, rather than a «piecemeal» solution that would apply only in respect of death, and only where the person has made a will. Nevertheless, we believe that there is scope to consider the adequacy of the law in this area in a separate law reform project. Therefore, we ask for evidence from consultees of problems that arise in relation to transfers of digital assets*» pp. 241-242.

⁵ En este sentido dejamos fuera de nuestro estudio todo aquello que pueda caer bajo la órbita de control de los empresarios/ empleadores, tales como direcciones de cuentas de correo electrónico laborales o incluso discos duros (con idénticas exclusiones de contenido, BANTA, Natalie M., «Inherit the cloud: the role of private contracts in distributing or deleting digital assets at death», *Fordham Law Review*, vol. 83, (2014), p. 800).

instantánea para sus comunicaciones; de las redes sociales para publicar sus ideas, fotografías o compartir otros contenidos; almacena documentos, vídeos o instantáneas en la nube; adquiere bienes y contrata servicios en soportes digitales⁶; incluso abre una cuenta bancaria o acumula un saldo *online* para afrontar determinados pagos, como enseguida veremos. Pese a que los comportamientos descritos tienen en común el ser opciones facilitadas por el desarrollo de la red, lo cierto es que nos dan buena muestra de la heterogeneidad de actuaciones que podemos adoptar en cuanto usuarios de internet y cuyas repercusiones pueden y suelen ir más allá del fin de la personalidad de su titular⁷. Y esta afirmación trae su fundamento en que, por un lado, la *huella digital*⁸,

⁶ Cf. el catálogo de definiciones contenido en la reciente Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Su artículo 2 dispone que «a efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «contenido digital»: los datos producidos y suministrados en formato digital;

2) «servicio digital»: a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos;

3) «bienes con elementos digitales»: todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones.

(...)».

⁷ Recordemos que la muerte supone el fin de la personalidad (artículo 32 del Código civil), sin perjuicio de que existan ciertas proyecciones (su memoria) que merezcan ser objeto de tutela a modo de excepción (ROVIRA SUEIRO, María E., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 430- 431). Sin embargo, no podemos desconocer que en la actualidad y gracias al desarrollo de la inteligencia artificial existen potenciales prolongaciones de la personalidad queridas por la manifestación del propio individuo. Así, existen redes sociales que permiten la creación de un yo eterno virtual, dispuesto a interactuar con los demás como si fuese la propia persona física. Esta opción la facilita ETER9, una red social de origen portugués y que todavía se encuentra en fase de desarrollo (BETA). Los principales rasgos de esta creación se pueden consultar en su web (<https://www.eter9.com/auth/login#>). En cualquier caso, estas carecen de personalidad en sentido jurídico, sin perjuicio de que su protección pueda encauzarse a través de otros mecanismos. En este sentido, señalaba De Castro a propósito del significado jurídico de la muerte, que «El tener en cuenta la pasada existencia de una persona, dar valor a sus disposiciones testamentarias, como la especial condición jurídica del cadáver y del sepulcro, son especiales manifestaciones del respeto a la persona; pero, precisamente por ello, su significado jurídico no necesita apoyarse en una ficción de supervivencia» (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 146-147).

⁸ Nuestro rastro en la red proporciona ingentes informaciones que vendrían a conformar nuestra «identidad digital». Precisamente, la cantidad y calidad de tales datos genera la necesidad de controlar y limitar su acceso y tratamiento, para impedir así vulneraciones de derechos de la personalidad, tales como el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la propiedad intelectual (SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *ADC*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, p. 419). También se ha empleado la expresión «rastro digital» (GINEBRA MOLINS, M. Esperanza, «Morir en la era digital. «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, A. (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 112 y ss.)

conformada típicamente por contenidos extrapatrimoniales, trasciende a la propia existencia física del sujeto, y por otro, la actividad de este puede haber sido generadora de un patrimonio digital o virtual⁹, así denominado en contraposición al tradicional patrimonio analógico¹⁰. Surge así la categoría de lo que la doctrina norteamericana ha bautizado como «digital assets» (o también, «digital estate»), esto es, elementos, bienes, recursos o activos digitales, que en nuestra doctrina ha sido designado como patrimonio virtual o digital, como acabamos de exponer.

Tal y como se infiere de lo anterior, la categoría de los «bienes/recursos digitales» es compleja y, en consecuencia, de difícil conceptualización y sistematización. Abarcaría cuentas de correo electrónico, páginas web, blogs, cuentas en redes sociales, documentos, vídeos o fotos almacenados en la nube¹¹, etc., lo que en esencia acabamos de denominar contenidos digitales de carácter típicamente extrapatrimonial,

⁹ Patrimonio virtual es la opción por la que se decanta MARTOS CALABRÚS, María Angustias, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 931 y ss. Es una de las primeras aportaciones publicadas en nuestro país en la materia, y la autora justifica el empleo de este término («para denominar al conjunto de elementos que incluye, además de los elementos digitales que sólo existen en la web, los que existen en cualquier formato electrónico») para evitar la confusión con el «patrimonio digital» («que constituye una parte del «patrimonio cultural» y que está constituido por el «conjunto de materiales digitales que poseen el suficiente valor para ser conservados para que se puedan consultar y utilizar en el futuro» (definición UNESCO)). Sin embargo, y con independencia de que optemos por una u otra denominación, cabe plantear si estaríamos ante un auténtico patrimonio, en la medida en la que técnicamente este está constituido por el conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero y que pertenecen a la esfera jurídica de la persona, tanto activa como pasivamente. En este sentido, el identificar patrimonio con contenido económico, nos conduce a afirmar que el empleo de «patrimonio virtual» para referirse a bienes de nulo valor patrimonial, es incorrecto, aunque sea común en la doctrina el identificar todos los elementos digitales con el patrimonio virtual, al margen de consideraciones técnicas. A modo de ejemplo, Martos Calabrús se refiere a que en la expresión «patrimonio virtual» se enmarcan tanto elementos puramente patrimoniales como no puramente patrimoniales, «como ciertos elementos que, pudiendo tener valor económico, constituyen, sobre todo, expresión de la personalidad e intimidad del difunto, y que están dotados de un fuerte valor afectivo, como son los mensajes o correos electrónicos. Al igual que hay otros que exclusivamente están ligados a la persona y carecen de todo valor patrimonial, como la firma electrónica». MARTOS CALABRÚS, María Angustias, *op. cit.*, p. 936.

¹⁰ Este comprendería no solo los bienes y derechos físicos, sino también el patrimonio inmaterial.

¹¹ En fotografías o vídeos, la única diferencia con respecto a los recogidos en formato físico es su mayor facilidad para el duplicado, sin que quepa establecer una distinción clara entre original y copia, como puede suceder con estos elementos analógicos. Este tipo de bienes digitales se prestarían a una «sucesión múltiple», entendida esta como la posibilidad de que el testador pueda establecer que se entreguen simultáneamente a varios sujetos estos objetos digitales. Sin entrar en posibles limitaciones derivadas de derechos de propiedad intelectual, se ha sostenido que sería deseable que el propio testador estableciese su voluntad acerca de la autorización para realizar múltiples copias o reproducciones (*vid.* NOTARIES OF EUROPE, «Digital inheritance», en Topic I. Consumer Protection in the Digital Environment, 4th Congress of the Notaries of Europe, 5-7 October 2017, Santiago de Compostela, pp. 34- 35. Disponible en: https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/TEMA-1_en.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

cuyo valor normalmente es sentimental y carente de contenido económico claro para el causante y para quienes le sobreviven¹². También estarían incluidos en este catálogo no cerrado, otros elementos con claro valor económico, como música, películas, libros o, ya de un modo más patente, el saldo disponible en determinadas aplicaciones de pago o criptomonedas¹³, así como puntos canjeables obtenidos en programas de fidelización¹⁴.

Frente a esta heterogeneidad se erige un punto en común: la transmisibilidad *mortis causa* de estos «digital assets» (e incluso en un momento temporal anterior, su accesibilidad) aparece condicionada en la mayoría de las ocasiones por la existencia de una relación obligatoria de carácter contractual que vincula a la empresa que facilita el producto o servicio (*Google, Facebook, Apple, Amazon, etc.*) y al sujeto que hace uso de esos servicios o adquiere esos productos (quien se ha adherido a unas condiciones o términos que suele desconocer). Y como no podía ser de otro modo, en múltiples ocasiones esos contratos o acuerdos de uso (típicamente gratuitos¹⁵) impiden o limitan el acceso a la información almacenada en sus sistemas, imposibilitando o dificultando el conocimiento efectivo de potenciales contenidos patrimoniales que puedan integrar el caudal hereditario de la persona fallecida (e incluso extrapatrimoniales). En íntima conexión con la problemática de la accesibilidad y la necesidad de conjugar esta con la protección de derechos de la personalidad (derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, típicamente) se sitúa, una vez conocidos estos, su transmisibilidad. Su limitación o prohibición instaurada contractualmente por los proveedores de servicios puede chocar con los fundamentos tradicionales del Derecho de sucesiones¹⁶, en la

¹² Se exceptuarían aquellos casos en los que la presencia digital sí es clara fuente de ingresos, como sucedería en los supuestos de las denominadas *influencers*, quienes han generado un negocio en el ámbito de la publicidad digital (si bien en los últimos tiempos se ha puesto en entredicho este negocio al destaparse la existencia de fraudes que permiten incrementar ficticiamente el número de seguidores a través de *bots*).

¹³ En el verano de 2019 se ha anunciado que *Facebook* lanzará su moneda propia en 2020, *libra*. Se tratará de «Una criptomoneda de baja volatilidad, basada en *blockchain* descentralizado con el objetivo de crear una nueva oportunidad para la innovación de servicios financieros responsables». *Vid* https://elpais.com/tecnologia/2019/06/18/actualidad/1560851467_183722.html [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

¹⁴ Baste como ejemplo los puntos o millas aéreas que permiten acumular buena parte de las compañías y que presentan un indudable carácter económico.

¹⁵ La gratuidad suele ser más aparente que real, pues siempre existe una contraprestación por parte del usuario, consistente en la cesión de ciertos datos al proveedor de servicios de internet (SANTOS MORÓN, María José, «La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho transnacional* (marzo 2018), vol. 10, Nº 1, p. 416 y doctrina ahí citada).

¹⁶ Recordemos que el Derecho de sucesiones, por lo que se refiere al Derecho civil común, todavía sigue «las líneas maestras y los principios generales que inspiraron al legislador decimonónico para la redacción del Código civil» (OLMEDO CASTAÑEDA, F. J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho

medida en la que se cuestionaría la universalidad del fenómeno sucesorio o los propios principios en los que se asienta cada sistema¹⁷.

Qué sucede tras el fallecimiento de su titular con estos contenidos o bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales va a ocupar el resto de nuestras líneas. Desde el punto de vista expositivo, tras abordar una serie de cuestiones introductorias terminológicas y sistemáticas, claves para la comprensión de la realidad de la sucesión en lo digital, se abordará el marco normativo interno de «los derechos civiles digitales o en el entorno digital¹⁸». Precisamente el carácter plurilegislativo de nuestro ordenamiento en materia de Derecho civil, nos lleva a analizar el tratamiento que de este fenómeno se ha realizado hasta la fecha en la regulación estatal prevista en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales¹⁹, y en la pionera autonómica, correspondiente a la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña²⁰.

1.2. Algunas aclaraciones terminológicas

Una cuestión introductoria que debemos afrontar antes de adentrarnos en la transmisibilidad *mortis causa* y en el marco normativo se sitúa en el ámbito terminológico²¹. Como probablemente conozca el lector, resulta bastante común que al hilo del estudio del fenómeno sucesorio en el ámbito digital suelen encontrarse referencias, en su mayor parte críticas, a expresiones como «testamento digital»,

común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», ADC, tomo LXXII, 2019, fasc. II, p. 448).

¹⁷ Es interesante la reflexión realizada por Banta en referencia al Derecho americano, en la medida en la que plantea que estos contratos a través de los cuales se controlan estos «digital assets» están preparados para vulnerar los fundamentos del Derecho americano de sucesiones, y ello pese al importante rol que los contratos han desempeñado en el ámbito sucesorio. Literalmente, «Under these private contracts, or terms of service agreements, a user often agrees that her digital assets cannot be transferred to a user's family or friends at her death. In other words, digital asset contracts often limit the descendibility and devisability of digital assets. If an agreement is silent as to descendibility, companies may have written policies that address whether the digital assets may be devised. Although private contracts have always played an important role in American succession law, these emerging private contracts controlling digital assets are poised to violate the fundamentals of American succession law». BANTA, Natalie M., *op. cit.*, p. 802.

¹⁸ PLAZA PENADÉS, Javier, «La ley catalana de voluntades digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45, (septiembre- diciembre 2017), p. 21.

¹⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

²⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2017/06/27/10> (se advierte al lector que no se trata de una versión consolidada que refleje la expulsión de los preceptos declarados inconstitucionales a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019).

²¹ En este punto se aborda el trabajo presentado en el 3º *Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas da Universidade do Minho* (Braga), el 2 de julio de 2019.

«herencia digital», «heredero digital», «legatario digital» e, incluso, «albacea digital»²². Por ello, debemos perfilar sucintamente si estas son empleadas o no con corrección por el simple añadido de «digital» al clásico sustantivo sucesorio.

Si comenzamos por el testamento (digital)²³, en el ámbito del Derecho común español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 667 CC, el testamento es aquel acto por el que una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos²⁴. Al margen de por su contenido material, el testamento se somete a unos requisitos formales *ad validitatem*²⁵. Así puede ser desde esta perspectiva, común o especial, englobándose dentro de los primeros el testamento ológrafo²⁶, el abierto y el cerrado (art. 676 Código civil), y dentro de los especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677 Código civil). Frente a esta concepción positiva de lo que es un testamento, referirnos a un testamento digital o virtual no es correcto, por cuanto el añadido «digital» (o «virtual») parece más bien referirse (literalmente) a una forma a través de la cual se testa (en soporte digital), no permitida con carácter general en la actualidad. Cosa distinta es que se observen las formalidades testamentarias, y dentro de un testamento de los expresamente permitidos por el Código civil, el testador incluyese previsiones relativas a sus voluntades digitales, sean estas tanto de contenido patrimonial como extrapatrimonial. En suma, testamento digital, no; testamento con disposiciones relativas a las voluntades digitales, sí —e incluso testamento con un contenido único relativo a las voluntades digitales, sin contenido

²² Para una muestra, pueden revisarse distintas publicaciones online/ blogs de Notarios. Por ejemplo: <https://jorgegarciaherrero.com/legado-digital-ii-como-regularlo-hoy/>; o <https://www.notariofranciscorosales.com/el-mito-de-la-herencia-digital/>

²³ Cfr. Art. 96 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Volveremos más adelante sobre este precepto.

²⁴ Esta necesidad de dotarlo de un contenido patrimonial ya está claramente superada en el ordenamiento español, admitiéndose desde hace décadas como contenido admisible de un testamento cuestiones extrapatrimoniales, tales como el reconocimiento de hijo ex art. 741 Código civil (CAÑIZARES LASO, Ana, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990, esp. pp. 179 y ss.), la designación de la persona encargada de la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad (ex art. 4 de la LO de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) o, por ejemplo, la expresión del consentimiento para la utilización de material reproductor *post mortem* del marido en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida (art 9 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

²⁵ Pese al carácter formal del testamento, lo cierto es que la jurisprudencia ha flexibilizado o mitigado el excesivo rigor del artículo 687 del Código civil, en aquellos casos en los que, por ejemplo, la formalidad omitida tenía un carácter meramente accesorio e intrascendente (VAQUER ALOY, Antoni, «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, núm. 4, (octubre diciembre, 2016), *Estudios*, pp. 9- 34.)

²⁶ TORRES GARCÍA, Teodora F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, 1977.

patrimonial en sentido clásico²⁷. Frente a este planteamiento, lo cierto es que el legislador de 2015, a través de una reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley del Notariado, ha podido abrir tímidamente la puerta al reconocimiento indirecto de las últimas voluntades recogidas en soporte digital. Así, resulta llamativo en este punto la redacción del artículo 65. 5 de la Ley del Notariado, en sede de presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral. Este precepto dispone que «Si la última voluntad se hubiere consignado en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad, aun cuando alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones y así se reflejará en el acta de protocolización a la que quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero²⁸». La norma está pensada para una serie de casos en los que no es posible la intervención de notario, regulados tanto en el Código civil como en algunas de las legislaciones civiles autonómicas²⁹. Sin embargo, podría constituir un punto de partida de cara a una futura revisión legislativa de las formas testamentarias a través de las que se pueda instrumentalizar las voluntades sobre titularidades digitales³⁰.

Se incurre en idéntica incorrección terminológica con respecto al uso de la expresión «herencia digital». La herencia, en palabras del artículo 659 del Código civil, «comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte». Precisamente de esta literalidad se desprende que se haya considerado que «patrimonio» y «herencia» son vocablos que aluden a idéntico concepto, identificado como la masa patrimonial de la persona en dos momentos

²⁷ TORRES GARCÍA, Teodora. F. y GARCÍA RUBIO, María Paz., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 193- 201.

²⁸ Se trataría de una disposición «sorpresa y rompedora», ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, «Testamento digital», OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., (coords.), *Testamento ¿digital?*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro, septiembre 2016, p. 38.

²⁹ En puridad se aplicaría a los testamentos otorgados en peligro de muerte y en tiempo de epidemia, a los testamentos militares y marítimo otorgados sin intervención de notario y, en todo caso, cuando sean abiertos; el testamento «hilburuko» del Derecho civil vasco y, por último, al testamento en peligro inminente de muerte ante el párroco y dos testigos o ante tres testigos en Derecho navarro (FERNÁNDEZ EGEA, María Ángeles, *La jurisdicción notarial en el ámbito sucesorio*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 131- 144.

³⁰ En este sentido Cámara Lapuente ha destacado que esta reforma podría dar pie a un debate sobre si, admitido este formato, «debería propiciarse un auténtico testamento digital notarial (haciendo uso de la firma electrónica y de los medios telemáticos existentes, incluida en su caso la tecnología *blockchain*)». Vid CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *op. cit.*, p. 412.

distintos: en vida de ésta sería el patrimonio, a su muerte, sería la herencia³¹. En cualquier caso, sin entrar a valorar si herencia y patrimonio son sinónimos perfectos, lo que resulta incuestionable es que la idea de patrimonialidad suele estar presente cuando hablamos de herencia³². Ahora bien, no podemos desconocer que ciertos autores entienden que la diferencia entre patrimonio y herencia puede residenciarse en que la herencia trasciende también a la esfera extrapatrimonial, incorporando relaciones jurídicas que nacen tras la muerte del causante. En lo que ahora nos ocupa, la que se suele llamar herencia digital parece englobar tanto contenidos digitales extrapatrimoniales (que serán los más comunes: perfiles en redes sociales, cuentas de correo electrónico, etc.) como patrimoniales (*bitcoins* o dinero acumulado en una cuenta de *PayPal*³³). Por tanto, la corrección de la expresión «herencia digital» queda en entredicho si consideramos que herencia y patrimonio son sinónimos, pero resultaría admisible si asumimos la teoría de que la herencia trasciende a lo puramente patrimonial.

Semejante suerte corre los términos «heredero digital» o «legatario digital». El heredero técnicamente sucede al causante a título universal, mientras que el heredero digital ni es universal ni implica necesariamente una transmisión patrimonial del causante, como derivación lógica de lo contenido en el párrafo anterior. Tampoco se podría hablar de legatario digital con carácter general, puesto que el legado implica

³¹ GARCÍA GOLDAR, Mónica, *La liquidación de la herencia en el Código civil español*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 78 y ss. La autora distingue entre una perspectiva subjetiva (la herencia se asocia con la sucesión *mortis causa*, esto es, como fenómeno de subrogación), y una perspectiva objetiva (la herencia se identifica con la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales objeto de la sucesión). En este sentido, la herencia sería una *universitas iuris*: un complejo o grupo de cosas que se unifican por el efecto de la ley y que presuponen una unidad de destino.

³² Se ha valorado que el patrimonio y la herencia de no ser sinónimos, sí que al menos representarían las dos caras de la misma moneda, por cuanto unirían vida – patrimonio, el anverso- y muerte – herencia, el reverso-. En contra de esta consideración estarían quienes argumentan que la existencia de patrimonio depende de un saldo positivo (el activo superaría al pasivo), mientras que la herencia existiría siempre, aunque el causante simplemente haya dejado pasivo; por otro lado, otros autores residencian la diferencia entre patrimonio y herencia en que esta última trasciende también a la esfera extrapatrimonial e incorpora relaciones jurídicas que nacen tras la muerte del causante (GARCÍA GOLDAR, Mónica, *op. cit.*, p. 80 y las referencias bibliográficas ahí contenidas).

³³ Debemos tener en cuenta que, pese al valor económico claro, este puede mutar, puesto que en ocasiones están sometidos a fluctuaciones, como sucedería en el supuesto de las cripto-monedas. Resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de junio de 2019, por cuanto ha calificado al *bitcoin* como «un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin», recordando que no tiene la consideración legal de dinero (Ponente: P. Llarena Conde, ECLI: ES:TS:2019:2109).

patrimonialidad³⁴, elemento no siempre presente en la llamada «sucesión digital» del causante. Por último, el término «albacea digital» tampoco sería del todo exacto, porque el albacea ha de ser nombrado en un testamento en sentido técnico y ya hemos visto cómo el llamado testamento digital donde se designa a una persona encargada de atender a estas cuestiones, en su concepción actual no es tal testamento. Por ello, algunas voces han sugerido el empleo de términos como *community manager post mortem*³⁵, administrador digital³⁶, ejecutor de voluntades digitales³⁷ o apoderado digital³⁸.

2. LAS DISPOSICIONES SOBRE NUESTRAS TITULARIDADES DIGITALES

2.1. *El problema que plantea el acceso y la transmisibilidad de las titularidades digitales*

Dejando a un lado esas imprecisiones terminológicas generalizadas, la cuestión es cómo podríamos disponer correctamente de nuestras titularidades digitales, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Uno de los primeros problemas que tenemos que abordar es precisamente el surgido a raíz de la intersección que anunciábamos entre el Derecho de contratos, el Derecho sucesorio y el Derecho de la persona. Pese a que no se pueden practicar disecciones perfectas, intentaremos aludir a los principales puntos de fricción entre estos ámbitos.

El primer conflicto fronterizo lo situamos entre el Derecho de contratos y el Derecho sucesorio. El por qué lo hemos anticipado más arriba: en la mayor parte de las ocasiones los (datos y) contenidos digitales patrimoniales y extrapatrimoniales se generan en el marco de un contrato con un prestador de servicios de internet³⁹. Tales

³⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

³⁵ MATUTE, Marta, «Cómo organizar una herencia digital», *Entre magnitudes, Escritura Pública*, (noviembre- diciembre 2017), p. 53.

³⁶ JIMÉNEZ LAJARA, Carlos, «La herencia digital», en Oliva León, R. y Valero Barceló, S. (coords.), *Testamento ¿digital?*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro, septiembre 2016, p. 95.

³⁷ Curiosamente la denominación de ejecutor digital (y de legatario) desapareció en la versión definitiva del texto de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales (LLOPIS, José Carmelo, *Las voluntades digitales en la Ley 10/2017, de 27 de junio de Cataluña*, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1426/73/las-voluntades-digitales-en-la-ley-10-2017-de-27-de-junio-de-cataluna> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

³⁸ RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.*, p. 234.

³⁹ En este sentido, los contenidos se custodian físicamente en el soporte propiedad de una persona física (futuro causante), un tercero o bien en la nube. Resulta claro que, si se encuentran en un soporte físico propiedad del causante, estos pueden ser transferidos del mismo modo que sus demás bienes. Así, «la transmisión de la propiedad del aparato en cuestión a los herederos puede permitir acceder a los mismos, a menos que estén protegidos por una clave inaccesible, del mismo modo que el heredero puede leer una carta perteneciente al difunto» (SANTOS MORÓN, María José, *op. cit.*, p. 420); ahora bien, cada vez es más frecuente que se utilicen lugares de almacenamiento online o en la nube, entrando en

acuerdos responden a la tipología de contratos con condiciones generales, en las que el cliente suele limitarse a aceptar con un «clic» el catálogo de cláusulas predispuestas e impuestas por el prestador de servicios⁴⁰, pues de no ser así, no tendría acceso a esos servicios o a esos bienes.

Estos actos de adhesión aparentemente inocuos pueden afectar al «derecho de sucesión» en la medida en la que no pocos clausulados recogen que no pueden compartirse las claves de acceso o transferirse la cuenta a un tercero sin el consentimiento expreso de la proveedora del servicio⁴¹, incluyéndose también su posible extinción *mortis causa*⁴². Así, la red social *Facebook* recoge en sus Condiciones del servicio (actualizadas a 31 de julio de 2019) que los usuarios se comprometen a no compartir su contraseña, facilitar a otros el acceso a su cuenta de *Facebook* o a transferir su cuenta a nadie sin el consentimiento de *Facebook*, quien contempla la opción de eliminar el perfil o «memorializarlo», como veremos⁴³. En otros casos, no hay una «simple limitación», sino una exclusión absoluta para que esos contenidos digitales puedan entrar en la teórica sucesión (y eventual caudal hereditario), al considerarse que lo que se establece es una licencia de uso personalísima que, por tanto, se extinguiría a la muerte de su titular. Un ejemplo lo constituirían determinados servicios ofrecidos por Apple, empresa que admite la compra de contenidos multimedia. En este caso los *Términos y condiciones de los servicios de contenido multimedia de Apple* (actualizados a 31 de julio de 2019) especifican que «Ud. puede adquirir contenido gratuito o de pago a través de nuestros servicios. Cualquiera de estos supuestos se denomina la «Transacción». Por cada transacción, Ud. adquiere una licencia exclusivamente para utilizar el Contenido». Esto significa que, por ejemplo, quienes hemos comprado cientos de canciones en iTunes, no somos en realidad sus propietarios, por lo que no podemos disponer de ellas con *carácter general* en nuestro

escena un proveedor de servicios que requerirá a los usuarios la creación de una cuenta, nombre de usuario y contraseña. Surge así la diferencia entre el «bien o contenido» generado por el usuario («asset») y el servicio de acceso a tal bien o contenido («account»), ambos de naturaleza digital. De lo anterior se deduce que la accesibilidad será clave para valorar si esos «assets» pueden ser objeto de transmisión *mortis causa* o no (SIMONA, Bronusienè, «Eternal digital life: post- mortem management of digital assets», *Digitalization in law*, 6th International Conference of PhD Students and Young Researchers, Vilnius University, 2018, p. 36.

⁴⁰ No entramos ahora a valorar cuestiones propias del Derecho internacional privado, puesto que la mayoría de los proveedores de servicios están domiciliados en otros Estados.

⁴¹ Las condiciones de uso, transferencia, exclusión, control, cesión o destrucción de los contenidos digitales se establecen en los contratos entre los proveedores de servicios y los titulares de las cuentas. De nuevo, SIMONA, Bronusienè, *op. cit.*, pp. 36- 37.

⁴² SANTOS MORÓN, María José, *op. cit.*, pp. 423- 424

⁴³ Estos términos están accesibles en <https://www.facebook.com/terms> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019]. Como veremos, *Facebook* sí permite el designar a un «legado de contacto» al que se le atribuyen determinadas posibilidades una vez fallecido el titular de la cuenta.

testamento⁴⁴, al contrario de lo que nos sucedería de haber comprado la misma música pero almacenada en un formato físico (CD o vinilo, por ejemplo⁴⁵). Estaríamos ante una especie de sistema de *propiedad digital feudal*, en la que las empresas actuarían como dueños absolutos de nuestros «digital assets»⁴⁶.

A los supuestos de limitación o exclusión de acceso a terceros, habrá que adicionar aquellos casos en los que ni siquiera los terceros conocen la entidad o alcance de la *huella digital* del causante. Parece estadísticamente frecuente que existan auténticos *fantasmas digitales* en la medida en la que los propios interesados o sucesores ignoren la existencia de cuentas de las que era titular el *de cuius*, sobre las que potencialmente no podrán actuar y tras la que se pueden situar no solo contenidos extrapatrimoniales, sino también bienes que incrementen la masa hereditaria disponible no solo para eventuales herederos, sino también, para acreedores.

Y llegados aquí, conviene referirnos ya otro punto de confluencia: el Derecho de la persona en materia de derechos de la personalidad⁴⁷. Salvando los escollos que plantean la localización e identificación de las cuentas, así como los derivados de la transmisibilidad de los contenidos, debemos plantearnos otra cuestión que puede

⁴⁴ Hemos introducido «con carácter general» porque cabría el acceso a estos contenidos siempre y cuando estos estuviesen almacenados en dispositivos propiedad del causante (WONG, Claudine, «Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs», 29 *Santa Clara High Tech. L. J.*, (2012), p. 734.

⁴⁵ Ya en 2012 saltó a la prensa la noticia de que presuntamente el famoso actor Bruce Willis se estaba planteando iniciar acciones legales contra Apple por no permitir esta en sus condiciones que pudiese transferir sus compras a sus hijas a su fallecimiento (<https://www.theguardian.com/film/2012/sep/03/bruce-willis-apple-itunes-library>). Sin embargo, esta noticia fue desmentida vía Twitter por la esposa del actor, Emma Heming Willis (<https://www.theguardian.com/technology/blog/2012/sep/03/no-apple-bruce-willis>). Fecha de consulta: 10 de octubre de 2019. *Vid* también Wong, Claudine, *op. cit.*, pp. 730- 761.

⁴⁶ En este sentido, «digital asset contracts that prohibit and control inheritance (no matter their methods) are reestablishing a kind of feudal digital property system (...) By prohibiting transfer of digital assets, service providers act more like overlords of our personal digital assets than as corporations providing us with a service in exchange for advertising benefits and other forms of compensation. Courts and legislatures would be well advised to consider the long- lasting effect on our system of property succession by allowing service providers to prohibit the transferability of digital assets at death». BANTA, Natalie M. *op. cit.*, p. 827.

⁴⁷ Generalmente, la literatura jurídica define los derechos de la personalidad como esenciales, innatos, inherentes a la persona y, en consecuencia, personalísimos, recalándose también su eficacia erga omnes, así como su intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad (GARCÍA RUBIO, María Paz, «Los derechos de la personalidad», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Solé Resina, Judith (coords.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Ed. Civitas, Thomson- Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 613 y ss.). También GARCÍA RUBIO, María Paz, «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, núm. 13 (2013), pp. 104 y ss., donde la autora reflexiona en detalle sobre los conceptos de persona, personalidad y derechos de la personalidad.

colisionar con todos ellos: el respeto a derechos fundamentales, tales como el derecho a la protección de datos, en la medida en la que el causante podía querer que todas o alguna de sus titularidades digitales no fuesen conocidas, o que aún siendo conocidas, sus contenidos no resultasen accesibles a terceros, así como el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, en la medida en la que no solo pueden quedar al descubierto la intimidad o privacidad personal o familiar, sino también la de terceros con los que haya mantenido comunicaciones o interacciones⁴⁸. Por eso, resulta obvio que en las más de las ocasiones otorgar un derecho de un acceso incontrolado, aunque sea eventualmente a la persona designada o a sus herederos, puede chocar frontalmente con el derecho a la intimidad, a la protección de datos personales y al secreto de las comunicaciones⁴⁹. Y este ha sido un argumento de peso empleado por prestadores de servicios ante intentos de acceso a estos activos digitales que han terminado siendo solventados por los tribunales en el ámbito comparado⁵⁰. Con independencia de que esta tesis sea la sostenida por quienes se ubican en una situación de superioridad en cuanto prestadores de servicios, no podemos desconocer

⁴⁸ En este sentido se ahonda en la conexión entre el Derecho de sucesiones y los Derechos de la personalidad, por lo que se estaría superando el paradigma de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad (OTERO CRESPO, Marta, «Los problemas sucesorios de los Derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, p. 1109, esp. nota 1).

⁴⁹ GINEBRA MOLINS, María Esperança, *op. cit.*, pp. 124- 130.

⁵⁰ Así sucedió en un célebre caso en Alemania, resuelto en julio de 2018 por el *Bundesgerichtshof*. En este discutía el derecho de unos padres a obtener acceso a la cuenta de *Facebook* de la hija fallecida de 15 años en el metro de Berlín en 2012 (pretendían conocer si había datos en su cuenta que pudiesen llevarla a un suicidio). En primera instancia, el *Landgericht* de Berlín autorizó el acceso a la cuenta a los progenitores, pese a la oposición de *Facebook* (fundada esencialmente en la no transmisibilidad de la cuenta de acuerdo con las políticas de la compañía y condiciones de uso aceptadas por la menor al activar el servicio, en la protección póstuma de la personalidad de la difunta, así como en la necesidad de proteger la confidencialidad de las comunicaciones). Tal decisión fue revocada en apelación por el *Kammergericht*, que atribuyó un peso preponderante al deber de confidencialidad. Finalmente, el BGH casó la sentencia en su resolución de 12 de julio de 2018 (ECLI:DE:BGH:2018:120718UUIIZR183.17.0), reconociendo el derecho de los padres a «recibir» *mortis causa* la cuenta de *Facebook* (fundamentándolo, esencialmente, en la universalidad de la sucesión *ex* § 1922 BGB). En Estados Unidos ya han sido varios los casos que han saltado a la prensa de similares características. Uno de los más mediáticos ha sido el del marine Justin Ellsworth, fallecido a los veinte años en un bombardeo en Fallujah (Irak) en noviembre de 2004. Su padre, John Ellsworth, inició una batalla legal frente a *Yahoo* para conseguir acceso a los mensajes de correo electrónico de su hijo – al estar desplegado en el frente, no tenía derecho a una cuenta como marine-. Finalmente, y pese a la oposición de la compañía fundada en el derecho a la *privacy*, el *Oakland County Probate Court* de Michigan en 2005 admitió las pretensiones de su padre obligando a *Yahoo* a entregarle los contenidos de la cuenta de correo electrónico de Justin. *Yahoo* cumplió con la decisión a través de la entrega de los correos en CD (más de 10.000 páginas) e indicando que procedería también a facilitarlos en formato papel (los principales datos del caso están esquematizados en <http://www.justinellsworth.net/email/cnet-apr21-05.htm> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019]).

que se trata de derechos fundamentales –no en vano están reconocidos en el artículo 18 de nuestra Constitución– que han de ser ponderados en cualquier solución (legislativa o jurisprudencial), que plantee si es proporcional o no facilitar el acceso y la transmisibilidad de los recursos digitales. Si bien es cierto que las realidades digitales puedan requerir ciertos ajustes o actualizaciones legislativas que no caigan en una especie de «obsolescencia normativa programada⁵¹», no lo es menos que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales ha de extenderse al entorno digital⁵².

Pese a las consideraciones que realizaremos después y que derivan de la existencia de instrumentos normativos, lo cierto es que algunos proveedores de servicios optan por facilitar el acceso, pero limitando a los terceros la calidad y cantidad de datos a conocer⁵³. Por ejemplo, *Google* ofrece la opción de activar un administrador de cuentas inactivas⁵⁴, permitiendo a los usuarios compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir que la cuenta ha estado sin actividad durante un periodo determinado. Los contactos de confianza solo recibirán un aviso si el prestador detecta que la cuenta ha permanecido inactiva durante cierto tiempo. Ahora bien, si esto sucede, *Google* permite dos opciones. La primera, «Si solo quieres notificar a tus contactos que la cuenta está inactiva, estos recibirán un mensaje de correo electrónico con la línea del asunto y el contenido que escribiste durante la configuración. Añadiremos un pie de página al correo electrónico en el que se explique que has indicado a *Google* que envíe un correo electrónico en tu nombre cuando ya no utilices la cuenta»⁵⁵; la segunda, «Si decides compartir datos con tu contacto de confianza, el

⁵¹ Una regulación excesivamente centrada en el mundo digital actual muy probablemente no se ajustaría a innovaciones que puedan darse a corto plazo. Por ello, tal y como se recoge en la siguiente nota, la regulación debe centrarse en el acomodo de los derechos reconocidos en el entorno físico al mundo digital.

⁵² En esta línea se ha manifestado PIÑAR MAÑAS, José Luis, *op. cit.*, pp. 5- 7. Además, también señala el autor que, con carácter general, cualquier regulación de los derechos en la sociedad digital ha de estar centrada en «la persona sin más, no hacia la persona digital».

⁵³ Limitan también así los costes derivados de la concesión de un derecho de acceso absoluto. En este sentido, no podemos desconocer que gestionar la accesibilidad y la transmisibilidad, en su caso, implica que las empresas prestadoras de estos servicios incurrirán en unos costes adicionales que van más allá del mantenimiento ¿eterno? del perfil y contenidos generados por el causante (por ejemplo, podrán verse forzadas a asumir mayores gastos también en recursos humanos, administrativos, etc). De hecho, con relación al escenario norteamericano, Banta señala que los «administrative and cost concerns» constituyen una de las objeciones que teóricamente las prestadoras de servicios pueden emplear, junto con las referidas a cuestiones de privacidad *post mortem* o a la violación de leyes federales en materia de *privacy* (BANTA, Natalie M., *op. cit.*, pp. 834- 842).

⁵⁴ Es importante señalar que el usuario de *Google* tiene que activarlo expresamente, por lo que podríamos denominarlo como un sistema de *opt-in*.

⁵⁵ Vid <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

mensaje de correo electrónico también incluirá una lista de los datos que hayas elegido compartir con tu contacto y un enlace desde el que podrá descargarlos». Además, entraría en juego el respeto a otro derecho fundamental, como lo sería el derecho al secreto de las comunicaciones. En cuanto derecho de la personalidad, se extinguiría con el fallecimiento, pero al exigirse bilateralidad, quedarían amparados todas las personas que se habían relacionado con el causante en su vida digital. Tal protección se extendería no solo a los contenidos de las comunicaciones, sino también a los datos externos, de ahí que el respeto a este derecho fundamental implicaría la imposibilidad de acceso a los contenidos de las comunicaciones, así como el conocimiento de la identidad de los sujetos con quienes se relacionó en el mundo digital⁵⁶.

2.2. Las disposiciones sobre nuestras titularidades digitales

A día de hoy, teniendo en mente la dicotomía patrimonial y extrapatrimonial, el abanico de opciones posibles sería el que sigue.

2.2.1. Contenidos digitales de carácter patrimonial

Si el contenido digital tiene carácter patrimonial, está claro que éste se integraría en la herencia, puesto que no existe técnicamente una herencia analógica y otra digital, sino que esta es una sola⁵⁷. Por ello, se puede disponer de estos bienes y derechos vía testamento (o en pacto sucesorio, en las Comunidades autónomas donde se admita) en las formas legalmente previstas, respetando las reglas imperativas del Derecho de sucesiones (esencialmente las legítimas). Cabría disponer de este patrimonio digital a título de herencia y legado; obviamente, a falta de testamento, correspondería este activo patrimonial a los llamados en la sucesión intestada. Por tanto, no habría en este sentido peculiaridad alguna con respecto al «patrimonio analógico». Ahora bien, la dificultad característica vendría dada por el conocimiento y accesibilidad a tales contenidos, ya sea en los dispositivos propiedad del causante o bien custodiados por un prestador de servicios, como hemos visto. A este respecto, veremos cuáles son las previsiones normativas *ad hoc* que han emergido en los últimos tiempos y cuya filosofía responde a la facilitación de acceso para la localización de estos activos hereditarios.

2.2.2. Contenidos digitales de carácter extrapatrimonial

⁵⁶ SANTOS MORÓN, María José, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁷ Se critica precisamente esa escisión entre vida digital y analógica, como si estas «fueran compartimentos estancos». En realidad, no son más que «facetas distintas de una misma identidad» (FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, «La herencia digital», *Escritura Pública*, (septiembre- octubre 2016), p. 23.

Si el contenido tiene un carácter extrapatrimonial, formaría parte de la sucesión, pero no de la herencia en sentido estricto, en la medida en la que no forman parte de esta los bienes de naturaleza no patrimonial, los derechos vitalicios, las relaciones personalísimas y los derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, libertad de expresión, etc.⁵⁸). Ahora bien, el hecho de que estén excluidos de la herencia no impide que sí quepa el ejercicio de acciones de defensa o de protección del fallecido. Así sucede en el caso de las acciones de protección civil del honor, intimidad e imagen de una persona fallecida (artículos 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en adelante LOPHIPI)⁵⁹. Pese a que la personalidad del sujeto se extinga con el fin del individuo, el recuerdo de éste se prolonga más allá de la vida del que fue su titular, de ahí que su memoria haya de gozar del necesario reconocimiento y protección por el ordenamiento jurídico⁶⁰. Por todos es conocido que el régimen establecido en la

⁵⁸ Según lo dispuesto por el artículo 659 del Código civil, puesto que el precepto no proporciona un criterio jurídico que sirva para esclarecer cuáles de las titularidades del causante se transmiten *mortis causa* y cuáles no («no es precepto dirigido a fijar el contenido de la herencia, sino el ámbito del fenómeno sucesorio», en LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín, *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho civil V*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 31) . Clásicamente el Tribunal Supremo ya estableció que no son transmisibles «en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular –*ossibus inherent*-, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona» (STS de 11 de octubre de 1943, RJ 1943, 1034). Además, existen titularidades que se transmiten al margen de la sucesión, dando lugar a lo que se denominan supuestos de sucesión especial o extraordinaria o anómala, tales como sucede, por ejemplo, con los títulos nobiliarios, los arrendamientos urbanos y rústicos, las administraciones de loterías o los establecimientos farmacéuticos (Martín Pérez, José Antonio, «Comentario al artículo 659 CC », en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pablo; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 247-252).

⁵⁹ Lo mismo podría predicarse del derecho moral de autor. En este sentido *vid* el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁶⁰ Mariano Alonso menciona tres manifestaciones de la *memoria defuncti*. En síntesis, en primer lugar, sería una prolongación de la personalidad extinguida por la muerte, que se haría «viva y presente en las personas a quienes aquél confió su defensa por vía testamentaria, a través de los familiares más próximos, o por medio de quien representa los intereses públicos de la sociedad. La sede final de la memoria siempre está en los vivos, y de forma dinámica en quienes, por lazos hereditarios, parentales o de amistad salen en su defensa si es ofendida o ultrajada». En segundo término, la memoria sería un «residuo inextinguible de la dignidad humana, que perdura mientras sea lesionada, vilipendiada o injuriada». Y finalmente, «es también lazo de unión entre vivos y muertos, fragua la historia individual y colectiva, es pieza necesaria del motor que hace andar a la sociedad generación tras generación (...)». ALONSO PÉREZ, Mariano, «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en el *Tercer Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, disponible en <http://asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

LOPHIPI permite que el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida recaiga sobre la persona designada a tal efecto en testamento, pudiendo recaer tal designación en una persona jurídica. A falta de designación o habiendo fallecido la persona designada, la ley otorga legitimación para recabar tal protección al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona fallecida⁶¹. Finalmente, a falta de todos ellos, el ejercicio de tales acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar tanto de oficio como a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado, plazo que será idéntico cuando el ejercicio de las acciones corresponda a una persona jurídica designada testamentariamente⁶². En suma, el legislador español ya entendió a comienzos de los años ochenta que la protección *post mortem* de estos derechos debía recaer en la persona que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidiese el propio testador⁶³. Tan solo cabría acudir a las opciones «subsidiarias» recogidas en la LOPHIPI cuando no existiese esa voluntad expresada en un documento determinado: el testamento⁶⁴. Veremos más adelante si existe coordinación entre esta previsión y lo ahora positivizado en nuestro Derecho interno en materia de voluntades digitales.

A partir de lo dicho, cabe bosquejar cuáles son las fórmulas que nos permitirían disponer de los contenidos extrapatrimoniales digitales. El abanico es, al menos, triple.

⁶¹ Vid también el artículo 5 LOPHIPI.

⁶² Artículo 6 LOPHIPI. Sobre el ejercicio o continuación *post mortem* de las acciones protectoras, ALONSO PÉREZ, Mariano, «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», *op. cit.*, pp. 128-129.

⁶³ Como ha destacado Alonso Pérez, «el legislador no quiso atar inexorablemente la memoria del finado a los solos vínculos sucesorios». En este sentido, puede haber otra persona de mayor confianza, preferida por el causante para la tutela de su *memoria defuncti* (ALONSO PÉREZ, Mariano, «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, p. 121).

⁶⁴ Vid. LLOPIS, José Carmelo, Herencia digital y protección de datos, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1490/73/herencia-digital-y-proteccion-de-datos> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019]. El autor insiste en la importancia del testamento como cauce para la expresión de la autonomía de la voluntad, en este caso, para la designación de la persona encargada de la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad regulados en la LOPHIPI.

a. La opción testamentaria

En primer lugar, las voluntades digitales sobre un contenido extrapatrimonial podrían ser incluidas en el contenido de un *testamento* al uso, e incluso ser el único contenido del testamento, toda vez que en el ordenamiento español se admite su validez con independencia de que su contenido sea total o parcialmente extrapatrimonial⁶⁵. El recurso al testamento abierto ha sido calificado como «la vía más idónea para una sucesión seria y global⁶⁶», puesto que goza de la intervención notarial. Sin embargo, esta opción no está exenta de peligros. El más evidente puede intuirse si confrontamos la elección de un heredero con la de un tercero como persona encargada de acceder a estos contenidos extrapatrimoniales. Si el causante decide incluir en el testamento información sobre sus cuentas, facilitando nombres de usuarios y contraseñas, etc. y decide que sea el heredero el que reciba estos, perfecto, puesto que si fallecido el otorgante y conocidas estas voluntades digitales existe también un genuino patrimonio digital, este debe integrarse en la masa hereditaria, entre otras cosas, a efectos liquidatorios de deudas o para el cálculo de la legítima (por lo que pesará sobre el heredero la obligación de declarar la existencia de tales bienes patrimoniales digitales una vez acceda a los contenidos digitales). Si, por el contrario, el testador decide que sea otra persona (un ejecutor de voluntades digitales) la que tenga acceso, pueden generarse situaciones problemáticas. Así, de acuerdo con la legislación notarial los herederos y los legatarios tienen derecho a recibir copia de todo el contenido del testamento⁶⁷, incluidos todos los datos relativos a los bienes digitales, entendiéndose por *todo*, los datos de acceso a cuentas de correo, redes sociales, contenidos conservados en la nube, etc.⁶⁸. En este punto, el problema podría ser superado a través

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 51- 59; Cañizares Laso, Ana, «Comentario al artículo 667 CC» en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pablo; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 285; para el caso del ológrafo, TORRES GARCÍA, Teodora, *op. cit.*, pp. 64- 65.

⁶⁶ MATUTE, Marta, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁷ Art. 226 del Reglamento Notarial. Este precepto ha sido modificado por el RD 45/2007, dotándolo de una redacción más técnica y exacta desde la perspectiva del Derecho sucesorio sustantivo (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA- VALDECASAS, Manuel, «Arts. 221 a 249», *Nueva legislación notarial comentada*, Tomo I, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pp. 666- 667).

⁶⁸ Tampoco podemos obviar que las contraseñas de acceso que puedan haberse facilitado ya no estén operativas, dadas las continuas necesidades de renovación que plantean los propios prestadores de servicios por cuestiones de seguridad. Para superar este obstáculo podría recurrirse a los gestores o administradores de contraseñas (por ejemplo, *Password Vault Manager*).

del codicilo en los Derechos civiles navarro y catalán⁶⁹, pero no en el resto de los Derechos civiles autonómicos o en el Derecho común.

Los notarios se han planteado también una posible adaptación del régimen previsto por algunas legislaciones autonómicas en las que se permiten las memorias testamentarias⁷⁰. Estas complementarían el testamento con un anexo en el que se podrían insertar disposiciones relativas a los bienes digitales. El pack vendría articulado por el binomio testamento y memorias, más fácilmente modificables estas últimas, emulando el propio dinamismo de las realidades digitales. Incluso se han planteado (*de lege ferenda*) que la propia memoria testamentaria o el testamento se refiriesen a un servicio notarial de almacenamiento de claves o perfiles. Esta opción se proyecta como «una adaptación rápida, sencilla y económica⁷¹». De hecho, las memorias testamentarias podrían estar firmadas y remitidas al notario por el testador por medio de una firma electrónica reconocida. Pese a que compartamos la utilidad y pertinencia de las memorias como instrumento de expresión de las voluntades digitales, se trata de una opción que exigiría una actuación legislativa, puesto que tales memorias no se permiten en todos los Derechos civiles españoles (de hecho, solo se regulan expresamente, de nuevo, en los Derechos civiles catalán⁷² y navarro⁷³), ni tampoco se admite con carácter general la firma reconocida para remitir documentos al notario.

b. El documento *ad hoc* extra testamentario

En segundo término, cabría también disponer de los elementos digitales en documento *ad hoc*, extra-testamentario, también expresión máxima de la autonomía de la

⁶⁹ El legislador navarro regula los codicilos en el Capítulo III del Título V del Libro II de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra). En este sentido, *vid* lo dispuesto en sus Leyes 194 y 195.

En el caso catalán, los codicilos se regulan en la Sección cuarta, del Capítulo I, del Título II, («La sucesión testada»), de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. *Vid* artículo 421-20 Código civil de Cataluña y más específicamente, el artículo 421- 24, donde se recoge que la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales puede contenerse en codicilo (además de en testamento o en memoria testamentaria).

⁷⁰ Parte de la doctrina considera que las memorias testamentarias también estarían permitidas bajo la aplicación del Código civil, siempre y cuando éstas respeten la forma del testamento ológrafo. Pese a su falta de regulación, también tendrían cabida en el Derecho balear, en la medida en la que la propia jurisprudencia las admite sin reservas. Al respecto *vid* las consideraciones y referencias doctrinales contenidas en DE LAMA AYMÀ, Alejandra, *Libertad de testar y memorias testamentarias*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 55 y ss.

⁷¹ MATUTE, Marta, *op. cit.*, p. 53.

⁷² Como hemos señalado en la nota 69, el Derecho catalán admite el otorgamiento de disposiciones sobre el patrimonio digital en testamento, codicilo o memoria testamentaria (artículo 411-10 Código civil catalán). Las memorias testamentarias se regulan con carácter principal en el artículo 421-21 Código civil de Cataluña.

⁷³ *Vid* los artículos 196 a 198 de la Ley Foral Navarra.

voluntad del causante. Sería un *documento de voluntades digitales*, que no quedaría supeditado al cumplimiento de las formalidades testamentarias y que, por tanto, podría ser perfectamente formalizado en un archivo en soporte digital. Pese a la similitud que puede plantearse con respecto a lo que veamos en el epígrafe referido a las soluciones contractuales, una propuesta en esta línea fue arbitrada inicialmente como una opción para el caso de no haber otorgado disposiciones de última voluntad en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Así, tal documento de voluntades digitales había de inscribirse en un Registro *ad hoc*, de carácter electrónico y de pretendido carácter administrativo⁷⁴.

Este documento *ad hoc* extra-testamentario tendría cabida al amparo de la regulación estatal introducida por la nueva Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Como veremos, el artículo 96 LOPDCPGDD se remite a las «instrucciones» y «mandatos» establecidos por el causante⁷⁵, referidos al acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información. Sin adentrarnos ahora en la exégesis del precepto, lo cierto es que se abre la puerta a un «registro», regulado a través de un futuro real decreto, inexistente casi un año después de la aprobación de la Ley Orgánica⁷⁶.

Sin perjuicio de las apreciaciones que realizaremos más abajo, mencionar un documento *ad hoc* que recoja voluntades digitales y que acceda a un registro, sin duda

⁷⁴ Sin embargo, dicha posibilidad ha quedado vedada tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019, a través de la que se declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 6, 8, 10, 11 y la disposición final 1. Nos detendremos en estos aspectos más adelante.

⁷⁵ El uso de la conjunción copulativa parece indicar que se trataría de dos indicaciones diversas, pero lo cierto es que el término «mandato» solo se recoge en el párrafo 3 del artículo 96 LOPDCPGDD, por lo que podría haber sido una adición legislativa sin trascendencia práctica.

⁷⁶ La necesidad de proceder a su desarrollo normativo ya ha sido puesta de manifiesto, sobre todo con el fin de evitar la actual inseguridad jurídica (RECHE TELLO, Nuria, «Artículo 96. Derecho al testamento digital», en ARENAS RAMIRO, Mónica y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dirs.), *Protección de datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Ed. Sepín, Madrid, 2019, p. 404.

evoca al también mal llamado, «testamento vital⁷⁷», esto es, a las instrucciones previas o documentos de voluntades anticipadas en el ámbito de la salud⁷⁸.

c. Las opciones contractuales

En tercer lugar, otras posibilidades serían las que ya nos ofrecen tanto los principales prestadores de servicios en la red, como empresas tecnológicas e incluso compañías de seguros.

I. Como hemos anticipado, los principales prestadores de servicios de internet globales cuentan con herramientas para cerrar cuentas o recuperar parte de los contenidos que la persona fallecida hubiera publicado en la Red.

Google lo llama «administrador de cuentas inactivas», una opción que, tal y como hemos destacado, permite a los usuarios compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir a alguien de que ésta lleva inactiva cierto tiempo. Si es así, los contactos de confianza reciben una notificación. Si la persona decide compartir datos con estos contactos, el mensaje de correo electrónico también incluirá una lista de los datos elegidos procedentes de servicios como el correo electrónico, blog o almacenamiento en la nube, y un enlace desde el cual descargarlos.

Facebook ofrece a sus usuarios la posibilidad de eliminar la cuenta de forma permanente o de convertirla en conmemorativa para que familiares y amigos puedan compartir los recuerdos de un ser querido fallecido. Esta red social también ofrece la opción de que un «contacto de legado» se encargue de una cuenta si esta se convierte en conmemorativa. Entre sus facultades se encuentra la de escribir un mensaje en nombre del fallecido o la de proporcionar información sobre el funeral; responder a nuevas solicitudes de amistad; actualizar la foto del perfil, o descargarse una copia de lo que el fallecido haya compartido en *Facebook*.

⁷⁷ Como señala Nieto Alonso, se trata de una denominación desacertada, puesto que no se trata de un testamento en el sentido jurídico-privado y que vendría a ser empleado por el influjo de la doctrina y jurisprudencia norteamericana a propósito del *living will* (NIETO ALONSO, Antonia, «El derecho del paciente a ser dueño de su destino: consentimiento informado y documento de instrucciones previas», en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dirs.), *Los avances del Derecho ante la los avances de la Medicina*, Ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 696, esp. nota 51 y la bibliografía ahí citada.

⁷⁸ Vid artículo 11. Instrucciones previas, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que ha de completarse con las correlativas disposiciones autonómicas. Sobre el Derecho catalán, SOLÉ RESINA, Judith, *op. cit.*, pp. 432- 433.

En el ámbito de las redes de perfil laboral, *LinkedIn* dispone de un formulario donde colegas de trabajo, compañeros de clase o seres queridos pueden informar del fallecimiento de una persona y que la red social profesional proceda al cierre de la cuenta.

II. Son varias las denominadas *startups* (empresas tecnológicas), que han detectado hábilmente un nicho de mercado para dar cauce a este tipo de disposiciones. Basta con introducir en un buscador de internet expresiones clave como «herencia digital» o «testamento digital» para detectar empresas en la red como *Mi Legado Digital*. Entre otros servicios, ofrecen un mal llamado «Testamento digital⁷⁹». Si alguien opta por esta opción, se le ofrecen distintos planes, tanto personalizados (a la carta) como preconfigurados (gratuito, básico, profesional o *Premium*⁸⁰). Entre los ítems disponibles se ofrecen «Mensajes Post Mortem», «Eliminar Cuentas Online», «Últimas Voluntades» o «Herencias Digitales Postales»⁸¹.

En cualquier caso, debe insistirse en que no se trata de auténticos testamentos con nombramientos de herederos o albaceas (digitales); además, estos servicios plantean una serie de interrogantes que van más allá de la propia supervivencia temporal de las empresas⁸². Por ejemplo, cabe preguntarnos qué sucederá en caso de que estas disposiciones contravengan materialmente los acuerdos existentes

⁷⁹ <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>. Recientemente, se ha ampliado la oferta de productos disponibles y ya se incorpora un «Smart will» o «testamento inteligente», descrito como «una solución única e innovadora con la que podrás proteger tus derechos más fundamentales, controlar tu identidad digital, cuidar de tu reputación online, hacer borrado selectivo (parcial o total), desconectar digitalmente, designar tu albacea digital, solicitar la gestión post mortem, ejercer tu derecho al olvido y preservar todo tu legado». Teóricamente, «Nuestro eficiente modelo conecta en tiempo real a todas las partes involucradas en el proceso: herederos, notarios, aseguradoras, entidades financieras, registro, centros de salud médicos, representantes legales, etc. No es necesario modificar el testamento ante el notario cada vez que se modifican las contraseñas, se abren nuevas cuentas, se contratan nuevos servicios online o cambia el saldo de dinero virtual. A través del navegador, se le pregunta al usuario si desea incorporar los cambios que va realizando en las diferentes cuentas online que posee» <https://www.milegadodigital.com/>.

⁸⁰ El Plan Básico se oferta por 49 euros, el Profesional por 99 euros, el Premium por 249 y el Personalizado, no se especifica [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

⁸¹ <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>. Otro supuesto lo encontramos en *Tellmebye*, donde curiosamente se conjuga el testamento digital con el notarial. Así, se indica que se imprima el «Testamento digital» («Te facilitamos la documentación necesaria para incluir tu legado digital creado en *Tellmebye*, dentro de tu testamento Notarial») y se emplee el «Localizador de Notarios» («Te ayudamos a localizar a tu Notario más cercano. Ahora ya podrás incluir tu legado digital al crear tu testamento Notarial»).

⁸² Este es otro de los argumentos que favorecen la opción notarial frente a cualquier otra en la medida en la que la conservación de los archivos sí se garantiza por quienes desempeñan la función de fedatarios públicos.

entre los prestadores de servicios y sus usuarios (¿entendemos que prevalecen estos?) o bien si estas disposiciones contenidas en los servidores de *startups* gozan de virtualidad (¿son oponibles?) ante los prestadores de servicios cuando sus usuarios no han configurado, por ejemplo, un contacto de legado (*Facebook*) o un administrador de cuentas inactivas (*Google*). Y eso sin entrar a valorar un potencial choque con la normativa *ad hoc* en los términos que veremos más adelante⁸³.

III. Por último, habrá que sumar ciertas compañías de seguros, que también han detectado un vacío a rellenar por servicios adicionales. El mal llamado testamento digital parece incluirse como servicio complementario en las pólizas de seguro. Muy posiblemente sea un servicio orientado a los sectores jóvenes de población que de otro modo no habrían contratado un servicio tradicional de decesos⁸⁴.

Son todas ellas opciones extra testamentarias que exigen de una contraparte y en las que, pese a que ese documento pueda ser almacenado o custodiado por un tercero, este no interviene en absoluto en su redacción y contenido. Además, típicamente servirían para disponer de los contenidos digitales extrapatrimoniales, por lo que en su mayor parte evocan a la tutela de la *memoria defuncti* de la LOPHIPI. Pese a que podemos valorar positivamente la preocupación de estas empresas por facilitarnos una «solución» a la necesidad de dar un destino *post mortem* a estas nuevas realidades, no podemos dejar de reiterar que estas designaciones *privadas* pueden chocar precisamente con las realizadas en testamento; en tales casos lo que resulta obvio es que la elección que debería desplegar efectos sería la testamentaria, precisamente porque esos «testamentos digitales» carecen de la fuerza propia de un testamento. Y también podrían contravenir lo dispuesto en una norma, variable en cuyo debate entraremos a continuación.

3. EL MARCO NORMATIVO INTERNO EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO

Por todos es conocida la peculiaridad plurilegislativa que presenta el Derecho español en el ámbito civil, consagrada constitucionalmente en el artículo 149.1 en su regla 8ª. De acuerdo con el precepto, a la competencia «exclusiva» del legislador estatal en materia civil, se le suma la de los legisladores autonómicos destinatarios de la norma, quienes están facultados para la «conservación, modificación y desarrollo de los

⁸³ La Ley Orgánica 3/2018 o la Ley 10/2017, del Parlamento catalán, como veremos.

⁸⁴ P. ej., Helvetia ofrece el testamento online: <https://www.helvetia.es/seguros/seguros-decesos>.

derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Y todo ello, reservándose «en todo caso» una serie de materias a la competencia exclusiva del Estado⁸⁵.

En cualquier caso, lo que resulta indubitado es que las más de cuatro décadas transcurridas desde la aprobación del precepto han arrojado una multiplicidad de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, (ir)resueltos a través de un cuerpo de sentencias del Tribunal Constitucional. Precisamente éstas también han contribuido a desdibujar unos perfiles que ya se mostraban muy poco nítidos en la letra de la norma, por lo que, en consecuencia, el propio intérprete constitucional ha contribuido decisivamente a crecimientos normativos asimétricos de los distintos Derechos civiles autonómicos⁸⁶.

Precisamente, en el marco de este contexto plurilegislativo, son ya dos las regulaciones que de algún modo pretender regular el acceso y transmisibilidad *mortis causa* de nuestros bienes digitales: la estatal y la catalana. Como enseguida veremos, el régimen estatal se introdujo de refilón y casi *in extremis*, a propósito de la necesidad de adaptación de la normativa interna a un instrumento europeo en materia de protección de datos. Mientras, la norma autonómica catalana fue objeto de un período de cultivo más prolongado, pero que sin embargo ha sufrido el recorte derivado de la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos al entender el Tribunal Constitucional, en una resolución no exenta de polémica, que el legislador había sobrepasado su margen competencial. Veamos ahora los principales rasgos de ambas regulaciones.

3.1. *La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*

Con carácter previo al abordaje de la norma interna, se hace imprescindible la mención al instrumento europeo que forzó el cambio legislativo en nuestro país. En este sentido, el Reglamento (UE) 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 (Reglamento general de protección de datos, en adelante, RGPD), asumió entre sus objetivos el

⁸⁵ El «núcleo duro» del art. 149.1. 8ª de la Constitución Española, de modo completo, se refiere a «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

⁸⁶ Baste como muestra el análisis realizado por GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho civil*, vol. IV, (julio-septiembre 2017), núm. 3, pp. 1-33.

establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas por lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación la protección de los datos personales de las personas fallecidas, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer sus propias normas⁸⁷. Precisamente, al hilo de esta declaración, ha habido Estados que sí han optado por establecer reglas conducentes a la protección de los datos de personas fallecidas. Por ejemplo, legitimando a los herederos o a otros sujetos para el ejercicio de los derechos del interesado a su muerte (Italia), o facultando a los herederos para solicitar al responsable del tratamiento de datos la actualización de estos en aras de reflejar la muerte del sujeto (Francia)⁸⁸.

En el caso de España, la entrada en vigor del RGPD el 25 de mayo de 2018 imponía la necesidad de revisar y adaptar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Y fruto de esta labor de revisión y adaptación a la normativa europea es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Tal y como se recoge en su primer precepto, la LOPDCPGDD está destinada a adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD, a completar sus disposiciones, así como a garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.4 CE⁸⁹. Al igual que sucede con el instrumento europeo, no se centra con carácter general en los datos de las personas fallecidas, excluyéndolos – si bien con un matiz– de su ámbito (artículo 2. 2 c) LOPDCPGDD) y con excepción de un par de preceptos teóricamente coordinados, cuyo contenido y alcance pasamos a diseccionar.

⁸⁷ Vid Considerandos (27), (158) y (160) del RGPD.

⁸⁸ RESTA, Giorgio, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁹ La Constitución Española de 1978 fue pionera al introducir una disposición de esta naturaleza en la que se dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Esta protección frente al uso de la informática ya se había recogido dos años antes en la Constitución portuguesa de 1976, inspiración del constituyente español (MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, «La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-54). Lo cierto es que el precepto portugués, modificado en tres ocasiones hasta la fecha, resulta en la actualidad bastante más detallado que el art. 18.4 de nuestra Constitución. (La norma portuguesa es accesible en <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201910030855/127994/diploma/indice>).

3.1.1. El artículo 3 LOPDCPDGG: el tratamiento de los datos de las personas fallecidas

En primer lugar, el artículo 3 LOPDCPGDD articula un derecho de acceso, y en su caso, de rectificación o supresión de datos⁹⁰, a favor de «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos⁹¹». Continúa su párrafo 1 indicando que estas personas (o grupos de personas) podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento, salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Ahora bien, «dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante». La dicción del primer párrafo plantea una serie de cuestiones:

1. Nada señala el legislador acerca de la extensión o grado del vínculo (de parentesco o fáctico⁹²), por lo que el elenco de personas potencialmente legitimadas podría ser numeroso⁹³. Esta amplitud parece responder a que dicha intervención no encuentra su fundamento en la sucesión hereditaria, por lo que no se personaliza en la figura de los llamados a la herencia, sino en la necesidad de proteger la *memoria defuncti*⁹⁴. Tampoco arbitra cómo resolver los potenciales

⁹⁰ Se excluyen, al menos nominalmente, los derechos relativos a la limitación del tratamiento, a la portabilidad y a la oposición contenidos en los artículos 16 a 18 LOPDCPGDD.

⁹¹ La regulación de la protección de datos de las personas fallecidas es considerada como una de las grandes novedades introducidas por la nueva LOPDCPGDD (PLAZA PENADÉS, Javier, «El Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46/2018, BIB 2018\7463, p. 1).

⁹² En este sentido, no se detalla si resulta necesario un grado de parentesco determinado, si será por consanguinidad o afinidad.

⁹³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *op. cit.*, pp. 423- 426, se muestra también muy crítico con este elenco tan amplio de personas legitimadas.

⁹⁴ En este sentido se ha manifestado históricamente la Agencia Española de Protección de Datos. Una buena muestra la encontramos en su reciente Informe Jurídico 010601/2019 (disponible en <https://www.aepd.es/informes/juridicos/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019]). A propósito de una consulta sobre el tratamiento de datos en el ámbito universitario, la AEPD recuerda sobre el artículo 3 LOPDCPGDD que «Se trata de una legitimación muy amplia, que va más allá de los herederos que son quienes *«suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»* (artículo 661 CC), comprendiendo la herencia *«todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte»* (artículo 659 CC).

No obstante, su amplitud, dicha configuración no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, ya se recogía en el RD 1720/2007 («personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas») y en determinadas leyes especiales, como el artículo 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho»), en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento). Por el contrario, en otros supuestos de derechos personalísimos la legitimación se restringe a los herederos, como en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (si hubiese fallecido, sus herederos o los representantes de éstos) o el derecho moral de autor en la Ley de Propiedad Intelectual, que a falta de asignación

conflictos en caso de concurrencia de varios legitimados. La cuestión no es baladí, porque estos legitimados pueden llegar a plantear idénticas pretensiones (por ejemplo, la rectificación) o peticiones incompatibles (por ejemplo, dos legitimados solicitan de modo contradictorio uno la rectificación y otro la supresión de datos). El legislador se ha desmarcado del orden instaurado por la LOPHIPI para el caso de tutela de los derechos de la personalidad relativos al honor, intimidad y propia imagen, por lo que parece que en ausencia de tal prelación y de acuerdo entre quienes pretendan erigirse en legitimados, habrán de ser los Tribunales quienes solventen la controversia. A falta de un criterio claro, podríamos abogar por la aplicación analógica de la regla establecida en el apartado 2 del artículo 4 LOPHIPI⁹⁵. En la filosofía del artículo 3 LOPDCPGDD está el tutelar la huella digital del difunto, lo que es el trasunto al ámbito digital de la tutela de la *memoria defuncti* de la LOPHIPI. De aceptarse nuestra propuesta, estarían legitimados para recabar la protección el cónyuge (o persona vinculada por relación de afectividad análoga a la conyugal, en aplicación del artículo 3 Código civil), los descendientes, los ascendientes y los hermanos del causante. En este grupo de sujetos pueden concurrir tanto razones familiares (o, de hecho), como la condición de herederos⁹⁶.

2. De igual modo no se arroja luz en cuanto a la excepción referida a la prohibición expresa por parte del fallecido. Al no establecerse la observancia de unos requisitos formales, cabría plantearse la validez de manifestaciones verbales, sin duda poco recomendables dada la dificultad de su prueba, o qué sucedería en caso de manifestaciones expresas registradas en documentos que resulten contradictorios en su contenido. Cabe esperar a la puesta en marcha del registro previsto por la LOPDCPGDD, pese a que no se menciona en este párrafo primero, para conocer si esta oposición ha de instrumentalizarse siguiendo algún tipo de requisito *ad solemnitatem* (no exigido por la ley).

3. Pero sin duda, la parte de la norma que más atrae nuestra atención es el último inciso del párrafo primero: «Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante». Su literalidad nos plantea una serie de inconvenientes. Así, en primer lugar, pese a que resulte loable la intención del legislador, por cuanto parece reconocer la

expresa en sus disposiciones de última voluntad corresponderá a los herederos (artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)». Informe Jurídico 010601/2019, p. 21.

⁹⁵ Precisamente esta es una de las normas aludidas por la propia AEPD cuando analiza la posible tutela de los datos de las personas fallecidas. Nos remitimos ahora a lo señalado en la nota anterior.

⁹⁶ De no solventarse así la controversia, cabría plantearse si estaría legitimado el Ministerio Fiscal, tal y como sucede según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 de la LOPHIPI. Esta opción es contemplada expresamente por la LOPDCPGDD para el caso de fallecimiento de menores o de personas con discapacidad (apartado 3 del artículo 3 LOPDCPGDD).

dicotomía entre contenidos –o datos– de naturaleza extrapatrimonial y los de trascendencia patrimonial, no lo es menos que resultará muy difícil conocer *a priori* si detrás de esos datos de la persona fallecida se esconde un contenido patrimonial. Será más sencillo si existe un testamento o una manifestación exteriorizada de otro modo por el causante en las que se revele esa información. De no existir, parece poco probable su conocimiento por los legitimados ex LOPDCPGDD. Como derivación lógica, tampoco resulta descartable que esos contenidos patrimoniales acaben desapareciendo o resultando de muy difícil rastreo o identificación, sobre todo si alguno de los legitimados solicita el borrado de la huella digital y el prestador procede a completar la petición. Incluso podríamos estar ante un supuesto de responsabilidad de los prestadores frente a los herederos. Sucedería si, por ejemplo, cumplen con la voluntad emitida por uno de los legitimados (no herederos) cancelando los datos, y con posterioridad se conoce que entre esos datos existían algunos reveladores de contenido patrimonial, cuyo acceso ya no sería posible.

4. En segundo término, y no por ello con menos relevancia, la voluntad del causante prohibiendo el acceso podría carecer de eficacia *post mortem*. Una vez más, la literalidad del precepto permitiría el acceso a los herederos simplemente argumentando la existencia de potenciales contenidos (o datos) con trascendencia patrimonial. La norma no exige aportar ni el más mínimo indicio de prueba para dejar inoperativa cualquier disposición del causante vetando el acceso a sus datos⁹⁷.

El contenido de los restantes párrafos del artículo 3 LOPDCPGDD tampoco está exento de críticas. El párrafo 2 dispone que «las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión». Se replica lo dispuesto en primera instancia en el párrafo anterior respecto a los derechos de acceso, rectificación o supresión, siempre siguiendo el mandato del *de cuius*. Sin embargo, no se alude al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. Aún así entendemos que tal derecho permanece incólume por cuanto carecería de sentido permitirlo en los supuestos del párrafo primero y no en los del segundo.

⁹⁷ Ahora bien, la realidad ha demostrado que el acceso formal a los datos o contenidos patrimoniales no implica siempre y en todo lugar su acceso material. Así, podría encriptarse un archivo y no facilitarse la contraseña, e incluso el acceso a criptomonedas (tal es caso de Gerald Cotten, un empresario de 30 años fallecido inesperadamente en diciembre de 2018 y la única persona que conocía la contraseña para acceder en la plataforma de cambio de criptomonedas *Quadriga* a 190 millones de dólares (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-47134351>)).

Se añade en el último inciso del párrafo que «mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos». Tal y como hemos apuntado más arriba, en este caso sí se produce una remisión a una futura normativa encargada de regular esos «mandatos e instrucciones».

Finalmente, el precepto se cierra con dos oportunas referencias a los supuestos de fallecimiento de menores o de personas con discapacidad. Así, «En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada». Parece que, en el caso de los menores, no podemos desconocer que en la mayoría de los supuestos se tratará de menores de cierta edad, por cuanto los términos de acceso a bienes y servicios exigen unas edades mínimas⁹⁸. Teóricamente ese menor, atendiendo a su grado de madurez, podría haber manifestado su voluntad *post mortem*, pero parece que lo habitual será que las facultades ante los prestadores de servicios sean ejercitadas por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal, actuando de oficio o a instancia de cualquier interesado.

Para el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, «además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado». El legislador se ha actualizado en este punto, siguiendo la senda marcada por el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad, a través del que pretende lograrse la necesaria adaptación del Derecho español a las exigencias de la Convención de la ONU en la materia⁹⁹. Si la nueva regulación tiende a reconocer la más amplia gama de facultades, incluyendo el derecho a otorgar testamento en sentido propio, podría la persona ejercitar por sí misma este derecho a manifestar sus voluntades digitales. Se nos antoja así residual la intervención de la persona de apoyo.

⁹⁸ Por ejemplo, *Facebook* exige en España un mínimo de 14 años para aceptar a un menor como usuario. Si se procede a la creación de la cuenta falseando este dato, se considera que se ha incurrido en una infracción de sus condiciones. Incluso se extiende tal infracción a la existencia de una cuenta registrada de un menor de 14 años (https://es-es.facebook.com/help/157793540954833?helpref=faq_content).

⁹⁹ Con carácter general, las medidas de apoyo han de responder a los principios de necesidad y de proporcionalidad, de tal modo que no pueden exceder de aquello que la persona precisa y han de resultar suficientes para que, con ese apoyo, pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario», *RDC*, vol. V, (julio-septiembre, 2018), núm. 3, Estudios, p. 34

La sistemática del precepto tampoco está exenta de crítica. Desde nuestra perspectiva habría sido más adecuado disponer en primer lugar el juego de la autonomía de la voluntad, para insertar en segundo término la regla aplicable con carácter subsidiario (a falta de instrucciones, el elenco de personas legitimadas para actuar frente a los prestadores de servicios)¹⁰⁰. Así lo hace el legislador francés, pionero en regular la cuestión ya en octubre de 2016. En ese año, la *Loi pour une République numérique* procedió a modificar la *Loi 78-17* de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, dando nueva redacción a su art. 40-1. Se permitió entonces que toda persona pudiese decidir expresamente sobre el destino de sus datos de carácter personal a su fallecimiento, a través del establecimiento de unas instrucciones generales o particulares. Este precepto fue derogado el pasado 1 de junio de 2019 en los términos señalados en la *Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018* en su artículo 1, por lo que la regulación actual de la protección de datos de carácter personal de las personas fallecidas, se ha trasladado y prácticamente copiado al nuevo art. 85¹⁰¹, ubicado sistemáticamente entre las *Dispositions régissant les traitements de données à caractère personnel relatives aux personnes décédées* (arts. 84 - 86). De conformidad con lo ahí dispuesto y al igual que sucedía con su predecesor, toda persona en previsión de su muerte puede establecer una serie de instrucciones, directrices o pautas destinadas a la conservación, borrado y comunicación de sus datos personales. Tales instrucciones pueden ser generales o específicas, objeto de modificación o revocación e incluir la designación de una persona responsable de su ejecución, de tal modo que solo en ausencia de tales instrucciones los herederos podrán actuar¹⁰².

¹⁰⁰ Curiosamente, la propia AEPD, en sus reflexiones sobre el artículo 3 LOPDCPGDD refiere este mismo orden. Así, destaca que la regulación ofrece a los afectados una plena disposición sobre sus datos, «por lo que podrán prohibir el ejercicio de los derechos respecto de los mismos o designar las personas o instituciones que podrán ejercitarlos de acuerdo con sus instrucciones»; y a falta de tal disposición por el causante, «se reconoce legitimación para actuar a cualquier persona vinculada por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos». *Vid Informe Jurídico 010601/2019, op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹ El precepto original incluía un párrafo primero en el que se disponía: I. - Les droits ouverts à la présente section s'éteignent au décès de leur titulaire. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus conformément aux II et III suivants. Este párrafo se ha incorporado al nuevo artículo 84.

¹⁰² De acuerdo con el artículo 85, «(...) Les directives générales concernent l'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et peuvent être enregistrées auprès d'un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les références des directives générales et le tiers de confiance auprès duquel elles sont enregistrées sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l'accès sont fixés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l'objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d'utilisation.

3.1.2. El artículo 96 LOPDCPGDD: la consagración normativa del «derecho al testamento digital»

Al margen de lo dispuesto en materia de datos personales de las personas fallecidas, en otra sede, referida a la Garantía de los Derechos digitales (Título X), se encuentra el artículo 96, rubricado *Derecho al testamento digital*¹⁰³. Obviamente, no se trata de un derecho en sentido técnico, y su virtualidad creemos que queda reducida a su función meramente pedagógica, en la medida en la que un instrumento normativo reconoce a los sujetos la posibilidad de decidir sobre el destino de los contenidos digitales. Por ello, el legislador yerra tanto en su consideración como «derecho», como en el empleo de la denominación «testamento digital», según lo expresado más arriba.

En realidad, lo que el precepto consagra es un (I) derecho de acceso tras la muerte del titular, no a los datos personales, cuestión de la que se encarga el artículo 3 LOPDCPGDD, sino a los contenidos gestionados por los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Este derecho puede ejercitarse porque así lo ha dispuesto el causante, o en su defecto, por el juego de las reglas establecidas con carácter supletorio. Además (II) se establece qué actuaciones se pueden llevar a cabo por los legitimados sobre las redes sociales o servicios equivalentes y cómo se

Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre. Le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel.

Lorsque les directives prévoient la communication de données qui comportent également des données à caractère personnel relatives à des tiers, cette communication s'effectue dans le respect de la présente loi.

La personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment. Les directives mentionnées au premier alinéa du présent I peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés».

¹⁰³ La doctrina se ha mostrado crítica con la regulación de las garantías de los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018, al considerar que habría sido necesaria una «reflexión más intensa y sosegada», PIÑAR MAÑAS, José Luis, «¿Qué regulación de los derechos en la sociedad digital?», *Derecho digital e innovación*, Número 1, (enero-marzo 2019), Ed. Wolters Kluwer, pp. 1 y 8-11. El autor manifiesta además que resultaría más adecuada una regulación de los derechos fundamentales en la sociedad digital específica, y no un Título de una Ley. Debemos recordar que esta se incorporó al texto de la Ley Orgánica por vía de enmienda presentada en el Congreso durante la tramitación de su Proyecto.

Es reseñable también la inclusión de nuevos derechos, como el acceso universal a internet, o la adaptación de derechos existentes a la realidad online, tales como el derecho de rectificación en internet (AMÉRIGO ALONSO, José, «Objeto y ámbito de aplicación», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 93. Destaca el autor que la incorporación de este nuevo elenco de derechos fue acompañada de la modificación del título de la norma, de la descripción de su objeto (art. 1 LOPDCPGDD) y de la delimitación de su ámbito (art. 2 LOPDCPGDD).

instrumentarán material y formalmente los posibles mandatos e instrucciones y (III) cuál será el régimen de convivencia entre esta norma y las posibles previsiones autonómicas.

(I) El derecho de acceso a los contenidos

El artículo 96 LOPDGDD en su párrafo primero establece que todo acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

- En primer lugar, «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión». Ahora bien, «Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto».

Sin perjuicio de que reproduzcamos ahora las críticas vertidas a determinados incisos del artículo 3 LOPDCPGDD y que son idénticos en el artículo 96 LOPDCPGDD¹⁰⁴, la regla general será la de acceso a los contenidos digitales por parte de los terceros citados salvo que medie oposición expresa del causante. En cierto modo se invierte la norma esperable, prevaleciendo el derecho de acceso por parte de familiares, personas vinculadas y herederos sobre el derecho a la protección de la intimidad o privacidad de la persona y aquellos con quienes se haya comunicado digitalmente¹⁰⁵. La justificación podría tener su engarce, si bien con matices, en la doctrina de la AEPD referente a la LO 15/1999, pues a propósito del derecho de acceso a datos (no contenidos) de personas fallecidas, la Agencia ha reconocido en múltiples ocasiones al derecho de acceso por parte de los familiares, para tutelar la memoria del fallecido. En

¹⁰⁴ Si bien el art. 3 LOPDCPGDD se refiere a los datos personales, mientras que el art. 96 LOPDCPGDD se refiere a los contenidos online. Se contraponen así el tratamiento de los datos de las personas fallecidas a los contenidos que puedan estar disponibles en el ámbito digital tras el deceso (AMÉRIGO ALONSO, José, *op. cit.*, p. 113, esp. nota 23).

¹⁰⁵ La doctrina ha señalado que parece banalizarse el respeto a la esfera íntima de la persona, al tiempo que destaca el cambio de paradigma en el significado de la privacidad generado por la revolución tecnológica (RALLO LOMBARTE, Artemi, *op. cit.*, p. 51).

este sentido, «*sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil¹⁰⁶*». Se trataría, por tanto, de un derecho de acceso vinculado al ámbito sucesorio, pero no al establecido por la legislación de datos de carácter personal.

En cualquier caso, consideramos que nunca podría otorgarse un derecho de acceso de carácter ilimitado, pues puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, ya no solo de la persona fallecida –extinguida con el fin de la personalidad– sino también de otros sujetos, junto con el derecho al secreto de las comunicaciones. A resultas de la concurrencia de estos derechos, resulta muy difícil conocer hasta qué punto resulta proporcional facilitar un derecho de acceso generalizado. Parecería que la opción correcta sería la más costosa: una valoración caso a caso en la que se arbitrara una solución a medida. Se ponderaría el respeto a estos derechos fundamentales salvaguardando el reiterado derecho de los herederos a conocer si existen bienes (o deudas) que pueden integrarse en el caudal relicto, dato que interesa también a los potenciales acreedores o al fisco, como ya hemos destacado anteriormente.

Avanzando en nuestras críticas al precepto, nada se dice sobre cómo ha de instrumentalizarse la oposición/ prohibición de acceso, y menos sobre a quién corresponde probar su existencia, dejándose en manos de un futuro desarrollo reglamentario el establecimiento de «los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos¹⁰⁷» (art. 96.3 LOPDCPGDD). En la práctica la mayoría de los prestadores de servicios de internet han comenzado a incluir en sus contratos

¹⁰⁶ Informe 63/2016, consideraciones reproducidas en el Informe 010601/2019, p. 25.

¹⁰⁷ Parece colegirse de la literalidad del precepto la creación de un registro *ad hoc*, pero habrá que esperar a la aprobación de este Real Decreto para conocer si finalmente se opta por esta opción.

cláusulas destinadas a que el usuario declare sus preferencias para decidir en vida el destino *post mortem* de sus activos digitales. Sin embargo, el conocimiento de estas opciones facilitadas por los prestadores de servicios, así como su uso efectivo, todavía pueden calificarse de residuales, máxime si tenemos en consideración que tales posibilidades obedecen a modificaciones de los términos de uso inicialmente establecidos, de quimérico conocimiento por parte del usuario¹⁰⁸.

- En segundo lugar, el art. 96 LOPDCPGDD legitima al «albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». Para la concurrencia de este supuesto ya ha tenido que existir una actuación expresa del titular en vida, al establecer unas directrices que guiarán la actuación del albacea o de aquella persona física o jurídica a la que el fallecido haya seleccionado. El inconveniente que podría darse sería el de la desaparición de los llamados expresamente a la ejecución de esas voluntades digitales, por haber premuerto o modificarse judicialmente la capacidad de las personas físicas¹⁰⁹ o haberse extinguido la persona jurídica. Cabría plantearse entonces la subrogación de los herederos en defecto de los anteriores. El legislador francés evita esta duda, puesto que, en primer lugar, prevé expresamente el nombramiento de una persona encargada de la ejecución de las directrices, quien actuará ante los prestadores de servicios; en segundo lugar, a falta de esa designación, o a menos que se indique por el causante lo contrario, serán los herederos quienes podrán tomar nota de tales directrices y actuar frente al prestador de servicios (artículo 85 I in fine, solución que podríamos también considerar para nuestro Derecho¹¹⁰).

¹⁰⁸ RALLO LOMBARTE, Artemi, «Del derecho de protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 50-52, quien también valora como «marginal» el uso de esta facultad.

¹⁰⁹ La concepción actual de la modificación judicial de la capacidad, como ya hemos expuesto, está en vías de superación por el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

¹¹⁰ Literalmente, «Les directives mentionnées au premier alinéa du présent I peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés». No se aluden aquí a las personas con las que exista vínculo familiar o de hecho, salvo que encajen en los supuestos contemplados en el cuerpo del texto principal.

- En tercer lugar, el precepto se refiere a los supuestos de fallecimiento de menores de edad o de personas con discapacidad. Para el primero de los casos, las facultades descritas en los párrafos anteriores también podrán ejercerse «por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada». Para el segundo, «en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado».

(II) Las actuaciones que pueden llevar a cabo los legitimados sobre las redes sociales o servicios equivalentes y su los requisitos formales y materiales que han de cumplir las instrucciones del causante

El párrafo 2 del art. 96 LOPDCPGDD insiste en la necesidad de atender a las instrucciones del fallecido, y solo en defecto de estas, «las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes». En estas circunstancias, «el responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma», sin que se establezca un plazo máximo de actuación ni que sea necesaria la comunicación fehaciente de tal hecho. Lo que se nos plantea también es qué sucederá en el caso de que el fallecido haya dejado instrucciones contradictorias. Pese a que el párrafo 3 dispone que mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones, así como en su caso, el registro de los mismos, lo cierto es que seguimos con ese vacío normativo. Precisamente este debería arrojar luz sobre algunas cuestiones controvertidas, fácilmente imaginables en caso de discordancia: ¿Debe prevalecer la voluntad manifestada y que consta en ese eventual registro o lo dispuesto en testamento? ¿Acaso la opción seleccionada ante el prestador de servicios? ¿Serán ineficaces las cláusulas establecidas por los prestadores de servicios si el causante ha optado por manifestar sus voluntades a través de ese registro o en testamento?

De nuevo, si echamos un vistazo al país galo, comprobaremos cómo el legislador sí ha resuelto en buena medida estos interrogantes. Por ejemplo, ha dispuesto que cualquier cláusula contractual inserta en las condiciones generales en materia de protección de datos personales que limite las prerrogativas otorgadas en virtud de la norma especial, se tendrá por no puesta («réputée non écrite»). Además, «en l'absence de directives ou

de mention contraire dans lesdites directives» los herederos de la persona interesada pueden, después de su muerte, ejercer los derechos mencionados en el Capítulo II de este Título II en la medida en la que resulten necesarios para la organización y liquidación del patrimonio del difunto (accediendo a los datos para identificar y obtener información útil, pudiendo recibir aquellos bienes digitales o datos que se asemejen a los *souvenirs de famille*¹¹¹, transmisibles a los herederos); y también, pueden solicitar la cancelación de las cuentas, oponerse al tratamiento de datos de este o bien actualizarlos. En cualquier caso, para garantizar la actuación del prestador de servicios, los herederos pueden requerirle la prueba de su actuación, quedando obligado a facilitarla de forma gratuita. Incluso, por lo que se refiere a los desacuerdos entre los herederos sobre el ejercicio de estos derechos, serán de conocimiento del *tribunal de grande instance* competente.

(III) La convivencia entre la norma estatal y las (potenciales) autonómicas

El precepto finaliza con un párrafo 4 de redacción bastante desacertada. En este sentido indica que «lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación». Yerra el legislador al identificar la aplicación del Derecho civil autonómico con el hecho del fallecimiento en tales territorios. Como es sabido, en lo que se refiere al estatuto personal, la vecindad civil es la determinante de la aplicación del Derecho común o del Derecho civil autonómico («especial o foral») y esta se rige por lo dispuesto en el art. 14 del Código civil¹¹², resultando irrelevante el lugar de fallecimiento del causante. Por ello, parece que el legislador debería haber hecho referencia a los «fallecidos con vecindad civil de una comunidad autónoma con Derecho civil propio¹¹³». Por otra

¹¹¹ Sobre los recuerdos de familia en el Derecho francés, analizando su evolución jurisprudencial, NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, «Los recuerdos de familia. Una creación de la jurisprudencia francesa», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 1067- 1084. El autor recuerda que la definición y la configuración jurídica de los recuerdos de familia «trasciende al mero interés familiar, que es su origen, para presentarse como un instrumento de la conservación y protección del patrimonio histórico y cultural de un país».

¹¹² Vid artículo 14 CC y también el artículo 9.8 del mismo cuerpo, aplicable a los conflictos interregionales en materia sucesoria.

¹¹³ OTERO CRESPO, Marta, «Las disposiciones *post mortem* sobre el llamado «patrimonio digital»: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español», en *Encontro de Investigadores EDUM 2019*, Escola de Direito da Universidade do Minho, en prensa. Sin embargo, algún autor se ha mostrado menos crítico con la literalidad del artículo entendiendo que «el final del precepto transcrito pone de relieve que el mismo no pretende alterar la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, ya que, en efecto, remite a dicha legislación autonómica, pero siempre dentro de su ámbito de competencia, ya que eso es lo que significa ese final de «dentro de su ámbito de aplicación».

parte, se reconoce indirectamente la capacidad normativa en la materia de las Comunidades autónomas con Derecho propio¹¹⁴, si bien en el caso catalán se ha atacado su competencia para regular determinados extremos, como se aborda en el siguiente epígrafe.

3.2. *La Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña*

Con más de un año de antelación sobre la regulación de la Ley Orgánica 3/2018, el legislador catalán acometió la primera ordenación específica en el ámbito jurídico español, de la mano de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación del Código civil de Cataluña. Se situaba así el legislador catalán en la vanguardia estatal en la medida en la que cristalizó una normativa *ad hoc*, admitiendo si quiera por vía indirecta que el Derecho positivo no estaba en condiciones de aportar una respuesta a estas nuevas realidades¹¹⁵.

A través de esta Ley dictada al amparo de la competencia en materia de Derecho civil del artículo 129 de su Estatuto de Autonomía¹¹⁶, se modificó el Libro II, relativo a la persona y a la familia, y el Libro IV, relativo a las sucesiones. Se regulaban así las

Entender que se refiere al ámbito de aplicación personal o territorial carece de sentido por resultar totalmente superfluo» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «mortis causa» en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC –Pleno- de 17 de enero de 2019», *CJCC* 110, (mayo- agosto 2019), p. 334).

¹¹⁴ Entre las actualizaciones más recientes de normativas autonómicas en territorios con Derecho civil propio se sitúa la reciente Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Sin embargo, el legislador navarro no ha aprovechado la ocasión para insertar disposiciones que regulen esta materia.

¹¹⁵ El Anteproyecto en su Preámbulo disponía que «la legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones» (RUDA GONZÁLEZ, Albert, «Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», en *Managing Risk in the Digital Society*, 13th International Conference on Internet, Law & Politics, UOC, Huygens Editorial, Barcelona, 2017, pp. 227 – 230, en las que el autor reflexiona sobre la necesidad o no de la regulación catalana cuando esta se encontraba todavía en fase de Anteproyecto). Sin embargo, también se ha valorado como una «ley marketing» o que cumple una función pedagógica (GINEBRA MOLINS, María Esperança, *op. cit.*, p. 117).

¹¹⁶ Precepto que debemos conectar con el artículo 149.1. 8ª de la Constitución Española. Al margen de esta competencia general en materia de Derecho civil, lo cierto es que, tal y como se ha señalado por la doctrina, podría buscarse alguna otra competencia conexas en cuestiones tales como la protección de datos de carácter personal o ya en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, las competencias en la primera materia –protección de datos de carácter personal- se limitan a su protección cuando estos están en poder de las Administraciones públicas catalanas (artículos 31 *Derecho a la protección de datos personales* y 156 *Protección de datos de carácter personal*, del Estatuto de Autonomía de Cataluña), mientras que en el caso de la segunda –telecomunicaciones- las competencias son muy residuales (artículos 84.2.I –Competencias locales-, 137.2 –Vivienda- y 140.7 –Infraestructuras del transporte y comunicaciones-, del Estatuto de Autonomía de Cataluña). *Vid* GINEBRA MOLINS, María Esperança, *op. cit.*, p. 140, esp. nota 133.

voluntades digitales para el caso de muerte y de incapacidad sobrevenida, incluyéndose también una referencia a los menores de edad/personas sometidas a tutela¹¹⁷.

Determinados artículos fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad¹¹⁸ solventándose a través de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de enero de 2019¹¹⁹. En esta se declara la nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la ordenación de voluntades digitales en ausencia de disposiciones de última voluntad, designación de persona encargada de ejecutar las últimas voluntades, registro electrónico de voluntades digitales¹²⁰ y mediación para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley¹²¹; el Tribunal Constitucional avaló la teoría de la invasión competencial ya adoptada por el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de septiembre de 2017¹²².

De conformidad con la regulación vigente tras el varapalo del máximo intérprete constitucional, cabe gestionar la huella digital para los supuestos de fallecimiento (o pérdida de capacidad) a través de disposiciones que se inserten en el testamento, en un codicilo o en memorias testamentarias, habiéndose depurado del ordenamiento catalán la opción de recurrir a un documento inscribible en el Registro electrónico de voluntades digitales. A través de la expresión de estas voluntades digitales, el heredero, el albacea universal o la persona designada, actuará ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas (art. 411-10, párrafo 1 Código civil de Cataluña).

¹¹⁷ En este sentido, *vid* el Preámbulo de la Ley 10/2017.

¹¹⁸ Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017. Al invocarse el artículo 161.2 de la Constitución, se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso.

¹¹⁹ Sobre esta sentencia *vid* el reciente comentario de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 317 – 334.

¹²⁰ Precisamente este registro fue declarado inconstitucional por valorarse de índole sustantiva y por tanto, competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1. 8ª de la Constitución Española. Este Registro había sido creado a través del artículo 10 de la Ley 10/2017, y por el que se añadía una disposición adicional tercera al Libro Cuarto del Código civil de Cataluña.

¹²¹ La resolución (ECLI:ES:TC:2019:7) fue objeto de voto particular redactado por la Magistrada Encarnación Roca Trías, cuya argumentación compartimos. Considera la magistrada que se trataría de un registro que pasaría el filtro de constitucionalidad, al limitarse su utilidad «a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al registro general de actos de última voluntad (que depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y se configura, como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales, y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, se trata de un registro que queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos que recoge el artículo 149.1. 8 CE».

¹²² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-725>.

El contenido y alcance del encargo a acometer por alguno de estos tres «ejecutores» se limita a una serie de opciones, cuyo ejercicio puede ser omnicompreensivo o limitado a alguna actuación concreta. A saber: «a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas; c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores».

Tras la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 3 letra b), en el que se recogía la posibilidad de recoger estas voluntades digitales en un documento *ad hoc* que debía inscribirse en el Registro creado a tal efecto, parece que el párrafo 4 del precepto ha quedado huérfano en términos de interpretación sistemática. Este dispone que «el documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad». Resulta obvio que un documento en el que se recojan las voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento. Lo que carece de sentido es la adición de «y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad», por cuanto tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y la declaración de nulidad de la letra b) del párrafo 3, tales voluntades han de ser expresadas necesariamente en testamento, memorias o codicilo, o lo que es lo mismo, en disposiciones de última voluntad.

A falta de expresión de tales voluntades digitales, «el heredero o el albacea universal¹²³, en su caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras *a*, *b* y *c* del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor». En este sentido, el legislador catalán no incurre en la vaguedad del estatal al establecer quiénes son los potenciales actuantes frente a los prestadores de servicios¹²⁴ y se muestra a la vez respetuoso con los términos de los contratos suscritos entre tales prestadores de servicios y el causante¹²⁵.

El legislador autonómico también se manifiesta sobre el acceso a los contenidos de cuentas y archivos digitales. Y en su caso, la regla que instaura por defecto es la de no

¹²³ Ha desaparecido en el texto aprobado la mención al administrador de la herencia. Sin embargo, en el Preámbulo el legislador ha cometido un pequeño lapsus al no eliminarlo de las opciones puesto que establece que «en caso de que no se haya designado a nadie, se establece que el heredero, el albacea o el administrador de la herencia puede ejecutar las voluntades digitales o bien encargar su ejecución a otra persona».

¹²⁴ Artículo 411-10, párrafo 5 del Código civil catalán.

¹²⁵ GINEBRA MOLINS, María Esperança, *op. cit.*, p. 145.

acceso, salvo que el causante lo haya establecido de otro modo en sus voluntades digitales. En cualquier caso, prevé el recurso a los tribunales para que se conceda la correspondiente autorización judicial¹²⁶. Presuponemos que tales autorizaciones se concederían para los casos en los que, entre otros, se sospeche la existencia de bienes digitales de contenido patrimonial o incluso, tal y como ha sucedido en el ámbito comparado, cuando existan indicios de que tras esa huella digital se pueda encontrar información que pueda esclarecer las causas de un fallecimiento, por ejemplo, por existir sospechas de un suicidio o bien ayude a sus seres más próximos a conocer las últimas letras escritas por quien acaba falleciendo en combate¹²⁷.

El precepto se cierra con un párrafo 7 en el que se especifica que, salvo que el causante lo haya dispuesto de otro modo, los gastos que se puedan originar por la ejecución de las voluntades digitales correrán a cargo del activo hereditario. En consecuencia y de nuevo a falta de declaración expresa en contrario, forman parte del pasivo en cuanto cargas de la herencia, al surgir a causa de la muerte del causante y como reacción automática a la apertura de la sucesión.

Por último, al igual que el legislador estatal de 2018, el legislador catalán también permite la determinación de las voluntades digitales en previsión de una pérdida sobrevenida de capacidad. Lo hace en sede de «poderes preventivos» en el Libro II del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia. En línea con lo dispuesto en sede sucesoria, el poderdante puede organizar sus voluntades digitales para el caso de «pérdida sobrevenida de la capacidad», sin que esta tenga que entenderse en sentido técnico¹²⁸: no sería necesaria una modificación judicial de la capacidad conforme al Derecho todavía vigente.

4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto y como corolario de lo expuesto, cabe esbozar algún tipo de conclusión. El punto de partida ha de ser necesariamente el desarrollo del mundo digital y el uso intensivo de las tecnologías. Este fenómeno ha ido de la mano de la aparición y proliferación de elementos o bienes digitales, tanto de carácter extrapatrimonial como patrimonial, cuya perdurabilidad típicamente va más allá de la

¹²⁶ Artículo 411-10 párrafo 6 del Código civil catalán.

¹²⁷ Según consta en la red, John Ellsworth (*vid supra*) sostenía: «I want to be able to remember him in his words. I know he thought he was doing what he needed to do. I want to have that for the future. (...) It's the last thing I have of my son» (<https://www.coursehero.com/file/p1fudtf/I-want-to-be-able-to-remember-him-in-his-words-I-know-he-thought-he-was-doing/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019]).

¹²⁸ *Vid* GINEBRA MOLINS, María Esperança, *op. cit.*, pp 146- 148, quien destaca nuevamente esta función pedagógica de la norma.

personalidad de su titular. Precisamente el añadido del adjetivo digital ha llevado en un primer momento a la distinción entre lo analógico y lo digital, separación que ha intentado permear a la hora de pergeñar soluciones a los problemas e interrogantes que plantean la sucesión en lo digital, tanto desde el punto de vista de los elementos patrimoniales como extrapatrimoniales.

Pero el abordaje de la sucesión en lo digital no se limita al análisis de las instituciones y normas propias del Derecho de sucesiones más clásico. Entran también en escena otras reglas, como las relativas al Derecho de contratos o a los Derechos de la personalidad. Solo a través de una correcta ponderación de todas las piezas del puzzle puede alcanzarse una solución adecuada que, además, ha de establecerse con la necesaria generalidad para contribuir a su pervivencia temporal y no a una obsolescencia normativa programada.

Pese a la afirmación anterior, el legislador estatal español, lejos de aportar soluciones técnicas, ha creado normas confusas y caóticas en la LOPDCPGDD, que más allá de una loable función pedagógica, plantean una serie de interrogantes. Puede que algunos queden despejados por su futura norma de desarrollo, pero previsiblemente, los estructurales exigirán de una reforma legislativa *ad hoc*. En este sentido, mejores críticas se merece la norma catalana. Sin embargo, tras la mengua sufrida por la intervención del Tribunal Constitucional, probablemente su eficacia ha sido también mermada.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Informe Jurídico 010601/2019, disponible en <https://www.aepd.es/informes/juridicos/>.

ALONSO PÉREZ, Mariano, «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en el *Tercer Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, disponible en <http://asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>

— «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp. 117- 137.

AMÉRIGO ALONSO, José, «Objeto y ámbito de aplicación», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 79- 113.

BANTA, Natalie M., «Inherit the cloud: the role of private contracts in distributing or deleting digital assets at death», *Fordham Law Review*, (2014), vol. 83, pp. 799-854.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo, «Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «mortis causa» en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC –Pleno- de 17 de enero de 2019», *CJCC 110*, (mayo-agosto 2019), pp. 317- 334.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 59, (2019), pp. 375- 432.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Comentario al Artículo 667 CC» en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pablo; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 284-288.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

DE LAMA AYMÀ, Alejandra, *Libertad de testar y memorias testamentarias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, «La herencia digital», *Escritura Pública*, (septiembre-octubre 2016), p. 23.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, *La liquidación de la herencia en el Código civil español*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

— «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, núm. 13 (2013), pp. 82- 109.

— «Las medidas de apoyo de carácter voluntario», *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 29- 60.

— «Los derechos de la personalidad», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/ y SOLÉ RESINA, Judith (coords.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Ed. Civitas, Thomson- Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 595- 631.

— «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho civil*, vol. IV, núm. 3 (julio- septiembre 2017), pp. 1-33.

GINEBRA MOLÍNS, M. Esperança, «Morir en la era digital. «Voluntades digital», intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 107-153.

GONZÁLEZ- MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, «Arts. 221 a 249», *Nueva legislación notarial comentada*, Tomo I, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pp. 666- 667.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín, *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho civil V*, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

LAW COMMISSION Consultation Paper *Making a will*, 231, disponible en <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2017/07/Making-a-will-consultation.pdf>

LLOPIS, José Carmelo, «Herencia digital y protección de datos», disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1490/73/herencia-digital-y-proteccion-de-datos>

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, «La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53- 77.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 929- 944.

MATUTE, Marta, «Cómo organizar una herencia digital», Entre magnitudes, *Escritura Pública*, (noviembre- diciembre 2017), pp. 50-54.

NEMETH, Kristin y MORAIS CARVALHO, Jorge, «Digital inheritance in the European Union», *EuCML*, 2017, p. 253.

NIETO ALONSO, Antonia, «El derecho del paciente a ser dueño de su destino: consentimiento informado y documento de instrucciones previas», en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dirs.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 683- 699.

NOTARIES OF EUROPE, «Digital inheritance», en Topic I. Consumer Protection in the Digital Environment, 4th Congress of the Notaries of Europe, 5-7 October 2017, Santiago de Compostela, pp. 32- 40. Disponible en: https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/TEMA-1_en.pdf

OLMEDO CASTAÑEDA, Francisco Javier, «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *ADC*, tomo LXXII (2019), fasc. II, pp. 447- 484.

OTERO CRESPO, Marta, «Las disposiciones *post mortem* sobre el llamado «patrimonio digital»: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español», en *Encontro de Investigadores EDUM 2019*, Escola de Direito da Universidade do Minho, en prensa.

— «Los problemas sucesorios de los Derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y

GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 1107- 1130.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, «¿Qué regulación de los derechos en la sociedad digital?», *Derecho digital e innovación*, Número 1, (enero-marzo 2019), Ed. Wolters Kluwer, pp. 1-15.

PLAZA PENADÉS, Javier, «El Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46/2018, BIB 2018\7463, pp. 1-3.

— «La ley catalana de voluntades digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45, (septiembre- diciembre 2017), pp. 19-21.

RALLO LOMBARTE, Artemi, «Del derecho de protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en RALLO LOMBARTE, Artemi (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RECHE TELLO, Nuria, «Artículo 96. Derecho al testamento digital», en ARENAS RAMIRO, Mónica y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dirs.), *Protección de datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Ed. Sepín, Madrid, 2019, pp. 401-404.

RESTA, Giorgio, «La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali», *Contratto e impresa*, (2019), vol 1, pp. 85- 105.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, «Testamento digital», OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S. (Coords), *Testamento ¿digital?*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro, septiembre 2016, pp. 26- 38.

ROVIRA SUEIRO, María E., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 411- 434.

RUDA GONZÁLEZ, Albert, «Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», en *Managing Risk in the Digital Society*, 13th International Conference on Internet, Law & Politics, UOC, Huygens Editorial, Barcelona, 2017, pp. 226- 239.

SANTOS MORÓN, María José, «La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho transnacional* (marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 413- 438.

SIMONA, Bronusienè, «Eternal digital life: post- mortem management of digital assets», *Digitalization in law*, 6th International Conference of PhD Students and Young Researchers, Vilnius University, 2018, pp. 33- 44.

SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *ADC*, Tomo LXXI, (2018), fasc. II, pp. 417- 440.

TORRES GARCÍA, Teodora. F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

VAQUER ALOY, Antoni, «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, (octubre- diciembre, 2016), *Estudios*, pp. 9- 34.

WONG, CLAUDINE, «Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs», 29 *Santa Clara High Tech. L.J.*, (2012), pp. 703-761.

Fecha de recepción: 16.10.2019

Fecha de aceptación: 13.12.2019