

MENOR DE EDAD Y ÚLTIMAS VOLUNTADES DIGITALES¹

Víctor Bastante Granell

Prof. Contratado Doctor de Derecho Civil

Universidad de Almería

TITLE: *Minor and last digital wills*

RESUMEN: Las «últimas voluntades digitales» en caso de fallecimiento es un asunto que ha captado el interés de la doctrina en los últimos años –sobre todo, tras la publicación de la LOPDPGDD–. Sin embargo, se ha puesto poca atención a la posibilidad de confección de un «testamento digital» por menores de edad. Ciertamente, durante la minoría de edad no existe preocupación por la disposición mortis causa de activos digitales, por la defensa post mortem de la personalidad pretérita en Internet o, bien, por el acceso y destino de datos personales. Si bien, existen situaciones excepcionales que podrían justificar tal inquietud (menor con una enfermedad terminal, con ideas de suicidio, con un considerable «patrimonio digital», etc.).

Así que resulta interesante abordar la posible manifestación de «voluntades digitales» durante la minoría de edad. A la luz de dicho propósito, se abordará la «sucesión digital», desde una vertiente personal y patrimonial, afrontando diversas cuestiones. Entre ellas, cabe mencionar la conformación de la identidad y patrimonio digital de los menores de edad, su derecho al mal llamado «testamento digital», la capacidad para emitir «voluntades digitales», los instrumentos pertinentes para su manifestación –y las dudas sobre su validez y eficacia–, su contenido, el proceder ante la ausencia de disposiciones –que será lo más habitual– y, por último, las acciones y medidas existentes para la protección post mortem de la «herencia digital», la personalidad pretérita y los datos personales. Como se observará, si dicha materia no está exenta de polémica con carácter general –dada la espinosa confluencia del Derecho de sucesiones, de contratos y de la persona–, otros interrogantes aparecen de forma colateral con la intervención de menores de edad. Indicar que lo anterior se analizará atendiendo a lo dispuesto en el Derecho Civil común.

ABSTRACT: *The «last digital wishes» in the event of death is an issue that has captured the interest of the doctrine in recent years –especially after the publication of the LOPDPGDD–. However, little attention has been paid to the possibility of making a «digital will» by minors. Certainly, during minority there is no concern about the disposition mortis causa of digital assets, about the defense post mortem of past personality on the Internet or, rather, about the access and destination to personal data. Although, there are exceptional situations that could justify such concern (minor with a terminal illness, with thoughts of suicide, with considerable «digital assets», etc.).*

Therefore, it is interesting to address the possible manifestation of «digital wishes» during minority. In light of this purpose, its «digital succession» will be addressed, from a personal and patrimonial aspect, facing various issues. Among them, it is worth mentioning the conformation of the identity and digital heritage of minors, their right to the so-called «digital will», the ability to issue «digital wills», the

¹ Dicho trabajo de investigación se enmarca dentro de los siguientes proyectos de investigación: 1) Reforma del Derecho de Sucesiones: Legítimas, Liquidación de Deudas, Herencia Digital, y Discapacidad [US-1381625], financiado por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía y 2) Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones [PID2020-118111GB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación. Asimismo, se realiza dentro del marco de actuación del grupo de investigación «Derecho privado y comparado» [SEJ-560] de la Universidad de Almería.

pertinent instruments for their manifestation - and the doubts about their validity and effectiveness-, its content, the procedure in the absence of provisions –which will be the most common– and, lastly, the existing actions and measures for the post-mortem protection of the «digital inheritance», the past personality and personal data. As will be observed, if this matter is not exempt from controversy in general –given the thorny confluence of the law of succession, contracts and the person–, other questions appear collaterally with the intervention of minors. Indicate that the foregoing will be analyzed in accordance with the provisions of common Civil Law.

PALABRAS CLAVE: Testamento digital, herencia digital, menor de edad, últimas voluntades digitales, personalidad pretérita, identidad digital, patrimonio digital.

KEY WORDS: *Digital will, digital inheritance, minor, digital last will, past personality, digital identity, digital heritage.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL Y SU «DERECHO» AL MAL LLAMADO «TESTAMENTO DIGITAL». 2. IDENTIDAD Y PATRIMONIO DIGITAL DEL MENOR DE EDAD. 2.1. *El menor de edad como titular de derechos y bienes en el mundo virtual.* 2.2. *Identidad y «huella digital».* 2.3. *El «patrimonio digital» y su contenido a efectos de transmisión mortis causa.* 2.3.1. *¿Dónde se ubican los bienes digitales?: El almacenamiento en Internet o en soportes físicos.* 2.3.2. *¿Con quién y cómo se almacenan?: La relevancia sucesoria de los contratos con PSSI.* 2.3.3. *¿Qué clases existen?: La «heredabilidad» de bienes digitales con valor económico y/o personal.* 2.3.4. *El «patrimonio digital heredable».* 3. LA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA IDENTIDAD Y PATRIMONIO DIGITAL POR EL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL COMÚN. 3.1. *Normativa aplicable.* 3.2. *Capacidad del menor de edad para manifestar las últimas voluntades digitales.* 3.3. *Instrumentos.* 3.3.1. *El testamento.* 3.3.1.1. *Sustitución pupilar y «herencia digital».* 3.3.2. *El documento de últimas voluntades digitales.* 3.3.3. *Los contratos con prestadores de servicios de la sociedad de la información y los formularios online para la gestión post mortem de perfiles y cuentas personales.* 3.3.4. *Los contratos online con empresas destinadas a la gestión post mortem de voluntades y activos digitales.* a) *¿Admisión y validez como «documento de últimas voluntades digitales» o mandato «post mortem»?* 3.4. *Contenido de las últimas voluntades digitales.* 3.5. *Sujetos designables para el cumplimiento y ejecución de las «últimas voluntades digitales».* 3.6. *Ausencia de disposiciones sobre la «sucesión digital».* 4. PROTECCIÓN «POST MORTEM» DE LA HERENCIA Y PERSONALIDAD PRETÉRITA DIGITAL DEL MENOR DE EDAD FALLECIDO. 4.1. *Acciones relacionadas con la «herencia digital».* 4.2. *Acciones para la defensa de la «personalidad pretérita digital».* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: EL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL Y SU «DERECHO» AL MAL LLAMADO TESTAMENTO DIGITAL

Actualmente resulta incuestionable el uso –frecuente e *in crescendo*– de Internet y las nuevas tecnologías por la sociedad. Nuestra vida cotidiana se caracteriza cada vez más por la utilización constante –a nivel personal o profesional– de dispositivos electrónicos (*Smartphones*, ordenadores, *Tablet*, Internet de las cosas –IoT–, etc.) y, en consecuencia, por el acceso a diversos servicios y aplicaciones digitales (aplicaciones de mensajería, redes sociales, navegadores o buscadores, almacenamiento de datos en la nube, plataformas de entretenimiento, servicios de correo electrónico, sitios web destinados a la compra de activos digitales –como criptomonedas–, etc.). Se trata de una realidad inevitable, con notable incidencia social, caracterizada por la existencia de millones de usuarios en el entorno virtual. Por ende, si observamos el informe global

sobre «Entorno Digital 2022»², el 94 por ciento de la población española se conecta a Internet y un 87,1 por ciento tiene actividad social dentro del ambiente digital (España es el undécimo país por tasa de penetración de Redes Sociales³). De esta forma, y como describe acertadamente BILL GATES –empresario, informático y filántropo estadounidense–, «Internet se está convirtiendo en la plaza del pueblo de la aldea global del mañana».

Ahora bien, los niños y adolescentes también participan en esta «plaza virtual y global», no solamente los adultos. Si observamos las encuestas del Instituto Nacional de Estadística (INE), entre un 95 y 97 por ciento de los menores –con edad comprendida entre los diez y quince años– hacen uso de ordenador e Internet. De hecho, cerca del 70 por ciento dispone de teléfono móvil⁴. En consecuencia, el uso de aplicaciones, plataformas y redes sociales se convierte en una forma de relación e interacción habitual durante la minoría de edad, especialmente a partir del bienio marcado por la pandemia del Covid-19⁵. En este sentido, según se extrae de ciertas fuentes de información, *Instagram*, *TikTok* y *Facebook* serían las redes sociales más utilizadas por menores de entre 4 y 15 años⁶. No obstante, también resulta frecuente el uso de otras aplicaciones o servicios (navegadores de internet, *WhatsApp*, plataformas de entretenimiento o educativas, servicios de correo electrónico, sitios web destinados al almacenamiento de archivos, etc.). El uso de las TIC por menores puede resultar cuestionable, dada la edad mínima exigida para acceder a tales servicios digitales, pero no puede obviarse, en esta sede, la falta de control de muchos progenitores y, desde luego, la ausencia de controles de verificación óptimos por las empresas tecnológicas. Como resultado, los menores –con o sin capacidad para ello– vagan y frecuentan el mundo digital, al igual que los adultos; y, al parecer, dicho fenómeno social y digital resulta imparables en pleno siglo XXI.

² Hootsuite y We Are Social, *Informe Global Sobre el Entorno Digital 2022*, febrero 2022, disponible en <https://www.hootsuite.com/es/recursos/tendencias-digitales-2021> [Consulta: 31 de junio de 2022].

³ En concreto, el número de usuarios activos en *Facebook* es de 22 millones, en *Instagram* de 24 millones, en *LinkedIn* de 15 millones, en *TikTok* podría alcanzar los 19 millones y en *WhatsApp* de 35,8 millones de usuarios. Véase *The Social Media Family, VIII informe sobre el uso de redes sociales en España, 2022*, pp. 59 y ss.

⁴ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Porcentaje de menores usuarios de TIC, 2021*, disponible en: https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=c06002.px [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁵ Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI), *El uso de la tecnología por los menores*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Madrid, 2022, p. 59.

⁶ Statista, *Menores usuarios de redes sociales en España 2020*, marzo 2022, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1127004/poblacion-infantil-porcentaje-de-usuarios-en-redes-sociales-en-espana/> [Consulta: 31 de junio de 2022].

Queda patente nuestra presencia en Internet, la vida real –incluida la de los menores de edad– se compagina inevitablemente con nuestra vida digital, debiendo reflexionar si la última tiene un final, como la primera. Tras la extinción de la personalidad, con la muerte, habrá que preguntarse qué sucede con la identidad, el rastro y el patrimonio de la persona en el entorno *online*. Al igual que morimos en el mundo físico o tangible, también nos diluimos o inactivamos en el mundo virtual. En efecto, por mucho que nuestra identidad digital –ciertos datos o contenidos– puedan permanecer en Internet, nuestra presencia y actividad *online* no pueden ser perpetuas, dado que tras la muerte, si apelamos a un ejemplo, no podemos continuar creando contenidos o interactuando por las plataformas sociales. Bien distinto es que pervivan trazas de nuestro «yo digital» en el mundo virtual. Por tal motivo, puede decirse que el carácter efímero de la vida real –pues nacemos, crecemos y nos morimos– también se encuentra presente en la vida digital, aunque con sus propias peculiaridades. Nada más morir, se inicia el proceso de descomposición de nuestro cuerpo, hasta que queda reducido a un armazón blanco. Si bien es cierto que el «proceso de descomposición» de la identidad y rastros digitales puede ser más prolongado e, incluso, perpetuo, ante las opciones que nos brinda Internet (creándose como manifiesta OLIVA LEÓN, «zombis digitales», o como dispone APARICIO VAQUERO, una «zombificación»⁷). De manera que nuestros perfiles quedan «petrificados» o se van «disolviendo» en un mundo de redes y códigos.

Como muestra de lo comentado, puede suceder que *Facebook* tenga algún día más perfiles de personas fallecidas que vivas⁸. De hecho, dicha plataforma se podía describir como un «cementerio virtual» en 2014, pues 30 millones de personas fallecidas mantenían por aquel entonces abierto su perfil⁹. No obstante, lo mismo sucede con los perfiles, datos y contenidos alojados en otras plataformas digitales. En síntesis, la «muerte online» también existe, y al ser humano le puede inquietar aquello que perviva en la Red. El problema aparece cuando nadie comunica el fallecimiento y los datos y activos digitales de la persona permanecen en una especie de «limbo virtual», en ocasiones perpetuo¹⁰.

⁷ OLIVA LEÓN, Ricardo, «Derecho e identidad digital *post-mortem*», *Testamento ¿Digital?*, Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales, España, 2016, pp. 68. APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «El régimen mortis causa de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información», *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Comares, Granada, 2018, p. 172.

⁸ Véase la noticia «Facebook tendrá más usuarios muertos que vivos en unos años», disponible en: <https://www.libertaddigital.com/> [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁹ Véase la noticia «30 millones de personas fallecidas mantienen abierto su perfil en Facebook», disponible en <https://forbes.es/> [Consulta: 31 de junio de 2022].

¹⁰ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «¿Herencia digital?: la protección «post mortem» de los bienes digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2019), nº 50, [BIB 2019\7012].

La situación anterior está provocando una mayor preocupación por la gestión y protección *post mortem* de nuestra identidad y reputación *online*, así como por la sucesión de ciertos bienes digitales –que se extiende a familiares y allegados del fallecido–. Ciertamente en España existe «cultura de testamento» –piénsese que en 2021 se efectuaron cerca de 700.000 operaciones notariales relacionadas con testamentos y disposiciones de última voluntad¹¹–, pero hay ciudadanos que fallecen sin expresar sus últimas voluntades. Ahora bien, menos frecuente es todavía la tramitación de «herencias y sucesiones digitales» en España¹². Aun así, seguramente la disposición de «últimas voluntades digitales» sea más común en los próximos años, de forma correlativa a una mayor educación, preocupación y concienciación sobre dicha problemática. Por el momento, ese interés en torno al mal denominado «testamento digital» se observa en la legislación y la doctrina.

Abundando en las precedentes ideas, poca atención se ha mostrado respecto a la gestión *post mortem* de la «herencia digital» por el menor de edad. Ello se justifica por el uso escaso –o, mejor dicho, nulo– de tal práctica durante la minoría de edad. Si la población adulta muestra poco interés en el mal denominado «testamento digital» –eso sí, por el momento–, será más reducido por niños y adolescentes. No obstante, como ocurre con el escaso número de testamentos otorgados por menores de edad, lo anterior no significa que tal posibilidad no deba ser objeto de tratamiento. Al contrario, como manifiesta PÉREZ GALLARDO –al abordar la capacidad testamentaria del menor–, su estudio obedece a la «esencia ontológica del ser humano»¹³, pudiendo añadir la necesaria exaltación de los derechos y facultades del menor de edad como individuo.

¹¹ Colegio General del Notariado, Estadísticas al completo (Testamento y disposiciones de última voluntad), 2021, disponible en: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> [Consulta: 31 de junio de 2022].

¹² «Tradicionalmente no ha existido una preocupación por lo que ocurría con los datos de las personas fallecidas. Tampoco con los contenidos generados a lo largo de su vida almacenados en la red. Sin embargo, a medida que los tratamientos de datos personales –sobre todo, en las redes sociales– se han ido multiplicando exponencialmente y los contenidos almacenados en la nube van sustituyendo día a día los guardados en otros soportes, se ha ido extendiendo el interés sobre cómo gestionar adecuadamente los datos y los contenidos digitales con posterioridad a la muerte de una persona.[...] La preocupación por la gestión de la huella digital también se ha incrementado a la vista de diversas reclamaciones relacionadas con los datos y los contenidos generados por personas fallecidas que se han ido interponiendo en los últimos años ante la negativa de algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información de facilitar el acceso a sus familiares». CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, «El tratamiento de los datos y la gestión de la huella digital de las personas fallecidas (Comentario a los artículos 2.2.b) y 3 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, [formato electrónico].

¹³ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», *Revista de derecho privado* (2021), nº 105, p. 47.

Lamentablemente existen ciertos supuestos que podrían plantear que un menor de edad desee gestionar su identidad y patrimonio digitales tras la muerte (una enfermedad terminal, un propósito de suicidio, miedo a la muerte, gestión preventiva dada su participación en la Red como *youtuber* o *influencer*, deseo de que un progenitor condenado por violencia de género o doméstica no pueda acceder a sus datos personales, etc.). De hecho, ante la frecuente actividad digital durante la minoría de edad y la ausencia general de «bienes reales» por niños y adolescentes, sería comprensible que un menor esté más preocupado por su «herencia digital» que por su «herencia analógica»; y, en consecuencia, más interesado en tramitar sus «últimas voluntades digitales». Recapitulando, los derechos de la persona y el interés del menor de edad justifican abordar la gestión *post mortem* de su identidad y patrimonio digitales.

Con estas premisas, este ensayo buscará resolver distintos interrogantes. Para comenzar, debemos atisbar si un menor puede ostentar una identidad digital – «personalidad virtual» o «huella digital»– y, asimismo, si tiene capacidad para contratar o adquirir bienes o servicios en la Red, pudiendo ser propietario de cierto «patrimonio virtual». De ser así, se planteará si tiene capacidad para la gestión y disposición *mortis causa* de los mismos, así como la posible forma y contenido de sus «últimas voluntades digitales» (¿se necesita una determinada edad?, ¿debe hacerse por testamento de forma obligatoria?, ¿es viable la gestión o transmisión contractual?, ¿existen límites?, ¿cuál puede ser el contenido de tales disposiciones?, etc.). Esto en una primera aproximación, puesto que también se tendrá que dilucidar qué sucede si no existen tales disposiciones, principalmente en lo que atañe a la forma de actuar de familiares y allegados (cómo acceder a cuentas *online*, defensa de la personalidad pretérita digital, transmisión de bienes digitales, etc.).

Como se observará, tal como precisa la doctrina, para descifrar tales cuestiones –y diversos problemas– habrá que sumergirse en el Derecho de sucesiones, el Derecho de contratos y el Derecho de la persona –derechos de la personalidad y protección de datos personales–, por lo que se requerirá un enfoque poliforme de la materia. La cuestión principal es: ¿tiene un menor de edad «derecho» al mal llamado «testamento digital»?

2. IDENTIDAD Y PATRIMONIO DIGITAL DEL MENOR DE EDAD

2.1. *El menor de edad como titular de derechos y bienes en el mundo virtual*

Con el primer acceso de un menor a Internet puede comenzar a forjarse su «rastreo digital». En efecto, habitualmente el primer uso de las TIC se realizará a través de dispositivos electrónicos y cuentas *online* de los progenitores (por lo que su rastro digital queda cobijado o encubierto bajo el paraguas *online* de los padres), pero posteriormente –por ejemplo, con el uso de su primer teléfono móvil o cuenta de correo– los menores de edad emprenden –con desconocimiento generalmente– el camino para desarrollar su identidad y reputación digital e, incluso, para adquirir ciertos «activos digitales» (perfil propio en redes sociales, escritos en un blog, generación de contenidos en *TikTok*, etc.). A partir de este momento comienza su vida digital en la Red.

Como manifiesta GINEBRA MOLINS, el «rastreo digital» de cualquier individuo se caracteriza por presentar aspectos personales (intimidad, imagen, privacidad, etc.) y aspectos patrimoniales (bienes o activos digitales)¹⁴. Por tal razón, antes de examinar la gestión y protección *post mortem* de los derechos de la personalidad en el entorno virtual o, bien, la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital por los menores de edad, debemos poner el foco en su posición como titular de derechos y bienes en Internet.

Toda persona, desde su nacimiento (arts. 29 y 30 CC), goza de personalidad o capacidad jurídica (aptitud que tiene todo sujeto para ser titular de derechos subjetivos¹⁵ y obligaciones –o deberes jurídicos– por el simple hecho de existir). Se trata, pues, de una aptitud inherente a la persona desde que nace, y que se extingue con la muerte. Siendo así, como ha puntualizado O'CALLAGHAN MUÑOZ, «la personalidad o capacidad

¹⁴ GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», *Cuadernos de derecho transnacional* (2020), vol. 12, nº. 1, p. 908.

¹⁵ Como dispone GETE-ALONSO Y CALERA, «los menores [...] son titulares de derechos fundamentales, de los derechos de la personalidad y los inherentes a la dignidad a partir del momento de la personalidad civil (desde el nacimiento, art. 30 CC)». GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Los derechos del menor y personas discapacitadas en el entorno digital», *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.824.148]. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional: «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social» (STC de 29 de mayo de 2000).

jurídica del menor es, pues, indiscutible»¹⁶. En este sentido, los menores son titulares de derechos de la personalidad (al honor, a la imagen, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc.) y también pueden serlo, según las circunstancias, de otros derechos (reales y de crédito). De todas maneras, en cuanto a su ejercicio, debemos distinguir la «capacidad *iusfundamental*» –relacionada con el ejercicio de libertades y derechos fundamentales¹⁷– y la «capacidad de obrar¹⁸ infraconstitucional» (como la civil, en cuanto a la capacidad contractual –véase el art. 1263 CC–)¹⁹. En ambos casos, el autoejercicio de derechos –atendiendo a una concepción moderna de la capacidad de obrar del menor, de carácter evolutivo o progresivo– será posible si se cumplen las condiciones previstas en la ley para cada caso concreto (edad, madurez, desarrollo intelectual y volitivo, usos sociales, etc.). De lo contrario, será ineludible el heteroejercicio por los progenitores o tutores²⁰.

¹⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor», *Diario La Ley* (1996), Sección Doctrina, Ref. D-239, tomo 4, [LA LEY 12071/2001].

¹⁷ «Sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» (STC de 18 de julio de 2019 [RTC 2019, 99]). Siendo así, como defiende en dicha resolución, «la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional» (STC de 7 de noviembre de 2005 [RTC 2005, 274]).

¹⁸ Siguiendo la línea mantenida por cierta doctrina, consideramos adecuado seguir empleado la expresión «capacidad de obrar», a pesar de la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, para abordar la capacidad de los menores de edad. Es conveniente seguir distinguiendo la «capacidad jurídica» de la «capacidad de obrar» para diferentes materias, como la contratación de menores de edad. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», *IDIBE* (septiembre 30, 2021). Disponible en: <https://idibe.org> [Fecha de consulta: 31 de junio de 2022]; ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, (2022), nº. 33, pp. 559 y ss.

¹⁹ ALÁEZ CORRAL, Benito, «El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad», *Revista europea de derechos fundamentales* (2013), nº 21 (Ejemplar dedicado a: La protección jurídica del menor), pp. 37-78. Como se infiere del art. 2.1 de la LOPJM, «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

²⁰ «Hemos distinguido desde la STC 197/1991, FJ 4, entre titularidad y ejercicio en la medida en que nuestra jurisprudencia constitucional considera a los menores como titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta que éstos no pueden ejercitar por sí solos todo su contenido durante el amplio período de la minoría de edad. Por ello es posible y en ocasiones imprescindible modular el ejercicio por el menor del derecho fundamental, dando entrada a distintas modalidades de heteroejecución, de ordinario a través de los padres o tutores» (STC de 10 de abril de 2018).

Estos postulados teóricos cobran vida en la práctica, ante la actividad digital de los menores de edad. De hecho, puede considerarse que ostentan una «capacidad digital progresiva». Por una parte, dicha capacidad les permite ejercitar múltiples derechos en el entorno virtual. A modo de ilustración, pueden permitir el tratamiento de datos personales a partir de los 14 años (art. 7.1 LOPDGDD) (creando un perfil social, descargando un videojuego, aceptando las *cookies* de un sitio web, suscribiéndose a plataformas gratuitas –como *Youtube* o *TikTok*–, creando una cuenta de correo electrónico, etc.); disponer de sus derechos de la personalidad (imagen, intimidad y honor), si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1 LOPHII) –madurez que se presume a los 12 años (art. 9.2 LOPJM)– (subiendo una imagen personal a *Instagram*, creando un video y publicándolo en *Youtube* o *TikTok*, haciendo una copia de seguridad de sus mensajes en *WhatsApp*, guardando datos o archivos personales en la nube de *Google*, etc.) o ejercitar otros derechos y libertades (como la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho al juego, la libertad de ideología y religión, etc.), al realizar comentarios en *Twitter*, visitar páginas de contenido político o religioso, disfrutar de juegos *online*, etc. Indudablemente, durante la minoría de edad, diversos actos, como los anteriores, van conformando de forma progresiva la «identidad digital» –dado el uso imparable de las TICs en edades cada vez más tempranas–, que se refleja en bienes digitales de carácter personal (y, algunos de ellos, con carácter patrimonial).

Al mismo tiempo, comienza a generarse cierto «patrimonio digital», digno de ser tomado en consideración en caso de transmisión *mortis causa*, con posible valor económico, no solamente sentimental. Ello porque el menor de edad también ostenta «capacidad patrimonial», capacidad para poder ser titular del derecho de propiedad (u otros derechos) sobre bienes²¹. No obstante, dicha «propiedad» quedará condicionada a la validez o nulidad de los contratos suscritos, atendiendo a si concurren los requisitos necesarios para prestar consentimiento; o, en su caso, a la existencia de los presupuestos necesarios para otras formas de adquisición (donaciones, herencias, etc.). Dicha posibilidad (el «menor propietario») cobra más sentido si nos referimos a un menor emancipado –con vida independiente y su propia economía–, que puede realizar todos los actos propios de la vida civil, salvo las excepciones previstas en el art. 247 CC. En síntesis, niños y adolescentes pueden ostentar perfectamente su propio «patrimonio digital».

²¹ «La capacidad patrimonial, entendida como aptitud para ser titular de un patrimonio, es una manifestación de la capacidad jurídica o de goce, de suerte que corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo y mientras lo sea (es decir, mientras viva). Cuando la persona fallece, su patrimonio se convierte en herencia». GARCÍA HERRERA, Vanessa, «Disposición mortis causa del patrimonio digital», *Diario La Ley* (2018), nº 9315, [LA LEY 14697/2018].

En particular, pueden ser propietarios de diversos bienes o contenidos digitales, creados por ellos mismos (una pintura generada con el programa *Autodesk SketchBook*; relatos, poemas o comentarios subidos a un blog; canciones creadas con programas de producción musical; videos desarrollados en *Youtube*; imágenes que haya efectuado a través de su dispositivo móvil; documentos o archivos que haya creado e insertado en una nube o dentro de un soporte electrónico determinado, como un diario, etc.) – pudiendo converger derechos de autor y de propiedad intelectual (arts. 1 y ss. TRLPI)–. También pueden ser propietarios de bienes digitales adquiridos mediante las formas legales establecidas (*Bitcoins*, criptomonedas, dinero electrónico existente en cuentas *PayPal* o bancarias, obras de arte criptográfico –*NFT art*–, cromos digitales, etc.). Así podría suceder con una donación, la aceptación de una herencia por los progenitores a favor del hijo o, en su caso, mediando autorización de los mismos (como puede ocurrir al abrir una cuenta bancaria *online*, como la cuenta *Openbank*).

Indudablemente, nuestro Derecho e Internet permiten que los menores de edad puedan ser titulares de derechos y bienes en el contexto virtual, gozando de capacidad para su ejercicio si concurren las condiciones legales pertinentes (edad, madurez, usos sociales, etc.). En efecto, su actividad digital tiene una vertiente personal (imagen, intimidad, datos personales, etc.), pero también una vertiente de carácter patrimonial. Si bien, para delimitar qué derechos y bienes pueden formar parte de la «herencia digital» del menor de edad –su «heredabilidad» o no–, debemos delimitar qué «activos digitales» son transmisibles y cuales se extinguen con la muerte de la persona, un asunto arduo ante la heterogénea realidad digital.

2.2. Identidad y «huella digital»

El comportamiento *online* del menor de edad va conformando de forma progresiva su «identidad digital»²². Para CÁMARA LAPUENTE se corresponde con la identidad humana, «pues simplemente es la actuación del sujeto en el entorno digital, dejando la impronta de su personalidad (con mensajes, comentarios, fotos, vídeos, *likes*, visitas, visionados,

²² «La identidad digital se construye, de forma activa, incorporando textos, imágenes, videos y audios a Internet, en definitiva, participando del mundo web. En los sitios de redes sociales dicha identidad se construye a partir del perfil del usuario, que con frecuencia se enlaza a los perfiles de otros usuarios o contactos. Existen diversas herramientas online, gratuitas y accesibles en la red, que contribuyen a la construcción de la identidad digital: blogs, microblogs, portales de noticias y sitios webs, redes sociales genéricas (como Facebook o Linkdin) o especializadas (como por ejemplo Pleiteando, especializada en el mundo jurídico), sitios que permiten visitar, “colgar”, descargar o comentar textos, fotos o videos (como Google Docs, YouTube, Picasa o Vimeo) y el correo electrónico». GARCÍA HERRERA, Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad civil* (2017), nº 7-8, [LA LEY 9284/2017].

etc.)»²³. No obstante, no se construye de forma autónoma por la persona, sino también de manera involuntaria (por ejemplo, cuando se perfilan nuestros gustos y preferencias al aceptar las *cookies* de las páginas web). Se trata, como indica el autor citado, del «rastreo o huella digital» que construye la persona a través de su actuación por los medios electrónicos –ofreciendo la Red una información cuantiosa y de calidad sobre las personas, más fácil de obtener y recopilar gracias a Internet–. Así, manifiesta FERNÁNDEZ BURGUEÑO que la identidad digital «es el ser o el pretender ser en la red», conceptualizándola de la siguiente forma:

«La identidad digital es la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás. Los cimientos de la identidad digital se hallan tanto en la creación como en la recopilación de dichos atributos identificativos por su titular o por terceros. Así, podemos asumir como identidad digital desde el perfil que un usuario de *Facebook* se crea a sí mismo en dicha red social, hasta la ficha en la que una entidad bancaria mantiene actualizados en formato electrónico los datos personales de uno de sus clientes. En ambos casos se asimila la identidad digital al conjunto de datos que identifican o a través de los cuales se puede llegar a identificar a una persona»²⁴.

Asimismo, hay que diferenciar la identidad digital de la reputación *online*, que sería la percepción o consideración pública por terceros respecto de un sujeto a través de Internet²⁵. Tanto una como otra pueden coincidir o no con la identidad y la reputación analógicas.

En consecuencia, podemos señalar que el «rastreo digital» engloba aspectos claramente de carácter personal, como la identidad digital y la reputación *online*, además de aspectos patrimoniales. Nos encontramos ante conceptos ligados a la personalidad del sujeto. Algunos autores consideran que la identidad digital constituye «un derecho de la personalidad autónomo (en cuanto conceptualmente diferenciado del honor, la propia imagen, el nombre o los apellidos) y, como tal, innato, *erga omnes*, privado, irrenunciable y extra-patrimonial (aun cuando en sus manifestaciones sea susceptible de valoración económica y de negocios jurídicos)»²⁶. No obstante, sin entrar en dicho

²³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (2019), Tomo 59, p. 399.

²⁴ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo, «Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación *online*», *adComunica: revista científica de estrategias, tendencias e innovación en comunicación* (2012), nº 3, p. 127.

²⁵ *Ibid.*, p. 128.

²⁶ GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», *Testamento ¿Digital?*, Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales, España, 2016, pp. 40 y 41.

debate, es indiscutible que la protección de la «huella digital y personal» se deberá dispensar conforme a la normativa que tutela derechos fundamentales personalísimos (derecho a la imagen, al honor, a la intimidad, a la protección de datos personales, etc.), pudiendo destacar el art. 18 CE, 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 (LOPHII) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Así sucede ante la lesión de tales derechos dentro del entorno virtual (véase, a modo de ilustración, la STC de 24 de febrero de 2020²⁷).

El problema es que la «huella digital» pervive en Internet tras la muerte (redes sociales, cuentas de correo, perfiles de *Youtube*, etc.). Nuestra identidad puede quedar petrificada en la Red (mediante *bots*, actualizaciones periódicas de la web o inteligencia artificial²⁸). Ante ello, ¿qué sucede con la identidad y reputación digital *post mortem*?

La personalidad del individuo desaparece con la muerte, así lo recuerda el Código Civil (art. 29 CC). De modo que se extinguen los derechos de la personalidad (honor, propia

²⁷ «Es innegable que los cambios tecnológicos cada vez más acelerados que se producen en la sociedad actual afectan al conjunto global de los ciudadanos repercutiendo directamente en sus hábitos y costumbres. También lo es la afectación de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE) por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet. El aumento de popularidad de las redes sociales ha transcurrido en paralelo al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra —la actual— en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. [...] En este contexto es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Si bien es un hecho que el funcionamiento de las redes sociales en Internet permite la difusión de información personal, también lo es que puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario. [...] Es usual encontrarse que, en numerosos casos, los usuarios publican en la red social en Internet no solo información sobre sí mismos, sino también de otras personas (usuarios o no) y que lo más habitual es que no hayan recabado su autorización, antes o después de hacerlo. [...] Contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo —por obvio que ello resulte— que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen».

²⁸ GARCÍA HERRERA, Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», cit., [LA LEY 9284/2017].

imagen, intimidad, etc.) e, igualmente, los derechos patrimoniales personalísimos o vitalicios –los elementos patrimoniales pasarán a sus sucesores (arts. 657 y ss. CC)–. Lo mismo debe ocurrir con la identidad digital, al ser un concepto ligado a la personalidad del sujeto²⁹. En consecuencia, no puede ser objeto de herencia o transmisibilidad *post mortem*. Es decir, no hay transmisión *mortis causa* de derechos personalísimos extinguidos. Así lo indica el art. 659 CC, al señalar que la herencia «comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte». La exclusión de los bienes de naturaleza no patrimonial –como los derechos de la personalidad– ha sido reiterada por la doctrina, pudiendo citar a SANTOS MORÓN³⁰ o CÁMARA LAPUENTE³¹.

Lo anterior no significa que la «identidad digital» no pueda ser objeto de gestión y protección *post mortem*. Una cosa es su no «heredabilidad» y otra bien distinta su posible tutela jurídica tras el fallecimiento de la persona. Sea cual sea el fundamento de su protección —la *memoria defuncti* (preservar la memoria de los vivos acerca del fallecido) o la personalidad pretérita del fallecido (prolongación de la personalidad del fallecido con base al respecto de la dignidad humana)³²—, la personalidad de cualquier difunto constituye un bien jurídico digno de protección, como así lo recuerda la exposición de motivos de la LOPHII: «Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho» (véase el art. 4 LOPHII)³³. De hecho, la memoria del difunto se puede proteger haciendo uso de las facultades previstas en el art. 3 LOPDPGDD, que regula el tratamiento de datos personales de personas fallecidas. Existe, pues, una legislación para la protección *post mortem* de la identidad digital, que no se construye desde los principios del Derecho de sucesiones. Incluso, como veremos a continuación, nada impide que el difunto pueda gestionar o

²⁹ GONZÁLEZ GRANADO, Javier, cit., p. 41.

³⁰ SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de derecho transnacional* (2018), vol. 10, nº 1, p. 417.

³¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», cit., p. 392.

³² Véase CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido (Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica)», *Revista de Derecho Civil* (2020), vol. 7, nº. 5, pp. 123 y ss.

³³ «Así, pues, si bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por ende, la extinción de los derechos de la personalidad del fallecido, ello no impide que en determinados supuestos, y más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida». GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La llamada “personalidad pretérita”: Datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *Actualidad jurídica iberoamericana* (2016), vol. 1, nº. 5, p. 210.

dar instrucciones sobre la defensa, conservación o supresión de su «huella digital». Ahora bien, como anota GARCÍA RUBIO, «la enorme cantidad de huellas que una persona puede dejar al morir en el llamado entorno digital» plantea nuevos retos y dificultades sobre su destino³⁴.

Conceptualizada la «identidad digital» y excluida la sucesión hereditaria, resulta conveniente hacer una advertencia. Dicha identidad se proyecta en el entorno *online* mediante datos personales y bienes intangibles que podrían tener o no carácter patrimonial; y, en consecuencia, ser objeto de transmisión *mortis causa* a favor de los herederos.

Pongamos por caso que un menor de edad fallece con un perfil social en *Instagram*. Tras su muerte, un tercero realiza un comentario vejatorio y humillante en una fotografía o video de su perfil. Las personas legitimadas podrán defender la dignidad del menor fallecido por las vías legales pertinentes. Ahora bien, esa imagen o video, puede constituir un bien intangible e inmaterial, con posible valor económico (por ejemplo, un video de *Youtube* puede ser objeto de explotación económica a través de la publicidad, con base a los derechos de explotación de la propiedad intelectual), o no tenerlo (siendo más bien un recurso digital extrapatrimonial, cuyo valor normalmente es sentimental)³⁵: ¿acaso los familiares de un fallecido no tienen derecho a heredar sus álbumes de fotos o un diario personal? Es decir, «los contenidos que generamos dentro de nuestros perfiles sí que pueden llegar a ser considerados como bienes inmateriales susceptibles de explotación (fotografías, vídeos, opiniones, etcétera) y, por lo tanto, susceptibles de contemplarse en un testamento»³⁶. Otros podrían considerarse un bien inmaterial transmisible en soporte digital sin valor económico, pero también encuadrable en el caudal relicto. En síntesis, como indica OTERO CRESPO, «frente a esta heterogeneidad de los bienes digitales se erige un punto en común: la transmisibilidad

³⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La persona en derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* (2013), nº 14, p. 93.

³⁵ «[...] en la expresión “patrimonio virtual” hay elementos puramente patrimoniales, como un dominio web, y 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 todo valor patrimonial, como la firma electrónica». MARTOS CALABRÚS, María Angustias, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, 2014, p. 936.

³⁶ GONZÁLEZ MENDOZA, Diana Paola, «Los perfiles digitales después de la muerte, una perspectiva europea», *Estudios en derecho a la información* (2021), nº 11, p. 7.

mortis causa»³⁷. Así, los perfiles sociales pueden ser fuente de protección *post mortem*, pero pueden conservar en su interior bienes inmateriales susceptibles de transmisión.

Cerrado este breve paréntesis, y hecha la anterior aclaración, en ámbito digital pueden existir bienes de naturaleza difusa, dado su posible carácter personal y patrimonial, que podrían catalogarse como bienes digitales de contenido mixto³⁸, incluibles en el patrimonio que conforma el caudal hereditario.

2.3. El «patrimonio digital» y su contenido a efectos de transmisión *mortis causa*

El «rastreo digital» está compuesto también por elementos patrimoniales, siendo necesario dilucidar ahora cuales conforman el «patrimonio digital» y, al mismo tiempo, aquellos que podrían ser objeto de transmisión hereditaria. Como se observará, se trata de una tarea compleja y ardua, dada las singularidades que presenta el entorno virtual.

Como señala GARCÍA GARCÍA, el patrimonio puede definirse como «el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular [...] y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración»³⁹. Lo relevante es que dichos bienes y derechos deben presentar un valor económico determinado o determinable y evaluable, pero es indiferente su naturaleza analógica o digital. Por tal motivo, como manifiesta acertadamente la doctrina, el «patrimonio digital»⁴⁰ sería «una parte integrante del patrimonio que identifica el conjunto de relaciones jurídicas de tal carácter (digital) valorables desde un punto de vista patrimonial», englobándose «todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico»⁴¹. Además, recuerda MARTOS CALABRÚS que dicho patrimonio no se compone solamente de los elementos digitales que hay en la web, sino en

³⁷ Vid. OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil* (2019), vol. 6, nº. 4, p. 93.

³⁸ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* (2019), nº 83, p. 33.

³⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Teoría general del patrimonio», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 581.

⁴⁰ Sobre la diferencia entre identidad y patrimonio digital, puede verse RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual», *Revista de privacidad y derecho digital* (2019), vol. 4, nº 14, pp. 77-121.

⁴¹ Véase GARCÍA HERRERA, Vanessa, cit., [LA LEY 14697/2018].

cualquier formato electrónico⁴² (un archivo digital con valor económico puede encontrarse en la nube de *Google Drive* o, bien, dentro de un *pen drive* o disco duro).

Adviértase que, en principio, de dicho concepto se excluirían ciertos elementos de carácter extrapatrimonial, por carecer de valor económico, tener carácter personal u ostentar un mero valor afectivo (como una imagen subida en *Instagram*) –aunque realmente todo «archivo digital» podría ser dotado de relevancia económica, por muy irrisoria que sea, como ocurre con cualquier objeto material–. Como indica SANTOS MORÓN, los bienes digitales de naturaleza no patrimonial (mensajes privados de correo electrónico, opiniones, fotografías, vídeos, etc.) son los que plantean más problemas en lo que respecta a su transmisibilidad⁴³. Si bien, ello no implica que no puedan ser tomados en consideración para su gestión o transmisión *mortis causa*⁴⁴. Por tal razón, a efectos hereditarios no nos vamos a centrar de forma exclusiva en el «patrimonio digital» de la persona –relacionado de forma exclusiva con bienes o derechos con una connotación puramente económica–, sino en aquellos «bienes o contenidos digitales» (sean patrimoniales o extrapatrimoniales) con incidencia o repercusión en el ámbito sucesorio. Piénsese que aceptar un concepto restrictivo de «patrimonio digital» podría suponer «un análisis sesgado del fenómeno del patrimonio desde el ámbito digital y su transmisión posterior al fallecimiento de su titular»⁴⁵, cuando ciertos contenidos, entre otras razones, tienen naturaleza mixta:

«Todos estos conceptos de una forma u otra tratan de incluir una variedad de “bienes”, de disímil naturaleza como, la recepción y envío de correos y mensajes, fotos compartidas, canciones y videos, archivos de compra y almacenamiento de música, películas, videojuegos, *ebooks*, cuentas en redes sociales como *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn*, *Google+*, *Instagram*, webs y dominios virtuales, beneficios en webs de apuestas o loterías, servicios que se contratan virtualmente, gestiones telemáticas ante la Administración Pública, entre otros. [...] no son más que toda la información inmaterial que dentro del ámbito digital, en forma de datos, textos, imágenes, videos, sonidos, códigos, programas de computadora, software, bases de datos, o similares consta en registros electrónicos y que conforman el patrimonio de una persona natural, sin importar si poseen o no un valor económico determinado o determinable. Por ello

⁴² MARTOS CALABRÚS, María Angustias, cit., pp. 934 y 935.

⁴³ SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 417.

⁴⁴ «En definitiva, aunque habitualmente (pero con importantes excepciones) el conjunto de los contenidos digitales de una persona (su «patrimonio digital», resultado de la progresiva adopción de las nuevas tecnologías y sus posibilidades) pueda no tener un gran valor económico, ello no es obstáculo para que también sea necesario aclarar el destino de los mismos tras su muerte». APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., p. 174.

⁴⁵ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina», cit., p. 34.

creemos que más que “activos digitales” deberíamos denominarlos “bienes digitales”. [...] Entre ellos «se encuentran bienes de carácter personalísimo relacionados con los derechos de imagen (fotos, videos), derechos del honor, intimidad (*emails*), twitters, comentarios en Facebook, blogs, etc. También las creaciones de los propios usuarios pueden estar protegidos por otras legislaciones, lo que incluye no solo derechos de autor sino también, derechos de propiedad industrial como pueden ser signos distintivos»⁴⁶.

Realizada dicha precisión, resulta ineludible efectuar ciertas aclaraciones sobre los «contenidos digitales»⁴⁷, con trascendencia jurídica en cuanto al fenómeno sucesorio. Para ello nos centraremos en responder a las siguientes cuestiones: «qué», «quién», «cómo» y «dónde».

2.3.1. ¿Dónde se ubican los bienes digitales?: El almacenamiento en Internet o en soportes físicos

Comenzaremos por el «dónde». Los «contenidos digitales» pueden almacenarse en dos sitios: en Internet (ej. en *Dropbox*) o en un dispositivo electrónico de almacenamiento (como un disco duro portátil).

El primer sitio suele emplearse tras suscribir con una empresa determinada un servicio para almacenar y compartir archivos o elementos digitales dentro de la Red. Así, *Dropbox* señala en «condiciones y privacidad» que su obligación se centra en permitir que el usuario use y acceda a sus servicios de almacenaje de activos digitales⁴⁸ —en consecuencia, el usuario no dispone de un derecho de propiedad, sino un derecho de uso y acceso en el contexto *online*—. A continuación, especifica que la empresa no ostenta derecho alguno sobre el contenido digital del usuario (archivos, mensajes,

⁴⁶ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «¿Herencia digital?: la protección «post mortem» de los bienes digitales», cit., [BIB 2019\7012].

⁴⁷ Sobre la definición de «contenidos digitales», se expresa lo siguiente: «No es sencillo dar una definición de contenido digital, pues la primera nota a tomar en consideración es simplemente negativa: que no se trata de contenido físico. Puede decirse que es información que se almacena en formato electrónico y que se puede copiar, transmitir y utilizar mediante redes de telecomunicación y herramientas TIC (Tecnologías de la Información y de la Comunicación). El formato de esos contenidos digitales puede ser muy diverso: imágenes, videos, audios, textos, software, aplicaciones, videojuegos, portales, blogs, redes sociales, etc.». DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, Madrid, 2020, p. 19. Otros autores los definen de la siguiente forma: «conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento online en vida». NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado "testamento digital"», *Revista de derecho privado* (2020), Año nº 104, p. 61.

⁴⁸ Véase en la siguiente página web: <https://www.dropbox.com/terms> [Consulta: 31 de junio de 2022].

contactos, etc.). En cambio, este tipo de contrato no existe cuando se trata de un dispositivo de almacenamiento, al no ubicarse los archivos en la Red (como puede ser un *pen drive* o un teléfono móvil). Lo anterior debe tenerse en cuenta en caso de sucesión *mortis causa*, puesto que en el primer caso, como veremos más adelante, los herederos no heredan la cuenta de *Dropbox*, en todo caso, su contenido. Añadir, respecto a este tipo de cuenta, que el servicio finaliza si transcurren 12 meses sin actividad por el usuario y que permite su suscripción a menores con edad legal. El problema aparecerá a la hora de acceder al contenido por parte de los herederos⁴⁹. Si bien, tratándose de un dispositivo físico de almacenamiento (ej. un menor puede comprar sin problema un *pen drive* por el precio de cinco euros), al transmitirse los bienes materiales, los herederos tendrían derecho a disponer del mismo y –si no dispone de contraseña que lo impida... o el causante lo prohíbe– a acceder a su contenido digital⁵⁰ (en este supuesto, los progenitores, de ser los únicos herederos, podrían adquirir el *pen drive* y acceder a los archivos digitales que tuviera el menor fallecido).

2.3.2. ¿Con quién y cómo se almacenan?: La relevancia sucesoria de los contratos con PSSI

La pregunta anterior nos permite observar la importancia de vislumbrar «cómo» se almacena el contenido digital y con «quién» se suscribe dicho «servicio» de «hospedaje virtual». Repárese que para desarrollar nuestra actividad digital debemos consentir múltiples contratos con diferentes compañías o prestadores de servicios de la sociedad de la información (en adelante, PSSI), cada uno con sus propias condiciones y términos. En la mayoría de los casos nos encontramos ante la celebración de contratos dirigidos a ofrecer una licencia de uso «gratuita», que permite disponer de una cuenta *online*, mediante la cual podemos guardar o transmitir –en la Red o un servidor perteneciente a un tercero– ciertos «bienes digitales» (cuentas de correo electrónico, de almacenaje

⁴⁹ «[...] tratándose de contenidos almacenados en una cuenta o plataforma online, la cuestión se complica, puesto que, por una parte, aparece un tercero con quien el causante había establecido una relación contractual, y, por otra, cobra relevancia la idea de acceso». GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., p. 917.

⁵⁰ Véase, en este sentido, MORENO MARÍN, María Dolores, «Aproximación a la transmisión mortis causa en el patrimonio digital», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 339; GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., p. 917; etc. Como manifiesta MORALEJO IMBERNÓN, en este supuesto «serían las reglas de la sucesión ordinaria las que determinarían la titularidad de esos archivos, que debería recaer en principio sobre la persona que hubiera recibido en la sucesión la propiedad de ese medio tangible (a saber, el heredero o el legatario)». MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Anuario de Derecho Civil* (2020), vol. 73, nº 1, p. 255.

en la nube, de redes sociales, de servicios bancarios en formato digital, de blogs o perfiles profesionales, para acceder a distintas formas de ocio –películas, música, juegos, videos, imágenes, etc.–). Como manifiesta OTERO CRESPO, hay «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»⁵¹.

Al suscribir tales contratos –con distinta naturaleza jurídica y finalidad– hay que poner atención en dos aspectos básicos, atendiendo al contenido de las condiciones de contratación: por una parte, si el usuario ostenta o conserva la propiedad de los «bienes digitales» que aparecen en el interior de las cuentas *online*; y, por otra parte, si tales cuentas serían o no transmisibles en caso de fallecimiento del usuario.

En cuanto a la propiedad de los «contenidos digitales», en los términos y condiciones se hace referencia a tal asunto, siendo interesante su lectura por parte de los usuarios. *Facebook* no priva a los usuarios de los derechos de propiedad de su contenido –aunque se reserva un derecho de uso del contenido que se suba⁵²–. Lo mismo sucede con *Instagram*⁵³ o *Twitter*⁵⁴. Ese respeto hacia el contenido de los usuarios se observa en las condiciones de cuentas de almacenaje digital, como *Google Drive*⁵⁵ o *Dropbox*⁵⁶, y se infiere de otras cuentas (bancarias, de pago, etc.). Según su edad, un menor de edad podrá tener su propia cuenta, con o sin la asistencia de sus progenitores (ej. a partir de los 14 años sería posible suscribir una cuenta con *Dropbox*, pero para la apertura de una cuenta bancaria *online* se necesita la autorización de los padres, salvo

⁵¹ OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., p. 93.

⁵² Disponible en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁵³ «No reclamamos la propiedad sobre tu contenido, pero nos otorgas una licencia para usarlo». Disponible en: <https://help.instagram.com/581066165581870> [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁵⁴ «Usted conserva sus derechos sobre cualquier Contenido que envíe, publique o muestre a través de nuestros Servicios. Lo que es suyo, es suyo: usted es el dueño de su Contenido (y del audio incorporado, las fotos y vídeos que se consideren parte del Contenido)». Disponible en <https://twitter.com/es/tos> [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁵⁵ «Google Drive te permite subir, enviar, guardar y recibir contenido. Tal y como se indica en los Términos del Servicio de Google, tu contenido sigue siendo tuyo. No reclamamos la propiedad de ninguno de tus contenidos, lo que incluye los textos, datos, información y archivos que subas, compartas o almacenes en tu cuenta de Drive». Véase <https://www.google.com/intl/es/drive/terms-of-service/> [Consulta: 31 de junio de 2022].

⁵⁶ Los servicios de almacenamiento «[...] pueden albergar contenidos plenamente transmisibles mortis causa (desde una novela inédita a un proyecto de ingeniería a esta conferencia). Si reflexionamos sobre la naturaleza jurídica de estos contratos (auténticos contratos de servicio, contratos de obra, depósito o arrendamiento de espacio virtual), lo que es cierto es que prima el deber de custodia propio del depósito, por lo que cualquiera a quien el causante entregue las claves de acceso podrá recuperar lo que está custodiado en la nube». CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 403.

que se trate de un menor emancipado). Hay que señalar que ciertas cuentas de entretenimiento conceden una licencia de uso sobre el contenido, pero no la propiedad de los mismos (como puede ser *Netflix*, *Rakuten*, *Itunes*, *Kindle* o *HBO max*). Bien distinto es que un determinado archivo digital se haya adquirido por el usuario mediante un contrato de compraventa (como ejemplo, un *E-book* comprado a la editorial Aranzadi y almacenado dentro del ordenador). Aquí no habría una licencia de uso, sino una auténtica propiedad sobre el libro digital. Respecto a la transmisibilidad de las cuentas *online* en caso de fallecer el usuario –no del contenido virtual y personal del usuario–, algunos PSSI y empresas manifiestan de forma expresa la imposibilidad de transmisión. En concreto, establecen que se trata de una licencia de uso «no transferible»⁵⁷.

Generalmente nos encontramos ante cuentas de carácter personalísimo, que quedan extinguidas en caso de fallecimiento o desactivadas al transcurrir un periodo de tiempo determinado. No obstante, nada impide que ciertas cuentas o suscripciones sean transferibles. En tal caso, serían transmisibles a los herederos, sin problema alguno⁵⁸. Aun así, cierta doctrina comenta el posible carácter abusivo de tales cláusulas, al ser prefijadas de forma unilateral por las SPPI⁵⁹ o, bien, su transmisibilidad *mortis causa*, al considerar que tales condiciones únicamente se refieren a la transmisión *inter vivos*, no pudiendo depender la primera de la facultad unilateral del predisponente⁶⁰.

En resumen, atendiendo al contenido del contrato, habrá que diferenciar las cuentas *online* o perfiles sociales, los contenidos digitales propiedad del usuario (como una imagen o video almacenado en el dispositivo móvil) y aquel que pertenece a las

⁵⁷ A modo de ilustración, véanse las condiciones y términos de las siguientes plataformas: *Rakuten* (<https://rakuten.es/terminos-y-condiciones>), *Netflix* (<https://help.netflix.com/legal/termsfuse>) o Facebook (<https://es-es.facebook.com/legal/terms>).

⁵⁸ GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., p. 917.

⁵⁹ «Con frecuencia las condiciones generales –o los términos del servicio (“terms of service agreements” [TOSA])– que el particular suscribió al contratar la cuenta, preestablecidas unilateralmente por el prestador de servicios y no negociadas individualmente, y que, además, suelen constituir un contenido dinámico del contrato –en el sentido que el prestador de servicios se reserva la posibilidad de modificarlos en el futuro– establecen que la misma se extingue con la muerte del titular. Pese a resultar razonable la no transmisión *mortis causa* en muchos supuestos, cabría plantear, sin embargo, si algunas cláusulas de este tipo pueden ser consideradas abusivas. En cualquier caso, en la práctica las contiendas suelen generarse no tanto por la pretensión de continuar utilizando una determinada cuenta de la persona fallecida –lo cual no procede–, sino más bien por el acceso a los contenidos albergados en la misma (imágenes, mensajes, etc.)». GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., pp. 917 y ss. Véase también MORENO MARÍN, María Dolores, cit., pp. 340 y ss. o CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 402.

⁶⁰ NAVAS NAVARRO, Susana, cit., p. 69.

compañías, ya sea la PSSI o un tercero (como una película de *Netflix*); e, igualmente, si tienen o no carácter transmisible.

2.3.3. ¿Qué clases existen?: La «heredabilidad» de bienes digitales con valor económico y/o personal

Finalmente, es pertinente examinar «qué» clase de «contenidos digitales» pueden existir, según su naturaleza patrimonial, personal o mixta. Ello puede tener implicaciones en el fenómeno sucesorio. Como apuntábamos *at supra*, existen contenidos digitales patrimoniales y extrapatrimoniales. Entre los primeros se encontrarían los activos o archivos digitales con valor económico, como el dinero de cuentas *PayPal*, los *bitcoins* o las obras de arte *NFTs*. Su transmisión *mortis causa* no plantearía problemas a nivel teórico –bien distinta sería la práctica ante el desconocimiento de los herederos o la dificultad de acceso por la existencia de contraseñas–. Lo habitual es que las herencias incorporen bienes y obligaciones del ámbito digital⁶¹. No obstante, tratándose de bienes digitales de carácter extrapatrimonial, se plantean ciertas dudas en cuanto a su heredabilidad. Estos suelen relacionarse con la «identidad digital» del causante, con sus derechos de la personalidad y la protección de datos personales. A modo de ilustración, se encontrarían las fotos, las cuentas, correos electrónicos, claves de firma electrónica, perfiles de redes sociales, archivos con información personal almacenados en la nube, escritos u opiniones en blogs o *Twitter*, etc. Su acceso podría vulnerar derechos del causante, de terceros y permitir la suplantación de identidad. Si bien, es cierto que pueden existir archivos digitales (correos que testimonien un derecho de crédito) que deban conocerse para tramitar la herencia, y no perjudicar los derechos de los herederos⁶².

En principio, como afirma *SANTOS MORÓN*, tales contenidos no pueden formar parte de la herencia, «ni, en general, las manifestaciones puramente personales del individuo, como los actos de ejercicio de sus derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.) y los derechos morales que se refieren a creaciones intelectuales», siendo dudoso que sean «transmisibles a sus herederos, legales o testamentarios, por el mero hecho de serlo»⁶³. En ocasiones, muchos de tales archivos pueden tener la consideración de datos personales y/o estar

⁶¹ NAVAS NAVARRO distingue entre bienes personales, sociales, económicos y empresariales. Vid. NAVAS NAVARRO, Susana, cit., p. 66.

⁶² CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., pp. 404 y ss.

⁶³ SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 417.

tutelados por otros derechos (derecho al honor, a la imagen, a la intimidad, al secreto de comunicaciones, etc.), que también afectan a terceros. Por tal razón, cierta doctrina considera que tales bienes no pueden ser transmisibles, aunque si pueden gozar de protección *post mortem*, si fuera necesario⁶⁴. Otros, por el contrario, consideran que los datos personales de todo tipo del usuario fallecido (textos, fotografías, videos, etc.) integrarían parte de la «herencia digital»⁶⁵. Ante dicho dilema, cabe plantear distintos interrogantes.

Por una parte, no podemos olvidar que los datos personales son objeto de explotación económica por los PSSI y diversas empresas. El debate es: ¿pueden ser objeto de propiedad los datos?, ¿sean o no sean personales? Por mucho que una persona fallezca, tales datos siguen siendo usados con fines comerciales y de publicidad. En consecuencia, puede considerarse que ciertos archivos digitales de carácter personal tienen valor económico y cuantificable⁶⁶. Por tanto, no podemos hablar de forma estricta de bienes de naturaleza personal, sino de naturaleza mixta. De hecho, todo activo digital, personal o no, podría ser cuantificable, aunque sea con un precio irrisorio.

Por otra parte, llama la atención que las fotografías, las cartas o el diario de una persona finada se puedan transmitir a los herederos, teniendo acceso a tal información privada, por el simple hecho de aparecer en soporte físico y, por el contrario, ello no

⁶⁴ «En todo caso, no serían ciertamente transmisibles, salvo que el causante lo permitiese en algunos supuestos, las cuentas de correo electrónico, así como el acceso a redes sociales cerradas; si, en cambio, el contenido patrimonial digital, entre otros, cuentas bancarias *on line*, criptomonedas, sistemas de pagos virtuales, documentos y archivos en la nube, a música seleccionada, plataformas de servicios — Netflix HBO—, libros, películas en formato digital, bajo licencia, si lo posibilitan sus condiciones de uso». BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), Año nº 95, nº 775, p. 578. Vid. SANTOS MORÓN, María José, cit., pp. 418 y ss., OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., pp. 100 y ss., ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salete, «¿Herencia digital?: la protección «post mortem» de los bienes digitales», cit., [BIB 2019\7012].

⁶⁵ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., pp. 177 y ss.

⁶⁶ Véase la noticia de prensa titulada «870 dólares, el valor medio de los datos personales de un usuario en la “dark web”», disponible en <https://cso.computerworld.es/> [Consulta: 31 de junio de 2022]. El valor económico de los datos personales ha sido recalado por diversa doctrina: «los datos personales, más allá de su consideración como derecho fundamental de la persona, tienen hoy en día un valor económico per se, de forma que pueden seguir siendo objeto de explotación económica por los PSSI, a costa de la memoria de su antiguo titular y/o de terceros vivos aún». APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., p. 189. De hecho, así se observa de las condiciones y términos de ciertos servicios, como *Instagram*: «En lugar de pagar para usar Instagram, al usar el Servicio cubierto por estos Términos, usted reconoce que podemos mostrarle anuncios que las empresas y organizaciones nos pagan para promocionar dentro y fuera de los Productos de Meta Company. Usamos sus datos personales, como información sobre su actividad e intereses, para mostrarle anuncios que son más relevantes para usted». Disponible en <https://help.instagram.com/581066165581870> [Consulta: 31 de junio de 2022].

fuera posible por aparecer en soporte digital –salvo que el causante hubiera dispuesto lo contrario en vida–. No tendría sentido discriminar la tenencia de tales bienes digitales por su formato: ¿los herederos pueden acceder a los datos íntimos de un diario físico y, en cambio, no pueden acceder a ese diario si estuviera en formato digital? (algunos se han empleado para hacer la biografía de una persona fallecida). Puede que estemos ante la posibilidad de proteger los derechos del causante gracias a la digitalización de los bienes y contenidos. Eso sí, señalar lo anterior no significa que deban transmitirse sin las cautelas precisas, ante los derechos del finado y terceros. En este sentido, considero que los herederos podrían acceder a las imágenes del causante insertas en un perfil de *Instagram* cerrado, pero no podrían, por el contrario, acceder, de forma no proporcionada o justificada, a conversaciones privadas con terceros (de correo electrónico o *WhatsApp*).

Sobre este asunto, merece destacar una resolución judicial del Tribunal Supremo que admitió el acceso de unos padres a los SMS de su hija tras haber fallecido, con la finalidad de identificar a la persona que la había inducido a la prostitución a cambio de estupefacientes. El Tribunal Supremo asemeja los SMS con papeles privados a efectos sucesorios, a los que pueden tener acceso los herederos:

«En cualquier caso, tampoco cabe estimar que los SMS aportados por los padres de la joven y obtenidos de su terminal telefónico una vez fallecida la menor, constituyan una prueba ilícita. Las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueron guardados, equivalen a la correspondencia que pueda ser conservada por la menor entre sus papeles privados. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el art 661 del Código Civil suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones. Incluso en aquellos derechos personalísimos, que no se transmiten a los herederos, éstos si suceden al fallecido en el ejercicio de las acciones para su defensa (derecho moral de autor, protección civil del honor, intimidad, imagen, etc.), lo que les faculta para acceder de forma proporcionada a la documentación de sus comunicaciones (correspondencia, correos electrónicos o telemáticos, conversaciones grabadas, etc.) en la medida en que sean necesarios para la defensa de sus intereses, incluido obviamente, para ejercitar las acciones procedentes para la reparación de los daños causados al fallecido, tanto en el ámbito civil como en el penal. En consecuencia, no concurre vulneración alguna del derecho a la intimidad, tanto de la menor (ya fallecida) como del recurrente, por el hecho de que los sucesores legítimos de la joven accediesen a su documentación privada para conocer a los responsables de haberle proporcionado las drogas que acabaron ocasionando su muerte, y en su caso para promover el castigo de los

responsables. Desde la perspectiva del derecho a la intimidad, no constituye una injerencia inconstitucional el acceso proporcional de los padres de la menor fallecida, en su condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a sus documentos privados. Y desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, es sabido que el art 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros. Y en consecuencia, los sucesores legítimos del receptor, titulares de todos sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin por ello vulnerar ningún precepto constitucional» (STS (1ª) 26 noviembre 2014)⁶⁷.

Lo anterior pone en evidencia que los bienes digitales de naturaleza personal o mixta, en cuanto a su transmisibilidad *mortis causa*, tendrán una casuística diferente y plantearán distintos problemas (afectación de derechos de terceros y del finado, dificultad de acceso a tales archivos, etc.), con la necesidad de dotarlos de una solución específica. Si bien, nada impide, como se verá más adelante, que el causante haga uso de las «últimas voluntades digitales» para disponer sobre su transmisión, gestión y protección *post mortem*.

2.3.4. El «patrimonio digital heredable»

A modo de colofón de tales comentarios, conviene concluir que el «patrimonio digital heredable» de una persona estará compuesto por bienes que hayan sido objeto de adquisición (criptomonedas, obras artísticas NFT, programas de ordenador, dinero disponible en cuentas *PayPal* o bancarias en formato digital, monederos electrónicos, etc.) o archivos creados de titularidad exclusiva del usuario (textos, fotos, etc.) – protegidos por derechos de autor o propiedad intelectual– e, incluso, pertenecientes a terceros, pero libres de derechos (libro en formato digital, documentos en la nube); así como por ciertos bienes digitales de carácter personal, que sin duda alguna podrían tener una naturaleza mixta. Si bien, se excluirían archivos de terceros sobre los que éstos conservan derechos de explotación, y sobre los cuales el fallecido tenía simples «derechos de uso», no transferibles; e, igualmente, aquellos de naturaleza personal,

⁶⁷ En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Federal alemán de 12 de julio de 2018, que obligó a *Facebook* a desbloquear la cuenta de una menor de quince años para facilitar su acceso a los padres, quienes deseaban conocer las causas del suicidio de su hija. En la resolución se especifica que los datos digitales se heredan de la misma manera que los bienes tangibles (como las cartas o diario de un fallecido). De esta forma, reivindica su heredabilidad, justificando que ello no entra en colisión con el derecho a la intimidad de la menor, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales de terceros. Es decir, da preeminencia a las reglas sucesorias. Véase GARCÍA JOCILES, Ulises, «Herencia digital: Comentario a la Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 27.08.2020 (Urteil vom 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17)», *Derecom* (2021), nº. 31, pp. 153-165.

que afecten también a derechos de terceros (como el secreto de comunicaciones)⁶⁸ – aunque sería debatible su inclusión, según la STS de 26 de noviembre de 2014– o cuyo acceso haya sido prohibido por el causante en las formas legales establecidas. No obstante, hay que recordar la «transmisibilidad dudosa» de ciertos bienes digitales y las complejidades para la transmisión de otros (dificultad de acceso, desconocimientos por los herederos, etc.). A lo anterior debemos unir la estrecha relación entre datos personales y contenidos digitales⁶⁹.

Aunque despierta sumo interés analizar de forma pormenorizada cada uno de los múltiples «contenidos digitales», resulta inabarcable efectuar tal labor en el presente trabajo. El propósito es remarcar la complejidad del asunto y los principales aspectos a tomar en consideración. Como apunta CÁMARA LAPUENTE, en el proceso sucesorio habrá que «delimitar qué constituye patrimonio digital heredable, qué está ligado a la identidad personal y merece tutela pero no transmisión ni acceso indiscriminado y qué debería extinguirse o estar en todo caso vedado a los herederos y personas afines al causante»⁷⁰. De ahí las numerosas dificultades que comporta la transmisibilidad de los bienes digitales a los herederos del causante, con un ineficiente Derecho de sucesiones ante su falta de adaptación a Internet.

3. LA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA IDENTIDAD Y PATRIMONIO DIGITAL POR EL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

Es incuestionable que un menor de edad puede ostentar una identidad –y reputación *online*–, así como disponer de ciertos «bienes digitales». De hecho, puede decirse que durante la minoría de edad existe una preeminencia del patrimonio intangible o inmaterial en la Red –dado el acceso habitual de los jóvenes a Internet–, en comparación con la propiedad de bienes materiales (salvo excepciones, como un menor emancipado con propiedad de ciertos bienes, menores con patrimonio derivado de herencia o donación, recursos económicos propios de *influencers*, *youtubers* o

⁶⁸ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, p. 177.

⁶⁹ «[...] los contenidos de las personas fallecidas gestionados por prestadores de servicios pueden ser de muchos tipos y contener datos que no sean en puridad personales, pero es incuestionable que muchos de ellos llevan ínsitos datos personales (imágenes, opiniones políticas, religiosas o sexuales, conversaciones privadas, etc.), y precisamente por ello tiene sentido su protección y que exista la posibilidad de que el titular dé instrucciones sobre su gestión *post mortem*. Así que no existe tanta diferencia entre los datos personales y los contenidos digitales propiamente dichos. Tanto en un caso como en el otro, se puede ver vulnerado el derecho al honor, intimidad personal o propia imagen de la persona de cuyos datos o contenidos se trate, así como –en su caso– el secreto de las comunicaciones». DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 31.

⁷⁰ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 401.

menores artistas, etc.). Ello se debe también a la tendencia existente sobre la obtención de ganancias económicas tras cumplir la mayoría de edad o finalizar estudios superiores. Ante ello, lo normal sería que en caso de una muerte previsible (por enfermedad, idea de suicidio, etc.) –o no–, a un menor de edad le preocupe en mayor medida su «identidad y patrimonio digitales» tras su fallecimiento, su gestión y disposición por los progenitores u otras personas (acceso a contenidos del teléfono móvil, a redes sociales, etc.); y, ante tal preocupación, se pregunte si tiene capacidad para expresar sus «últimas voluntades digitales». En efecto, es muy excepcional, pero ello no evita examinar tal posibilidad.

Antes de responder tal cuestión, hay que especificar que las siguientes páginas se centrarán en abordar la sucesión *mortis causa* del menor de edad en el ámbito digital. Para ello tomaremos como base el concepto de «herencia digital»⁷¹ (excluyendo la llamada «herencia analógica», aunque toda herencia incorpora técnicamente bienes «analógicos» y «digitales»⁷²), entendida como un fenómeno capaz de aglutinar aspectos extrapatrimoniales y patrimoniales o, dicho con otras palabras, un contenido que puede ser atípico o típico, respectivamente. En efecto, como remarca diversa doctrina⁷³, debemos huir de una concepción patrimonial o tradicional de la herencia –que acepta exclusivamente un contenido económico– y acoger una concepción más amplia y subjetiva –que permite que las disposiciones testamentarias recojan también un contenido no patrimonial, de trascendencia personal–. Supone, por tanto, rechazar la herencia y el patrimonio como sinónimos. En función de lo planteado, el testamento no se concibe únicamente como un mecanismo o vehículo para la transmisión de bienes o derechos (contenido típico), sino asimismo para la disposición de últimas voluntades sobre cuestiones no patrimoniales, sino personales, relacionadas con el causante (contenido atípico). Ello, por mucho que el art. 677 CC solamente se refiera a

⁷¹ «La “herencia digital” no es sino un modo (vulgar, sin un contenido jurídico específico) de referirse conjuntamente a toda una serie de bienes y derechos que, cuando no se extinguen con la muerte del titular (o son destruidos, en aplicación de las condiciones del servicio), hemos de entender que forman parte del caudal relicto, teniendo en común (a diferencia del resto) su forma de presentación - “electrónica”-, frente a las tradicionales formas físicas (materiales, corpóreas) o “analógicas”». APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., p. 175.

⁷² OTERO CRESPO, Marta, «El derecho de sucesiones en clave digital: Algunas consideraciones a propósito del “testamento digital” y de la “herencia digital” en el ámbito del derecho común», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 375.

⁷³ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 20; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», cit., p. 398; OTERO CRESPO, Marta, «El derecho de sucesiones en clave digital: Algunas consideraciones a propósito del “testamento digital” y de la “herencia digital” en el ámbito del derecho común», cit., p. 375; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., p. 97; GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., p. 918; PÉREZ VALLEJO, Ana María y VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 159; etc.

los bienes de la persona⁷⁴. Con ello, y como expresa ALABART DÍAZ, el Derecho de sucesiones abandona su esencia económica o productiva para compaginarla con una esencia personal, derivada de la dignidad humana⁷⁵. Y, además, resulta de utilidad dado el entramado de aspectos personales y patrimoniales de una persona en la esfera digital y su estrecha e inquebrantable relación. De ahí que la «herencia digital» deba concebirse desde un punto de vista más abierto, con contenido personal y patrimonial, como afianza la Carta de Derechos digitales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital:

«1. Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida.

2. Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido.

3. Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino»⁷⁶.

⁷⁴ No había referencia a los «bienes» en la definición de testamento de Modestino: «Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit» (Epítome de Ulpiano 20.1). Tampoco en el concepto de Ulpiano: «Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat» (Digesto 28.1.1).

⁷⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 20. En este sentido, se señala: «en la experiencia jurídica contemporánea las personas físicas encuentran motivos para disponer para después de su muerte sobre asuntos e incumbencias que les atañen personalmente y que no tienen prima facie un contenido patrimonial, bien sea respecto de su cuerpo o sus restos físicos, o bien sea sobre su reputación o su memoria. No son las mismas disposiciones que constituyeron contenido acaso principal de los testamentos cristianos medievales, sino que corresponden a las creencias y preocupaciones extendidas en las sociedades actuales, que, por otra parte, pueden ser muy plurales. Creo que la tendencia a este tipo de disposiciones y previsiones está creciendo, desbordando la definición legal del testamento como acto de disposición de bienes (art. 667), que siempre fue demasiado estrecha. El fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales no puede ser, simplemente, la propiedad, es decir, en términos constitucionales, el art. 33.1 CE. El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)». DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley* (2011), nº 7675, [LA LEY 13921/2011].

⁷⁶ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Carta de Derechos Digitales* (elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial), 2021, p. 18.

Realizada dicha puntualización, a continuación debemos afrontar si un menor de edad dispone de capacidad para expresar sus «últimas voluntades digitales», entendidas como manifestaciones de voluntad encaminadas a dar instrucciones sobre el destino de los «bienes digitales» (perspectiva patrimonial) y sobre la gestión y defensa de su «identidad y reputación *online*» (perspectiva personal); e, igualmente, la forma o instrumentos existentes para ello. Antes bien, se abordará de forma concisa la normativa aplicable.

3.1. Normativa aplicable

Al tratar las «últimas voluntades digitales» del menor de edad debemos echar la mirada a distinta normativa de carácter heterogéneo –pues examinamos la «herencia digital» en un sentido amplio– y, en concreto, nos centraremos en la existente dentro del Derecho común.

Sin duda alguna, resultan de aplicación las disposiciones en materia de sucesiones recogidas en el Código Civil (arts. 657 a 1.087 CC), sobre sucesión testada e intestada. No obstante, existe legislación especial aplicable. En primer lugar, 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 (LOPHII), cuyo art. 4 recoge la posibilidad de disponer en testamento las personas legitimadas para la defensa de la personalidad pretérita del difunto. En defecto de disposición testamentaria sobre tal asunto, se establecen las personas e instituciones legitimadas. En segundo lugar, destaca, por su incidencia en el ámbito digital, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD)⁷⁷. Sus arts. 3 y 96 se reservan, respectivamente, a la gestión de los «datos personales» y a la disposición de «contenidos digitales» y «perfiles personales» de personas fallecidas. A pesar de su similitud, se encuentran recogidos en títulos diferentes (el primero en «Disposiciones generales», con carácter de ley orgánica; y, el segundo, en «garantía de los derechos digitales», con carácter de ley ordinaria⁷⁸). Tales preceptos han sido objeto de crítica doctrinal, por diversas razones que se expondrán adelante. Por último, hay que señalar la posible relevancia de disposiciones de Derecho contractual, ante su confluencia con las normas mencionadas (piénsese en la aceptación de condiciones generales de la

⁷⁷ El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD), no se aplica a los datos de las personas fallecidas (considerando nº 27). La competencia de regulación corresponde a los Estados miembros.

⁷⁸ Disposición final primera de la LOPDPGDD.

contratación con PSSI o en la validez de la contratación *online* de servicios relacionados con el «testamento digital»).

La «herencia digital» de cualquier individuo –incluidos los menores de edad– nos exige echar la mirada hacia una legislación heterogénea, en ocasiones de difícil articulación práctica.

3.2. Capacidad del menor de edad para manifestar las «últimas voluntades digitales»

Expuesta la normativa aplicable, y centrándonos en el asunto que nos ocupa, debemos atisbar si el menor de edad tiene capacidad suficiente para expresar sus «últimas voluntades digitales».

Para ello hay que tener en cuenta dos puntos: por una parte, habrá que preguntarse si dicha capacidad dependerá del contenido –personal y/o patrimonial– de tales voluntades (actos relacionados con la «herencia digital» en su conjunto, atinentes exclusivamente a la gestión de datos personales, relacionados con la personalidad pretérita o, bien, centrados exclusivamente en el «patrimonio digital»); y, por otra, del instrumento que emplee para la gestión y/o disposición de su «identidad y/o patrimonio digitales». Tales parámetros podrían marcar inexorablemente la capacidad necesaria del menor de edad, obligándonos a examinar tres vertientes: la capacidad testamentaria, la capacidad para el tratamiento de datos personales y, finalmente, la capacidad contractual.

Ciertamente, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y la LOPJM postulan el abandono del sistema etario para determinar la capacidad del menor de edad, apoyando como referente valorativo el grado de madurez. En efecto, la edad no mide necesariamente el grado de madurez de un menor (su aptitud y capacidad de entendimiento) para realizar un determinado acto, pero es un parámetro que otorga estabilidad y seguridad jurídica. Si bien, lo adecuado sería optar por una combinación de ambos aspectos, acogiendo como principio rector la «autonomía y capacidad progresiva» del menor de edad⁷⁹. Dicho con otras palabras, no podemos obviar el reconocimiento de la capacidad progresiva del menor para el ejercicio de sus derechos conforme al desarrollo de su personalidad, pero conservando el necesario equilibrio con su protección y vulnerabilidad⁸⁰. No obstante, sin entrar en el debate sobre la

⁷⁹ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», *Revista de derecho privado* (2021), nº 105, pp. 43-60.

⁸⁰ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., pp. 115 y 116.

conveniencia de mantener un sistema etario, la realidad pone de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico convergen ambos parámetros, según el acto a realizar por el menor de edad (un testamento, un contrato, etc.). Así sucede con la capacidad testamentaria y la capacidad para el tratamiento de datos personales –optando el legislador por el parámetro de la edad– y con la capacidad contractual (art. 1263 CC) o la capacidad para disponer de los derechos de la personalidad (art. 3 LOPHII⁸¹ y art. 162 CC⁸²) –seleccionando como parámetros, entre otros, la madurez del menor de edad o actos propios conforme a los usos sociales–. Con carácter general, la «franja etaria» será la «medida» para delimitar la capacidad del menor para expresar de forma válida sus «últimas voluntades digitales».

Centrándonos en la capacidad testamentaria del menor de edad, como dispone el art. 663.1º CC, se puede testar a partir de los catorce años –conocida como capacidad testamentaria activa, aptitud para realizar un testamento válido–, pero para poder otorgar testamento ológrafo será necesario haber alcanzado los dieciocho años (art. 688 CC)⁸³. Si el testamento se otorga por debajo de la edad legal, podría ser objeto de impugnación o nulidad, pues nos encontraríamos ante una incapacidad absoluta, cualquiera que sea el grado de discernimiento del menor⁸⁴. Aun así, se observa que la edad fijada por el legislador es más amplia en comparación con la capacidad general para desarrollar actos *inter vivos*, que se alcanza a los dieciocho años. Ello se explica por dos motivos: por una parte, la exclusión del testamento ológrafo, lo que provoca que todo testamento realizado por el menor requiera un acto solemne; y, por otra, el reconocimiento de la «libertad de testar» –como un principio fundamental del Derecho de sucesiones moderno, como afirma VAQUER ALOY⁸⁵, que inhibe privarle de dicha capacidad al ser un acto personalísimo. No obstante, como expone PÉREZ GALLARDO, lo adecuado sería combinar una edad cronológica con el grado de madurez psicológica del menor, puesto que el «derecho a testar ha de estar al alcance de aquel adolescente que muchas veces motivado por sus propias vivencias, quiere y desea ordenar su

⁸¹ «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil».

⁸² «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia [...]».

⁸³ Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2020, [recurso electrónico].

⁸⁴ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual; CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2019, [recurso electrónico].

⁸⁵ VAQUER ALOY, Antoni, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret* (2015), nº 3, p. 2. 3/2015, p. 2.

propia sucesión»⁸⁶. Si bien, nuestro ordenamiento jurídico permite a un menor de edad celebrar, entre otros, testamentos comunes, como el abierto y cerrado –siendo más habitual el primero– a partir de la edad fijada, los catorce años.

Debe aludirse también a la capacidad del menor de edad para el tratamiento de datos personales. Ello se debe a que la LOPDPGDD permite que las personas puedan otorgar ciertos «mandatos o instrucciones» sobre la gestión *post mortem* de los datos personales y contenidos digitales (arts. 3 y 96). La doctrina denomina tal escrito como «documento de voluntades digitales»⁸⁷. Los requisitos y condiciones para acreditar su validez y vigencia serán objeto de desarrollo mediante real decreto en el futuro. Si bien, ello no significa que actualmente no sea posible redactar tal documento. Ante ello, cabe preguntarse si puede hacerlo un menor de edad. Por el momento, la legislación guarda silencio. No obstante, si tenemos en cuenta la edad fijada para ostentar capacidad testamentaria activa, así como la establecida para el tratamiento de datos personales (art. 7 LOPDPGDD) –en ambos casos la edad de los catorce años–, permitiéndose que un menor de edad pueda testar e, igualmente, consentir que alguien trate sus datos personales⁸⁸, resulta «indiscutible que puede designar a quien gestione sus datos personales y contenidos digitales *post mortem*, tanto en el testamento como en un documento de voluntades digitales *ad hoc*»⁸⁹. Una interpretación que ostenta un mayor peso si tenemos en cuenta que las «últimas voluntades digitales» se pueden expresar en un testamento. No tendría sentido una opinión contraria.

Dicha capacidad también debería ser la requerida de admitirse la validez de los formularios *online* que permiten a los usuarios de las plataformas digitales (como *Facebook*, *Instagram*, *Google*, etc.) designar un «contacto de legado» o indicar si, en caso de fallecimiento, desea que la cuenta sea desactivada o, bien, preservada como una cuenta conmemorativa. Lo llamativo es que algunas plataformas, como *Facebook*,

⁸⁶ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., cit., p. 58.

⁸⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 164; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., p. 108,

⁸⁸ Cierta doctrina, ante la vulnerabilidad del menor, considera apropiado subir la edad fijada hasta los 16 años, para consentir el tratamiento de datos personales. Vid. SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «¿La protección de datos personales legales es suficiente en menores y personas fallecidas?», en *Cuestiones actuales sobre protección de datos en España y México*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 153.

⁸⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., pp. 114 y ss. En este mismo sentido, se manifiesta: «De todas formas, respecto a los menores de edad, teniendo en cuenta que pueden testar a partir de los 14 años, salvo el testamento ológrafo —mayoría de edad— y que, pueden consentir el tratamiento de sus datos también a partir de dicha edad (art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos), parece que podrán otorgar instrucciones acerca de su patrimonio digital». BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Disposición "mortis causa" de los datos digitales: el llamado "testamento digital"», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2021), Año nº 97, nº 783, p. 576.

no permiten a los menores de dieciocho años asignar un contacto de legado: ¿sería válido el consentimiento emitido por un menor de edad?, ¿dicha cláusula puede ser contraria a la LOPDPGDD?.

Finalmente, hay que señalar que ciertas empresas ofrecen a través de Internet distintos servicios relacionados con las «últimas voluntades digitales» como custodiar una biografía *online* o ciertos mensajes para hacerlos llegar tras el fallecimiento del usuario a las personas indicadas, eliminar cuentas *online* o redes sociales, almacenar información para facilitar la disposición *mortis causa* de «bienes digitales» o, por poner otro ejemplo, gestionar la redacción de un testamento *online* para su posterior validación o redacción ante notario. Se trata de servicios dirigidos a almacenar datos, archivos y contraseñas digitales con fines testamentarios, contratados por el usuario antes de fallecer. Nos encontramos ante un contrato –gratuito u oneroso, según los servicios contratados–, cuyo contenido no tiene que realizarse en su totalidad bajo las formalidades testamentarias. Al contrario, revisten la forma de contrato *inter vivos* y, en consecuencia, habrá que atender no a la capacidad testamentaria del menor de edad, sino a su capacidad contractual. En particular, será necesario delimitar la capacidad del menor de edad conforme a los parámetros del art. 1263 CC, dejando de lado –aunque tomando en consideración– el sistema etario previsto en el Derecho de sucesiones y en materia de protección de datos personales. Se podría plantear la validez de tales contratos suscritos por menores de edad, aunque no se cumpla la edad mínima para el tratamiento de los datos personales. Dicha edad legal no puede delimitar la capacidad contractual del menor, pero si puede ser tenida en cuenta como parámetro de decisión. Cuestión distinta es si la naturaleza jurídica y forma de tales contratos afecta a su eficacia *post mortem*.

En definitiva, los menores podrán manifestar sus «últimas voluntades digitales» a partir de los catorce años en testamento o en documento *ad hoc* extra-testamentario (sin cumplimiento de las formalidades testamentarias). Asimismo, podrían contratar con ciertas empresas servicios relacionados con tales voluntades (o con la «herencia digital» entendida en un sentido amplio), cuya validez dependerá de la existencia de la capacidad contractual necesaria. Lo anterior muestra la relevancia de observar el contenido de las «últimas voluntades digitales», el instrumento seleccionado para su manifestación y, sobre todo, la edad del menor de edad. Tales factores serán decisivos para delimitar su validez.

3.3. Instrumentos

Una vez confirmada la posible capacidad de los menores para emitir sus «últimas voluntades digitales», resulta de interés vislumbrar los instrumentos que tienen a su disposición para planificar su «herencia digital», cuya enumeración se ha efectuado previamente. En particular, se encuentran el testamento, el llamado «documento de últimas voluntades digitales», los formularios web de ciertas plataformas o SPPI y, finalmente, los contratos *online* de servicios relacionados con las voluntades digitales *post mortem*. Corresponde examinar cada uno de forma separada, su objeto y posibles particularidades.

3.3.1. El testamento

El testamento es un acto personalísimo, por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (arts. 667 y 670 CC), aunque nada impide que tenga contenido extrapatrimonial⁹⁰. Si nos centramos en la disposición de la «herencia digital» por el menor de edad, el instrumento idóneo sería el testamento notarial abierto, atendiendo al poco uso del testamento cerrado, la dificultad de efectuar un testamento abierto sin intervención notarial (por peligro de muerte, epidemia, etc.) y la imposibilidad de otorgar testamento ológrafo⁹¹.

Su utilización presenta múltiples ventajas. En primer lugar, es el único instrumento que permite efectuar una gestión y/o disposición de la «herencia digital» en un sentido amplio (personal y patrimonial), con declaraciones típicas y atípicas. De modo que se pueden designar las personas encargadas de la gestión y defensa de los datos personales o de la personalidad pretérita del difunto, así como la disposición *mortis causa* de todos los «bienes digitales» que sean heredables. Por tanto, destaca sumamente la flexibilidad de su contenido. En segundo lugar, su empleo garantiza la

⁹⁰ Así lo afirma cierta doctrina, como se muestra en el pie de página nº 73. Se señala: «En cuanto al testamento notarial tal y como éste se diseña en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico ha de defenderse su plena idoneidad no sólo para disponer del patrimonio digital (obvio, pues formará parte de la herencia), sino también de la gestión de la personalidad pretérita del difunto, incluidos sus datos personales, sus contenidos digitales y sus cuentas o perfiles en diversos servicios digitales». CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿Vida (digital) eterna o muerte digna en la nube?: La protección de datos y contenidos digitales de las personas fallecidas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2020), nº. 88-89, p. 61.

⁹¹ Esta imposibilidad ha sido criticada por cierta doctrina, al no respetar los postulados de la autonomía y capacidad progresiva del menor de edad. Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, «Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), Año nº 95, nº 772, p. 959.

posibilidad de comprobar la identidad y capacidad del otorgante. El Notario debe dar fe de conocer al testador –identificándolo de forma correcta– y, además, debe asegurar que dispone de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento (arts. 696 CC). De manera que deberá comprobar la edad del menor antes de otorgar testamento sobre su «herencia digital». En tercer lugar, la intervención del Notario –que redactará el instrumento público conforme a la voluntad del otorgante– ofrecería al menor una información y asesoramiento del valor y alcance del contenido de su testamento (art. 147 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado). Si bien, dadas las complejidades de la «herencia digital», sería deseable una mayor formación del colectivo notarial⁹². Finalmente, constituye el único medio legal para designar albaceas o herederos, con eficacia frente a terceros.

En síntesis, si el testador perfila un testamento centrado única y exclusivamente en la «herencia digital», nos encontraríamos, como manifiesta OTERO CRESPO, ante un «testamento con disposiciones relativas a voluntades digitales»⁹³ (término más adecuado en comparación con el llamado «testamento digital»⁹⁴, que puede asociarse con un testamento realizado en formato electrónico):

Atendiendo a su contenido, nos encontraríamos ante una modalidad de testamento centrada en la voluntad exclusiva de una persona sobre su presencia y patrimonio digital en Internet tras su fallecimiento, que debería contener, entre otros puntos, una relación de las posesiones digitales, claves y contraseñas de acceso, designación de personas autorizadas para la gestión y/o disposición de la identidad y el patrimonio virtual, instrucciones sobre su voluntad digital (respecto a perfiles sociales, cuentas online...), etc⁹⁵. No obstante, la forma testamentaria permitiría abordar de forma conjunta la «herencia analógica» y «digital».

⁹² Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 414.

⁹³ OTERO CRESPO, Marta, «El derecho de sucesiones en clave digital...», cit., p. 371.

⁹⁴ Hay que señalar que en Cataluña se publicó 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 –en adelante, LVD–, que prevé la posibilidad de disponer de las voluntades digitales en «testamento, codicilo o memorias testamentarias» (art. 411-10, 3, a) CCCat). Se precisa que el «El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona» (art. 421-2 CCCat).

⁹⁵ Vid. SOLÉ RESINA, Judith, «Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital», en *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.824.161].

A pesar de sus múltiples garantías⁹⁶, la forma testamentaria puede comportar ciertos problemas, de especial consideración. Para comenzar, actualmente el testamento no puede confeccionarse en formato digital o electrónico, salvo excepciones puntuales⁹⁷. Si bien, seguramente el Derecho avanzará en el futuro hacia la fijación de fórmulas que permitan la confección de un verdadero «testamento digital». Lo anterior generaría un mayor interés para los jóvenes, dada la excepcionalidad de que acudan a un Notaria para otorgar testamento cualquiera que sea su contenido. Por otro lado, se encuentra el acceso genérico a las claves y contraseñas del menor de edad, si se disponen dentro del testamento, lo que podía provocar su uso sin control por distintos herederos, legatarios u otros sucesores, al tener derecho a una copia del testamento (art. 226 RN) (borrado de bienes digitales, afectación de derechos del menor –como la intimidad–, etc.). Ante tal problemática, la doctrina recomienda la redacción de una «cláusula» en el testamento que prohíba la obtención de las claves y contraseñas, salvo para la persona que haya sido designada de forma expresa por el testador⁹⁸. Otra opción sería su inserción en un documento de carácter complementario (o un depósito notarial), con acceso cerrado y limitado atendiendo a la voluntad del testador⁹⁹. Por otra parte,

⁹⁶ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 158.

⁹⁷ Bien distinto es que la voluntad del testador se pueda manifestar de forma oral, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario (art. 695 CC) y, posteriormente fijar su voluntad en el testamento. Así, respecto a la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral, se permite que el testador consigne su voluntad «en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero» (art. 65.1 de la Ley del Notariado). De hecho, se indica lo siguiente: «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 duradero» (art. 65.1 de la Ley del Notariado). Este supuesto está pensando para casos en los que no es posible hacer testamento con intervención notarial, conforme se dispone en el Código Civil. De manera que, como se indica: «En la actualidad, aun cuando el testamento abierto pueda escribirse en un procesador de textos y archivarse electrónicamente, sólo es válido como documento de últimas voluntades cuando recibe, impreso en papel, la firma y sello del notario autorizante, debiendo encontrarse ante éste, físicamente presente, el propio testador; aun siendo testamento cerrado, también es necesaria la comparecencia física del testador ante el notario (art. 707 CC), y habrá de constar igualmente en papel, aunque haya sido escrito a ordenador e impreso posteriormente, debiendo tener la firma manuscrita del testador en todas sus páginas». APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., p. 185.

⁹⁸ GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», en *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro, España, 2016, p. 42.

⁹⁹ Vid. Sobre las distintas soluciones: CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 415; SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 426; MORENO MARÍN, María Dolores, cit., p. 341; ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina», cit., p. 37; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Disposición "mortis causa" de los datos digitales: el llamado "testamento digital"», cit., p. 578; GARCÍA HERRERA, Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», cit., [LA LEY 9284/2017]; etc. En efecto, este problema también podría superarse mediante el uso de codicilos o memorias

puede darse la circunstancia de que el menor de edad haya otorgado testamento y, al mismo tiempo, un «documento de voluntades digitales» –o su voluntad respecto a la gestión de datos personales y disposición de contenidos digitales se haya especificado en un formulario web–, conforme a lo dispuesto en la LOPDPGDD. Ante tal circunstancia, y el silencio de la normativa, se desconoce la voluntad que debe prevalecer, si la testamentaria o el documento de fecha más reciente. Por último, habría que dilucidar qué sucedería si el testamento es objeto de revocación e impugnación, respecto al contenido personal que no requiere forma testamentaria¹⁰⁰: ¿El contenido como unidad no sería válido o se podría conservar la eficacia de las disposiciones de carácter extrapatrimonial –como la referida a la gestión de datos personales de personas fallecidas–? Surgen, pues, distintos interrogantes.

Con todo lo anterior, y como exponen ORDELIN FONT y ORO BOFF, la confección de un testamento notarial con voluntades digitales requiere tanto el conocimiento del notario sobre la voluntad del testador y las normas del Derecho sucesorio, como la habilidad de poder encausar esta «voluntad digital» para que sea efectiva conforme las exigencias de la tecnología. Dicha destreza será necesaria «para garantizar la validez de la voluntad y su posterior ejecución *post mortem*»¹⁰¹, sobre todo, si el testador es un menor de edad (dada su mayor protección y vulnerabilidad, así como necesidad de asesoramiento, etc.).

Con todo, sin perjuicio de las anteriores consideraciones, un menor de edad, con capacidad testamentaria, podrá acudir a un Notario con la finalidad de otorgar un «testamento con disposiciones relativas a voluntades digitales» (de carácter patrimonial y extrapatrimonial), que generalmente adoptará la forma de testamento abierto. Si bien, el Notario deberá actuar con la diligencia debida para asegurar, ante

testamentarias, como las que se prevén en el Derecho foral, pero no en el Derecho común. Las memorias pueden ser modificadas con mayor facilidad –incluso se podrían transmitir con firma electrónica–, adaptándose a los cambios de la realidad digital (por ejemplo, es común el cambio constante de contraseñas por los usuarios). Vid. OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., pp. 107 y ss.

¹⁰⁰ Dicha cuestión se plantea por cierta doctrina: «Admitida esta posibilidad es necesario determinar si estas disposiciones son parte del contenido material del testamento o, este es solo un vehículo formal para realizar estas. Dicha disquisición no es una cuestión baladí, si se toma en cuenta que, en dependencia de la posición que se adopte, así será el régimen jurídico aplicable. El primer supuesto implica que estas disposiciones correrán la misma suerte que las relacionadas con la figura del testamento, en especial la revocación, capacidad del testador, vicios del consentimiento, entre otras; mientras que, en el segundo caso, estarían determinadas por el régimen jurídico de este tipo de acto jurídico». ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho* (2020), vol. 33, nº 1, p. 125.

¹⁰¹ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina», cit., pp. 37 y 38.

los interrogantes que presenta la «herencia digital», la correcta gestión y/o transmisión *mortis causa* de su identidad y patrimonio digitales. Es cierto que actualmente resultan escasas las disposiciones testamentarias con tal contenido, menos aún por menores de edad. Aun así, la realidad social, la educación digital y la evolución tecnológica podrían provocar un auge futuro de esta modalidad de testamento¹⁰².

3.3.1.1. Sustitución pupilar y «herencia digital»

Lo anterior implica que los menores de catorce años no tienen capacidad para testar, pero ¿pueden los progenitores otorgar un testamento en nombre del menor de edad sin capacidad testamentaria? Repárese que puede haber menores con tales edades (*influencer, youtuber* o menor artista, de forma ejemplificativa) que dispongan de patrimonio digital. En principio, en caso de fallecimiento, al no haber testamento, se aplicarían las reglas de la sucesión intestada. Si bien, existe una excepción que nos permite responder de forma afirmativa la cuestión planteada: la llamada «sustitución pupilar».

La sustitución pupilar se encuentra regulada en el art. 775 CC¹⁰³. Permite que los padres (matrimoniales o no) y los ascendientes (que actúan como sustituyentes) puedan nombrar sustitutos para sus hijos menores de catorce años (sustituídos) en el caso de que mueran antes de dicha edad, con la finalidad de evitar la sucesión intestada, puesto que no podrían otorgar testamento¹⁰⁴. La sustitución dejaría de tener efecto si el menor sustituido alcanza los catorce años. De esta forma, la sustitución pupilar vendría a suplir la falta de capacidad testamentaria del menor de catorce años. Su fundamento es proteger el interés del menor y procurar que sus bienes tengan un destino, pero comporta una auténtica excepción al carácter personalísimo del testamento. No obstante, ha existido cierta controversia en cuanto al objeto de la

¹⁰² Algunas empresas, como *Testamenta*, ofrecen la posibilidad de confeccionar un «testamento notarial online». En realidad, permiten al cliente confeccionar sus últimas voluntades digitales, pero posteriormente debe acudir a un Notario y firmar el documento. La empresa mencionada ofrece sus servicios a mayores de dieciocho años, excluyendo a menores mayores de catorce años: «Recuerda que debes cumplir con los siguientes requisitos: Ser mayor de edad (18 años) y tener la capacidad legal suficiente para acceder y utilizar los diferentes servicios de Testamenta» (condiciones generales de la contratación, disponibles en: <https://www.testamenta.es/condiciones-generales-de-contratacion/> [Fecha de consulta: 31 de junio de 2022]).

¹⁰³ «Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad».

¹⁰⁴ Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, cit., [recurso electrónico]; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual; CARRASCO PERERA, Ángel, cit., [recurso electrónico]; MORETÓN SANZ, María Fernanda, «La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados», *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (2015), nº. 8, pp. 84-103.

sustitución pupilar, respecto a si abarca solamente los bienes del sustituyente (es decir, los transmitidos por los progenitores o ascendientes) –tesis restrictiva– o, en su caso, todos los bienes, incluidos los del menor de edad –tesis amplia–¹⁰⁵. La primera se justifica en el carácter personalísimo del testamento y en la posibilidad de que un progenitor pueda privar al otro de una parte de la herencia; y la segunda en la necesidad de evitar la sucesión intestada (pudiendo usarse en caso contrario la sustitución fideicomisaria). Al principio, la jurisprudencia se inclinaba por la tesis restrictiva¹⁰⁶, pero con el tiempo se ha acogido la tesis amplia, destacando la STS de 14 de abril de 2011:

«La sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido -hijo menor o incapaz- y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria»¹⁰⁷.

Expuesto lo anterior, y a pesar de las controversias doctrinales y judiciales, puede manifestarse que la sustitución pupilar podría tener como objeto perfectamente el «patrimonio digital» de un menor con edad inferior a los catorce años. Pongamos por caso que un menor *youtuber* de doce años padece una enfermedad terminal. Sus progenitores podrían acudir a dicha institución para testar en nombre del menor de edad. El problema aparecería si uno de los progenitores confecciona el testamento con la finalidad de evitar que el otro pueda heredar una parte del patrimonio del menor (respetando su derecho a la legítima, conforme a los arts. 777 y 809 CC). Piénsese que de no haber testamento ambos progenitores serían herederos únicos del caudal relicto. Incluso, podría ocurrir que ambos progenitores, de forma separada, hagan uso de la sustitución pupilar. Se observa una gran problemática práctica en cuanto a la sustitución pupilar cuando los ascendientes del sustituido fueran del mismo grado (los progenitores), respecto de la cual el Código Civil no dispone solución alguna. Cierta doctrina considera que la herencia debería prorratearse a partes iguales entre los diferentes sustitutos¹⁰⁸ o, incluso, dar validez al último testamento que se haya realizado. El debate está servido, debiendo estar atentos a dicha problemática si llega a sede judicial.

¹⁰⁵ Véase PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, «Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?», *Actualidad Civil* (2003), nº 38, [LA LEY 1600/2003].

¹⁰⁶ Véanse la STS de 20 de marzo de 1967 y la RDGRN de 6 de febrero de 2003.

¹⁰⁷ Véanse también la STS de 7 de noviembre de 2008 y la RDGRN de 10 de mayo de 2018.

¹⁰⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 107.

Si dicha institución ya genera controversia, esta se acrecienta si reflexionamos sobre la posibilidad de que la sustitución pupilar en el ámbito digital pueda abarcar también contenido extrapatrimonial (gestión de datos personales, defensa de la «identidad digital»). Como indica ALABART DÍAZ, la sustitución pupilar se aplica a disposiciones de carácter patrimonial. Por tal razón, y a pesar de los interrogantes que plantearían ciertos asuntos, en cuanto a la herencia digital, considera conveniente excluir bienes de carácter personalísimo, puesto que en ausencia de testamento existen personas legitimadas *ex lege* para la gestión y defensa de la personalidad pretérita y datos personales del menor de edad:

«No se ve razón suficiente para considerar ineficaces esas disposiciones, aunque, como regla general, cuando se trate de bienes de carácter personalísimo solo puede disponer de ellos el propio causante. Al igual que no se va a poder nombrar en esos testamentos un defensor *post mortem* de sus derechos morales de autor, o de su derecho al honor, intimidad y propia imagen, por la misma razón tampoco parece que se pueda designar una persona para que se ocupe de los datos personales y contenidos digitales del menor de 14 años [...]»¹⁰⁹.

Acogiendo dicha tesis, la sustitución pupilar solamente podría abarcar la vertiente patrimonial de la «herencia digital» del menor de catorce años, excluyéndose la vertiente extrapatrimonial por presentar un carácter personalísimo. Ahora bien, cabe reflexionar sobre su conveniente admisión tomando en consideración la voluntad y deseos del menor de edad, de ostentar una madurez suficiente. Al igual que un menor de catorce años puede aceptar el tratamiento de sus datos personales con SPPI, cuando conste el consentimiento de sus progenitores (art. 7.2 LOPDPGDD¹¹⁰), no resulta coherente –conforme a la autonomía y capacidad progresiva del menor– que, en caso de sustitución pupilar, ciertas disposiciones personales (como la asignación de un gestor de datos personales *post mortem*) puedan ser admitidas si coexiste la voluntad del menor. Pongamos por caso que nos encontramos ante un menor de menos de catorce años, bajo la custodia y guarda de la madre, sin trato con el padre, que desea que conste esa voluntad si la progenitora acude a la sustitución pupilar, ante la posibilidad de que el niño pueda fallecer ante el padecimiento de una enfermedad grave.

¹⁰⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 161.

¹¹⁰ «El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

3.3.2. El documento de últimas voluntades digitales

El RGPD decidió no regular los aspectos concernientes a los datos personales de las personas fallecidas (considerando nº 27). A pesar de ello, ciertos Estados, como el español, decidieron regular tal materia¹¹¹. En nuestro caso, debemos acudir a los arts. 3 y 96 LOPDPGDD.

En ambos preceptos se señala que las personas tienen derecho a confeccionar una serie de «mandatos o instrucciones» para delimitar la gestión *post mortem* de sus datos personales y contenidos digitales. De hecho, el art. 96 LOPDPGDD hace referencia al «derecho a un testamento digital». Dado su tenor literal, una de las cuestiones que se ha planteado la doctrina se ha centrado en la «forma» de tales mandatos e instrucciones. Realmente aunque se use el término «testamento», la intención del legislador parece ser la creación de un documento *ad hoc* o mecanismo específico sin formalidades testamentarias para manifestar las últimas voluntades digitales –de ahí que el término coloquial induzca a error–. Es decir, el propósito no es utilizar el término «testamento» en su sentido tradicional o técnico jurídico¹¹², sino más bien como una forma de publicidad facilitadora del Derecho. La creación de tal documento específico cobra peso al observar que sus requisitos de validez y vigencia van a ser objeto de regulación específica por un real decreto y ante la pretensión de crear un Registro público para su acceso –aspectos que no serían necesarios de abordar de tratarse de un testamento *stricto sensu*– (han pasado cerca de cinco años sin dicha regulación).

Por las razones expuestas, cierta doctrina prefiere denominarlo «documento de últimas voluntades digitales»¹¹³ y, por el momento, parece regirse por el principio de

¹¹¹ «Destaca la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido» (preámbulo de la LOPDPGDD).

¹¹² Como ocurre con el llamado «testamento vital», sobre las voluntades anticipadas en el ámbito de la salud.

¹¹³ La LVD tuvo el propósito de introducir dicho documento en Cataluña, con ciertas particularidades, en relación con la LOPDPGDD. El art. 411-10 CCCat, que regula las «Voluntades digitales en caso de muerte», establecía la posibilidad de manifestarlas en un documento *ad hoc*. Si bien, el apartado 3. b) fue declarado inconstitucional debido a que recogía un Registro electrónico de voluntades digitales, que, según el Tribunal Constitucional, no constituía un registro administrativo, sino un registro público de derecho privado, que otorgaba validez y eficacia a los documentos de últimas voluntades digitales objeto de inscripción registral –cuando ello constituye competencia exclusiva del Estado–. Véase STC 17 enero 2019 [Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017]. Aunque la respuesta del TC fue objeto de discusión doctrinal, es alabable la práctica legislativa en Cataluña, si tenemos en cuenta que a nivel nacional

autonomía de la voluntad, admitiéndose su confección en documento privado o público –incluso con forma electrónica– (aunque algunos aconsejan el documento notarial¹¹⁴). Si bien, exigir este último desincentivaría su uso por los gastos notariales y lo haría menos atractivo para el público juvenil¹¹⁵.

Si un menor de edad decide utilizar este instrumento para manifestar sus últimas voluntades digitales, debe tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, que necesita, en principio, tener una edad igual o superior a los catorce años, aunque la norma guarde silencio sobre dicha cuestión. No obstante, resulta coherente aplicar dicho parámetro atendiendo a la edad legal para testar y para consentir los datos personales. Dudo que el legislador establezca una edad inferior o superior, aunque a lo mejor nos sorprende y atiende al principio de capacidad y autonomía progresiva del menor, sin usar un sistema etario (es decir, acude a la figura del «menor maduro»). Con base a lo anterior, si el menor tiene una edad inferior a los catorce años, no podría confeccionar el «documento ad hoc». No obstante, podríamos plantearnos si tales menores podrían desarrollar dicho documento con el consentimiento y asistencia de sus progenitores y tutores. Repárese que ya se prevé que el tratamiento de datos personales resulta lícito con el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela (art. 7.2 LOPDPGDD). Por tanto, como señala APARICIO VAQUERO, puede interpretarse que por debajo de dicha edad los padres o tutores podrían¹¹⁶ –y, a lo mejor, deberían– participar para concretar el contenido y alcance de tales instrucciones, salvo que acudamos a la figura del «menor maduro» y lo consideremos como un acto para el ejercicio de los derechos de la personalidad. Ante las posibles dudas, los requisitos de

llevamos años esperando el desarrollo de la LOPDPGDD, que regule de una vez los requisitos de validez y vigencia de dicho documento *ad hoc*. Por el momento, en Cataluña las voluntades digitales solo podrán expresarse en disposiciones de última voluntad. Sobre este asunto, véase FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, «Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad», *Diario La Ley* (2017), nº 8, [LA LEY 8906/2017], OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., pp. 125 y ss.; a SOLÉ RESINA, Judith, «Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital», cit., [TOL7.824.161]; etc.

¹¹⁴ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., p. 276.

¹¹⁵ Sobre la forma del documento de últimas voluntades digitales, véanse: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho privado y Constitución* (2019), nº 35, p. 186; PÉREZ LÓPEZ, Xesús, «El "testamento digital" según la LOPDGDD», en *Aspectos jurídicos de la ciberseguridad*, RA-MA, Paracuellos de Jarama, 2020, pp. 250 y ss.; RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «El acceso a los datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites», *MÉI: Métodos de Información* (2020), vol. 11, nº. 20, pp. 77 y ss.; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., pp. 273 y ss.; NAVAS NAVARRO, Susana, cit., pp. 84 y ss.; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., pp. 107 y ss.; DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 20; RECHE TELLO, Nuria, «Derecho al testamento digital», *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 401-404, etc.

¹¹⁶ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., pp. 201 y 202.

capacidad del otorgante (edad, madurez, etc.) deberían fijarse en el futuro real decreto.

En segundo lugar, de acudir a dicho documento, deberá tener un contenido específico, no pudiendo abarcar todos los aspectos personales y patrimoniales de la «herencia digital», como ocurre en caso de utilizar la forma testamentaria. En particular, con base al ámbito objetivo de aplicación de los arts. 3 y 96 LOPDGGD, podrá: a) designar a ciertas personas o instituciones para acceder, rectificar o suprimir sus datos personales; b) designar a ciertas personas o instituciones para «acceder» a los contenidos digitales¹¹⁷; c) prohibir que ciertas personas accedan a sus datos personales y contenidos digitales; y, finalmente, d) expresar su voluntad sobre el mantenimiento o conservación *post mortem* de perfiles en redes sociales o servicios equivalentes¹¹⁸. Tales instrucciones podrán ser más o menos amplias según la voluntad y últimos deseos del menor, teniendo validez siempre que se respete la legalidad vigente, principalmente las disposiciones en materia de Derecho de sucesiones, cuya aplicación podría entrar en conflicto con tales instrucciones. Piénsese que los «contenidos digitales» pueden tener valor económico. Por tal razón, la LOPDGGD recuerda que tales disposiciones no pueden afectar al caudal relicto de los herederos.

Finalmente, al no preverse forma concreta (privada, pública, electrónica, etc.), nada impediría que dicho documento se realice de forma manuscrita –un «documento ológrafo» de últimas voluntades digitales–, siempre que la voluntad sea clara y expresa,

¹¹⁷ «Entre estas posesiones digitales, según el citado artículo, hace referencia sólo a la parte correspondiente a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información. No obstante, carecería de sentido dejar fuera al resto de contenidos digitales ajenos a dichos prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que entendemos que pueden o deben entenderse englobados también en dicho artículo todo lo que se pueda almacenar de forma digital». LA MONEDA DÍAZ, Francisco, «Análisis y crítica “de lege ferenda” a la regulación del Testamento Digital del art. 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista Aranzadi Doctrinal* (2021), nº 11, [BIB 2021\5372].

¹¹⁸ Respeto al contenido de las «voluntades digitales» en el Derecho foral catalán, el art. 411-10, apartado segundo, CCCat señala lo siguiente: «El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: 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». Dicha norma parte del respeto a las cláusulas contractuales (véase SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 434 y ss.), pero no olvidemos que podrían ser contrarias a la ley o abusivas.

la persona que lo suscribe sea identificable¹¹⁹ y su contenido verse sobre lo dispuesto en los arts. 3 y 96 LOPDPGDD. La falta de regulación sobre los requisitos permitiría tal situación, llamando la atención que el menor de edad no pueda, en cambio, realizar un testamento ológrafo sobre dicha cuestión.

Como se observa, actualmente nada impediría que un menor de edad pueda suscribir un «documento de últimas voluntades digitales». De usar dicho instrumento pueden aparecer ciertos problemas. Entre otros, cabe destacar la imposibilidad de verificar la edad o madurez del menor, si confecciona dicho documento de forma privada y manuscrita... (no es habitual que dispongan de firma electrónica). Por lo tanto, su validez se podría poner en entredicho. Siendo así, sería aconsejable que se realizara en documento notarial (hasta que se cree un Registro específico). De hacerlo en documento privado también aparece el problema de su conocimiento y acceso por las personas o instituciones designadas. Lo aconsejable es que se entregue para su custodia a una persona de confianza. Otro problema aparecería si tras el fallecimiento del menor concurre un testamento notarial y, al mismo tiempo, un documento *ad hoc* de últimas voluntades, ambos con instrucciones sobre lo recogido en los arts. 3 y 96 LOPDPGDD, surgiendo dudas sobre el instrumento que debe prevalecer (la forma testamentaria, el documento de fecha más reciente, etc.), cuestión sobre la que no existe norma de solución. Como señala COBAS COBIELLA, el propósito del legislador con dicha regulación ha sido crear una forma específica para la gestión de la «memoria pretérita virtual» –aunque también incluye el acceso al «patrimonial digital»–, pero observa que lo hace alejándose de los principios generales de la sucesión *mortis causa* y de las disposiciones del Código Civil, ante la falta de solemnidades y la ausencia de cierta seguridad jurídica¹²⁰.

Ante toda esta marabunta de posibles problemáticas, el instrumento más idóneo actualmente sería el testamento notarial abierto, hasta que se regulen las condiciones de validez de dicho documento, así como la creación de un Registro público para su acceso y custodia. A partir de dicho momento el «documento de últimas voluntades digitales» gozará de una mayor seguridad y utilización, si la hubiera, para los menores de edad.

¹¹⁹ Lo adecuado sería que contenga «sus datos personales tales como nombre y respectivos apellidos, domicilio, D.N.I. y cualquier otro elemento o circunstancia que sirva para su correcta identificación personal». LA MONEDA DÍAZ, Francisco, cit., [BIB 2021\5372].

¹²⁰ COBAS COBIELLA, María Elena, «Testamento digital: Mito o realidad», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 229.

3.3.3. Los contratos con prestadores de servicios de la sociedad de la información y los formularios *online* para la gestión *post mortem* de bienes digitales

En los últimos años, algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información ofrecen a sus usuarios la posibilidad de acceder a un formulario *online* destinado a recoger sus voluntades respecto al mantenimiento o eliminación de sus perfiles sociales o cuentas e, incluso, en cuanto a la cesión de ciertos activos digitales (documentos, imágenes, etc.). De manera que, una vez contratado el servicio web entre el usuario adherente y la empresa, aquel tendría tal opción a su disposición. Si apelamos a ciertos ejemplos, interesa observar el funcionamiento de dos plataformas digitales: *Facebook* y *Google*¹²¹.

Respecto a la plataforma *Facebook*, en el centro de ayuda, concretamente en el apartado «configuración de la cuenta»¹²², se informa al usuario de distintas opciones respecto a su cuenta social en caso de fallecimiento. Por una parte, puede designar lo que denomina un «contacto de legado» –persona que se encargaría de su cuenta conmemorativa¹²³ o de decidir que la cuenta se elimine de *Facebook* de forma permanente– y, por otra, comunicar que la cuenta se elimine de forma permanente tras su fallecimiento¹²⁴ (de no escoger tal opción, la cuenta se convertiría en conmemorativa). De seleccionar la primera opción, podrá efectuar la designación en la sección «configuración y privacidad» de *Facebook* –concretamente en configuración de cuentas conmemorativas–. Es suficiente añadir a la persona con un simple «click» y pinchar «guardar» –la persona designada será notificada de su condición–. De hecho, nada impide cambiar y eliminar un contacto de legado cuantas veces se desee. El contacto de legado puede, según las condiciones de *Facebook*, ostentar las siguientes facultades: a) fijar una publicación para tu perfil (por ejemplo, para compartir un último

¹²¹ Sobre otras cuentas, puede verse: GONZÁLEZ MENDOZA, Diana Paola, cit., pp. 9 y ss.

¹²² Disponible en <https://es-es.facebook.com/help/memorialized?rdrhc> [Consulta: 31 de junio de 2022].

¹²³ Las cuentas conmemorativas de *Facebook* tienen las siguientes características: a) proporcionan un lugar para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que haya fallecido; b) los amigos pueden compartir recuerdos en la biografía conmemorativa; c) el contenido que haya compartido esa persona (por ejemplo, fotos o publicaciones) permanece en *Facebook* y está visible en la plataforma para la audiencia con la que se compartió; d) los perfiles conmemorativos no aparecen en espacios públicos como las sugerencias de «Personas que quizá conozcas», los recordatorios de cumpleaños o los anuncios; e) nadie puede iniciar sesión en una cuenta conmemorativa; f) las cuentas conmemorativas que no tengan un contacto de legado no se pueden cambiar; g) aparecerá la palabra «En memoria» junto al nombre de la persona en su perfil; etc. Disponible en https://es-es.facebook.com/help/103897939701143?helpref=faq_content [Consulta: 31 de junio de 2022].

¹²⁴ «Esto implica que, si alguien nos indica que has fallecido, todos tus mensajes, fotos, publicaciones, comentarios, reacciones e información se eliminarán de Facebook de forma inmediata y permanente». Disponible en https://es-es.facebook.com/help/103897939701143?helpref=faq_content [Consulta: 31 de junio de 2022].

mensaje en tu nombre o proporcionar información sobre el funeral); b) actualizar la foto del perfil y de portada; c) solicitar la eliminación de la cuenta; y, por último, d) descargar una copia de lo que la persona fallecida ha compartido en *Facebook*, si tal función estaba activada¹²⁵. *Facebook* quiere ampliar las facultades en un futuro.

En consecuencia, no solamente se permite gestionar la cuenta (eliminación o conservación), sino también que la persona designada pueda acceder a contenidos digitales de carácter personal (imágenes, videos, etc.). Por el contrario, no podrá iniciar sesión en la cuenta, leer los mensajes, eliminar amigos o aceptar nuevas solicitudes de amistad.

En cuanto a *Google*, dispone de un sistema similar. Dentro del perfil, en el apartado «gestionar tu cuenta de *Google*», debemos seleccionar «datos y privacidad». Una vez dentro de la sección, en «más opciones» encontraremos una pestaña que pone «crea un plan para tu legado digital». Si observamos, *Google* hace referencia a un «legado digital», un apartado que permite a los usuarios, por un lado, designar lo que denomina un «contacto de confianza» y, por otro, seleccionar los archivos y carpetas que una persona desea facilitar tras su fallecimiento. Respecto al «contacto de confianza», la plataforma nos permite seleccionar un plazo de tiempo para considerar inactiva la cuenta *online* (entre 3 y 18 meses), designar como máximo diez personas con dicha condición y, por último, introducir el teléfono y correo electrónico para comunicarles la desactivación de la cuenta (en muchas ocasiones originada por el fallecimiento del usuario). Seleccionadas la persona o personas para notificar tal circunstancia, podemos indicar a quien trasladar la parte de los contenidos que hay en la cuenta *online* (*Drive*, *Blogger*, correo, etc.)¹²⁶. De esta forma, *Google* permite a los usuarios asignar a una persona para que gestione sus datos personales e, igualmente, acceda a los «contenidos digitales» del fallecido. De ahí que se utilice el nombre de «legado digital» dentro de la plataforma.

Estos formularios *online* permiten que una persona pueda expresar su voluntad respecto a los datos y contenidos digitales pertenecientes a una plataforma específica tras su fallecimiento, de forma separada al contrato principal¹²⁷ (por tal razón, también

¹²⁵ Dicha cesión deberá entenderse como una forma de facilitar el acceso para que la persona asignada adopte las decisiones oportunas sobre su utilización, destino o supresión; con respeto a las reglas del Derecho de sucesiones. Es decir, no debería considerarse que el «contacto de legado» constituye un «legatario» en sentido estricto y, en consecuencia, que pueda convertirse en propietario de los «bienes digitales».

¹²⁶ Véase <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es> [Consulta: 31 de junio de 2022].

¹²⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 167.

pueden denominarse «instrucciones particulares», a diferencia de las previstas en la LOPDPGDD). Observando dicha posibilidad, se comprueba cómo tales plataformas ofrecen un medio electrónico para ejercitar unas facultades similares a las previstas en caso de utilizar el «documento de últimas voluntades digitales de la LOPDPGDD» –que podemos calificar como «documento de instrucciones generales». Si bien, existen una serie de particularidades–, que merecen ser destacadas y puestas de manifiesto dada su importancia.

Para comenzar, es cierto que este sistema de «instrucciones particulares» presenta varias ventajas: por un lado, el usuario tiene la posibilidad de establecer unos mandatos específicos en cada plataforma digital, sin necesidad de asignar una persona –o varias– con derecho a acceder y tomar decisiones sobre la totalidad de sus datos y contenidos digitales en la Red; y, por otro, que dispone de un sistema fácil y rápido para la gestión *post mortem* de sus datos y bienes digitales (sin confección de documentos, asistencia notarial, gastos económicos, etc.). Aun así, no todos son beneficios.

Su configuración y aplicación práctica presenta ciertos inconvenientes¹²⁸, algunos de los cuales podría poner en tela de juicio su validez. Primeramente mencionar que no todas las plataformas disponen de dicha opción (como *Dropbox*, *TikTok* y, al parecer, *Instagram*¹²⁹), por lo que de usar tales formularios web de forma exclusiva supondría no poder expresar las últimas voluntades digitales sobre los activos digitales ubicados en otras plataformas –siendo aplicable lo dispuesto en los arts. 3 y 96 LOPDPGDD en defecto de documento de últimas voluntades digitales, y lo relativo a la sucesión *mortis causa* del Código Civil–. En segundo lugar, en ocasiones puede resultar complicado conocer los «contactos de confianza» designados por el usuario fallecido (a pesar de

¹²⁸ Sobre su carácter atractivo para los jóvenes e inconvenientes, se señala: «No cabe duda de que estos formularios online son, especialmente para las generaciones más jóvenes, un medio cercano, rápido y sencillo para organizar post mortem la gestión de sus datos personales y contenidos digitales, pero esas mismas características determinan algunos inconvenientes. Las disposiciones *mortis causa* están normalmente rodeadas de cierta solemnidad. De una parte para garantizar la identidad del sujeto que las otorga, pero también para que este tome conciencia de la trascendencia del acto que va a realizar y pueda reflexionar sobre cuál es su verdadera voluntad al respecto. El que esa decisión se pueda tomar con un simple “click” elimina cualquier cautela al respecto. Esa decisión tan automatizada supone solo un paso más en un proceso que, como casi todos los que se llevan a cabo en las redes, son muy rápidos, porque todos se encaminan directamente a la consecución del objetivo final de poder utilizar las plataformas». DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 168.

¹²⁹ Aunque dicha plataforma forma parte de *Facebook*, únicamente aparece la opción de eliminar la cuenta o asignar una cuenta conmemorativa, que dependerá de las personas legitimadas para adoptar dicha decisión. Disponible en: https://help.instagram.com/264154560391256?helpref=faq_content [Consulta: 31 de junio de 2022].

que haya un sistema de notificación), cuyo conocimiento podría interesar o ser necesario para tramitar la herencia de la persona fallecida. En tercer lugar, los «contactos de confianza» pueden efectuar movimientos (borrar contenidos, correos, etc.) que afecten seriamente a los derechos de herederos y legatarios. En cuarto lugar, tales formularios parecen permitir el acceso y adquisición de archivos digitales a favor de las personas designadas (pudiendo pensar que son propietarios)¹³⁰. Si consideramos que los usuarios pueden transmitir activos digitales a terceros mediante tal formulario web, dicho instrumento podría ser contrario a las reglas sucesorias, puesto que estaríamos ante un «legado digital», asignado sin usar la forma testamentaria (salvo que se admita tal proceder bajo el paraguas de la LOPDPGDD). Es decir, dicha disposición podría no ser válida. Tan es así que podría convertirse en una forma ilegal de disponer de bienes digitales, con valor económico, sin conocimiento de los herederos. En quinto lugar, hay que señalar que tales instrucciones se realizan mediante un solo «click», sin firma electrónica, pudiendo cuestionarse su validez¹³¹. No obstante, hay que plantearse que la cesión de datos personales se realiza de la misma forma y, en consecuencia, podría admitirse este modo de consentimiento, realizado tras haber utilizado el usuario y la contraseña para acceder a la plataforma digital. Finalmente, y no menos importante, nada se establece si el usuario ha dispuesto también su voluntad –coincidente o no– en un testamento, lo que podría generar discrepancias y conflictos¹³².

¹³⁰ «Observando las políticas de uso de Google —en lo referente a la posibilidad de descargar el contenido de una cuenta inactiva, por causa de muerte, a usuarios autorizados por el fallecido para tal efecto— y a lo establecido en la LOPDPGDD, considero que se puede generar una colisión de derechos, por la situación que enfrentan las personas autorizadas para acceder al contenido digital de la persona fallecida, frente a los derechos personalísimos de las personas vivas, como sería el secreto a las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales». GONZÁLEZ MENDOZA, Diana Paola, cit., p. 21.

¹³¹ Ante su dudosa validez, cierta doctrina considera que el futuro real decreto debería fijar la validez a tales formularios web: «A nuestro parecer, sería conveniente que en el futuro desarrollo reglamentario de dichos preceptos se admitiera que las voluntades digitales fueran inscritas en un registro general, de forma equivalente a las instrucciones generales francesas, o bien ante el propio responsable del tratamiento o prestador de servicios de la sociedad de la información, a modo de instrucciones particulares». MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., p. 195. Para otros, las formalidades de la LOPDPGDD y su norma de desarrollo no deberían afectar a este tipo de formularios web o instrucciones particulares: «¿Cabe entender que, también en el caso de las «instrucciones particulares», dirigidas a un prestador concreto de servicios de la sociedad de la información que gestione una red social, deberán cumplirse determinadas formalidades? Entiendo que no tendría que ser así. Aunque la LOPD no establece ninguna distinción, estos requisitos de forma deben quedar limitados —en mi opinión— a las «instrucciones generales» que el causante haya dejado sobre su herencia digital globalmente considerada». MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., p. 272. En contra, se señala que tales cláusulas atinentes al «contacto de legado» deberían ser nulas por falta de la forma prevista en el Derecho de sucesiones. NAVAS NAVARRO, Susana, cit., p. 83.

¹³² Cierta doctrina da prevalencia a la forma testamentaria, a pesar de la buena voluntad de las empresas: «Pese a que podemos valorar positivamente la preocupación de estas empresas por

Lo anterior puede plantear distintas problemáticas, de carácter general, relacionadas con el respeto a las reglas de la sucesión *mortis causa*, así como la validez y seguridad jurídica de tales instrucciones. Problemas que se acrecientan ante su uso por un menor de edad.

Actualmente los menores de edad con edad igual o superior a catorce años pueden abrirse perfectamente un perfil social de *Facebook* o una cuenta *online* de *Google*. De hecho, suelen hacerlo antes, con o sin el consentimiento presente o futuro de sus progenitores. Siendo así, puede ocurrir que un menor, observando las opciones de *Facebook*, *Google* u otras plataformas, por alguna circunstancia personal (enfermedad, ideas de suicidio, previsión, etc.), decida hacer uso de dichos formularios *online* con la finalidad de planificar la gestión *post mortem* de sus activos digitales (correos, diario digital, blog, videos, imágenes, notas de última voluntad para familiares o seres queridos, etc.). De ocurrir tal situación, si el menor fallece antes de alcanzar la mayoría de edad, ¿tales instrucciones serían válidas?

Todavía no se ha publicado el real decreto que desarrolla los requisitos y la validez del documento de últimas voluntades digitales. La forma de otorgar las instrucciones podría arrojar cierta inseguridad respecto a la identidad del menor (sin firma, únicamente con uso de usuario y contraseña). No obstante, de admitirse su validez, otro problema estribaría en la edad que precisa el menor para emitir tales instrucciones particulares. En principio, como vimos *at supra*, se tomaría como parámetro la edad de los catorce años, pero llama la atención que *Facebook*, de forma expresa, indique: «debes ser mayor de edad para seleccionar un contacto de legado»¹³³ –una nota que viene en la sección de ayuda, no en las condiciones generales de contratación del servicio–. Dicha prohibición podría ser contraria a la legalidad vigente –que permite a los menores de dicha edad testar y otorgar «documento de últimas voluntades digitales» (puesto que podrían catalogarse como «instrucciones particulares»–, aunque *Facebook* puede reservarse el derecho a ofrecer dicho servicio únicamente a personas mayores de edad. Aun así, por la falta de control o verificación de la edad, podría suceder que un menor desarrolle tales instrucciones en *Facebook* –a pesar de dicha prohibición–, siendo necesario dirimir la validez, anulabilidad o nulidad

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». OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., p. 111.

¹³³ Véase en <https://es-es.facebook.com/help/1568013990080948> [Consulta: 31 de junio de 2022].

del contrato suscrito por el joven¹³⁴. *Google*, por su parte, no fija un límite de edad, pero se supone que podría hacerlo a partir de los catorce años (edad mínima para disponer de su cuenta *online*).

Además, podría suceder que el menor designe como «contacto de legado o confianza» a otro menor de edad. De ser así, la minoría de edad le impediría, en principio, desarrollar dicha labor de gestión de datos y contenidos digitales (si aplicamos por analogía lo previsto en el art. 893 CC para el albacea, que exige capacidad para obligarse). Bien distinto, es que se considere que el menor asignado es un «legatario» de los «bienes digitales» (imágenes, videos, etc.). En tal caso, dicha voluntad no sería eficaz, al no disponerse en testamento (la asignación atentaría contra las reglas de Derecho sucesorio, salvo que tales «instrucciones particulares» tengan cabida bajo el paraguas del art. 96 de la LOPDPGDD). Lo conveniente hubiera sido introducirlo en la sucesión *mortis causa*, correspondiendo la aceptación del legado al padre o padres titulares de la patria potestad. Pero claro, al notificarse al «contacto de legado» directamente la circunstancia de fallecimiento, el menor o cualquier persona asignada, podría acceder directamente a tales bienes (sin control notarial o judicial). Aquí se presenta, pues, una cuestión decisiva: ¿el contacto de legado –o confianza– solamente decide el destino/utilización de los archivos digitales o tales plataformas los consideran «legatarios» de tales bienes?¹³⁵.

A pesar de los inconvenientes descritos, y como «lanza a su favor», señalar que este tipo de formulario sería acorde con la realidad social y más factible, por sus ventajas, ante su previsible uso por el público joven –siempre que el consentimiento sea expreso, distinto a la aceptación de las condiciones o términos de uso, y respete las formalidades legales–:

¹³⁴ De admitirse la validez formal de tales instrucciones, considero que conforme al principio de autonomía y capacidad progresiva, así como los parámetros de edad fijados para testar y tratar los datos personales, un menor de edad tendría capacidad suficiente para gestionar sus datos y contenidos digitales mediante el uso de tales formularios web. De hecho, en virtud de la LOPHII, puede designar por testamento las personas legitimadas para la defensa de su personalidad pretérita. No sería coherente negarle tal capacidad, salvo que se considere oportuno el control notarial y su confección obligatoria por testamento. Si bien, ello no parece inferirse en caso de suscribir el documento de últimas voluntades digitales de la LOPDPGDD. Se trata, en definitiva, de apostar por la forma (como garantía de seguridad) o ampliar los medios electrónicos –más rápidos y eficaces– para la gestión *post mortem* de los datos y contenidos digitales del menor de edad.

¹³⁵ Piénsese que lo último sería difícil de asumir, puesto que en virtud de un «contrato» se dispondría que los contenidos digitales deben ser «transmitidos» a las personas designadas (con manifiesto conflicto con el Derecho de sucesiones), que no constituyen realmente los «herederos» o «legatarios» del causante. Asimismo, se podría reflexionar sobre la posibilidad de designar un «albacea digital» fuera de las formas testamentarias. Si bien, no hay albacea sin testamento.

«A este respecto, aunque no tenemos una disposición equivalente en nuestro Derecho, consideramos que la regulación de las instrucciones particulares que se lleva a cabo en la *Loi Informatique et Libertés* resulta acorde con la realidad social, ya que los usuarios de Internet, especialmente los jóvenes, se ven más familiarizados y ven más sencillo rellenar un formulario a través de la Red para especificar cómo quieren que sean gestionados sus datos personales tras el fallecimiento que acudir ante un notario o un registro público para manifestar su voluntad al respecto. Asimismo, el hecho de que tales directrices sean recogidas por cada plataforma permite al usuario designar a personas distintas para dicha gestión, así como autorizar diferentes usos en cada una de ellas. De modo que sería posible designar a un amigo para que gestione la cuenta conmemorativa de Facebook y pueda descargar todos los contenidos de la misma, mientras que se podría indicar a un familiar que cierre las cuentas dependientes de Google, sin posibilidad de acceso a los archivos, por ejemplo. Esta es otra de las ventajas que presentan las instrucciones particulares: la posibilidad de establecer directrices y designar personas diferentes en función de la cuenta de que se trate»¹³⁶.

3.3.4. Los contratos *online* con empresas destinadas a la gestión *post mortem* de voluntades y activos digitales

En los últimos años ciertas empresas o *start-ups* han focalizado su negocio en las últimas voluntades digitales. A modo de ilustración, podemos mencionar las empresas Bequest Digital Trust, S.L. (www.milegadodigital.com) o, en su caso, Tellmebye S.L. (<https://tellmebye.com/es>)¹³⁷.

Sus sitios web ofrecen diversos servicios: a) mensajes *post mortem* (transmitir pensamientos o experiencias vividas a ciertos destinatarios), b) eliminación de cuentas *online* (cerrar y eliminar cuentas activas de servicios en Internet y anulación de suscripciones *online* de pago seleccionadas por el usuario), c) cuentas conmemorativas (selección que cuentas o perfiles sociales que el usuario desea que permanezcan visibles tras su fallecimiento), d) últimos *posts* o mensajes en perfiles sociales, e) últimas voluntades relacionadas con la autorización para acceder a datos o claves (datos relevantes de los dispositivos móviles –como móvil, tablet, ordenadores, discos duros, etc.– o sobre finanzas –tarjetas de crédito/débito, banca online, etc.–), f) memoriales (videos con mensajes a transmitir a familiares, amigos o conocidos), g) biografía (diseño y traslado de una página web con la historia o fotografías de vida del usuario), h) herencias digitales (designación de beneficiarios para cuentas *online*,

¹³⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., pp. 194 y 195.

¹³⁷ Este fenómeno se ha puesto de manifiesto por la doctrina, pudiendo citar, entre otros, a SOLÉ RESINA, Judith, «Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital», cit., [TOL7.824.161].

dinero digital, información de ADN, derechos de autor o documentos de interés), h) velatorio digital interactivo, i) testamento digital ante notario, j) designación de albaceas digitales, k) soporte de código QR/NFC para digitalizar plataformas de recuerdo, etc. Como se observa de los servicios prestados, tales empresas ofrecen la custodia y entrega de contraseñas, datos, información o mensajes a las personas designadas por el usuario tras su fallecimiento y, además, la gestión *post mortem* de sus cuentas o mensajes personales. Asimismo, actúan como intermediarias para la confección de un testamento con intervención notarial¹³⁸. Sin embargo, en ningún caso nos encontramos ante un testamento *online* o, bien, podemos calificarlas de «albaceas digitales», pues en tal caso deberían ser designadas por testamento. Más bien, son gestoras de archivos digitales¹³⁹.

La publicidad de tales servicios puede provocar que el usuario piense que está suscribiendo un testamento válido (sin necesidad de acudir posteriormente al Notario), algo erróneo, pues se precisa intervención notarial¹⁴⁰; y, desde luego, no podemos hablar de una nueva forma testamentaria acorde con la realidad digital (ante el *numerus clausus* del Código Civil)¹⁴¹. Piénsese que ciertas disposiciones deben recogerse de forma obligatoria en testamento. Además, sus condiciones de uso presentan numerosas cláusulas de exclusión de responsabilidad que no transmiten seguridad al usuario¹⁴².

¹³⁸ «Puede digitalizarse el asesoramiento previo, la propia redacción del documento y la petición y señalamiento de cita en la Notaría correspondiente, pero en ningún caso puede digitalizarse, a día de hoy, la firma del testamento, que necesariamente debe haberse ante el Notario hábil. [...] Lo que sí es posible y entra dentro de la legalidad actual es la contratación de un servicio de intermediación con el Notario vía on line que resuelva ab initio posibles dudas en orden a las disposiciones hereditarias y nos ponga en contacto con el Notario correspondiente a nuestro domicilio». GARCÍA HERRERA, Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», cit.

¹³⁹ Como apunta cierta doctrina, sería recomendable que el colectivo notarial pueda ofrecer tales servicios a los ciudadanos, requiriendo una actualización de medios tecnológicos, con la finalidad de brindar una mayor seguridad. Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», cit., p. 416; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., p. 191; etc.

¹⁴⁰ De hecho, el sitio web «MiLegadoDigital» indica: «Imprime tu testamento online en formato PDF y acude al notario con todo preparado para darle la validez legal necesaria que marca la normativa testamentaria» ([https://www.milegadoigital.com/servicios/testamento-online/](https://www.milegadodigital.com/servicios/testamento-online/) [Consulta: 31 de junio de 2022]).

¹⁴¹ Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., p. 189 y ss.; SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 414.

¹⁴² Exclusión de garantías y de responsabilidad por el funcionamiento del sitio web, del *software*, del contenido, de la posibilidad de virus, de la eficacia de las medidas de seguridad, etc. Así ocurre con «MiLegadoDigital». Como se señala, nos encontramos ante cláusulas de exención de responsabilidad civil. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, «Testamento digital», en *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro, España, 2016, p. 32.

Ante la existencia de tales servicios, relacionados con las últimas voluntades digitales, cabe preguntarse si es posible su suscripción por menores de edad. Si examinamos las condiciones del servicio de tales empresas, podemos observar cómo, en el punto segundo, el sitio web «MiLegadoDigital» permite su uso a menores mayores de catorce años:

«Edad mínima para ser Usuario. La utilización de los servicios ofrecidos en milegadodigital.com requiere que el Usuario haya cumplido, al menos, 14 (catorce) años de edad. Bajo ningún concepto y bajo ninguna excepción estará permitida la participación en cualquiera de los servicios ofrecidos por milegadodigital.com a los menores de 14 años, ni siquiera utilizando la cuenta de un Usuario registrado correctamente (mayor de 14 años)».

La empresa «Tellmebye» no dispone nada sobre dicho asunto. Otras exigen los dieciocho años¹⁴³. La posibilidad de contratar tales servicios por menores de edad puede tener su justificación en la edad legal para testar y consentir el tratamiento de datos personales, en la posible suscripción de servicios gratuitos¹⁴⁴ o con precios únicos asequibles para el colectivo juvenil (por ejemplo, en «Tellmebye» se necesita un pago único de 29 euros y «MiLegadoDigital» ofrece planes básicos de 49 euros) y, por último, en la capacidad de obrar progresiva en el ámbito contractual (art. 1263 CC). Ahora bien, recuérdese que no estamos refiriéndonos a la suscripción de un testamento, sino de un contrato con una empresa destinada principalmente a la gestión *post mortem* de activos digitales, entre otros servicios (intermediación, asesoramiento, etc.). De manera que sería discutible si un menor puede a través de la plataforma «MiLegadoDigital» registrarse, suscribir un plan gratuito con la empresa y designar aquellas cuentas *online* que desea que se eliminen tras su fallecimiento. Más dudas suscitaría la posible validez del contrato suscrito por un menor de edad, mayor de catorce años y no emancipado, que incluya un plan con pago (forma de contratación, cuenta bancaria propia, etc.). Sin embargo, no debería haber problema para que un menor emancipado contrate los servicios de pago. Planteados tales supuestos, entraríamos en el debate sobre la nulidad, anulabilidad o validez de los contratos suscritos.

Conviene además precisar que su validez no queda sujeta exclusivamente a la edad del usuario y la necesaria intervención notarial (por ejemplo, para la disposición

¹⁴³ La empresa *Testamenta* ofrece sus servicios a mayores de dieciocho años, excluyendo a menores mayores de catorce años. Disponibles en: <https://www.testamenta.es/condiciones-generales-de-contratacion/> [Fecha de consulta: 31 de junio de 2022)].

¹⁴⁴ El plan gratuito de «MiLegadoDigital» incluye los siguientes servicios: Testamento *online*, mensajes *post mortem*, últimos *posts*, eliminar cuentas *online* y herencias digitales.

testamentaria de bienes digitales), ya que también debemos reflexionar sobre la naturaleza y eficacia de tales contratos, al centrarse en la suscripción contractual de un servicio destinado a la gestión *post mortem* de datos y activos digitales (videos, imágenes, contraseñas, memorias, etc.).

a) Su admisión y validez como «documento de últimas voluntades digitales» o contrato mixto con eficacia «post mortem»

Si nos adentramos en los sitios web mencionados, el usuario, una vez registrado, puede entre otras posibilidades, asignar a la empresa como la persona jurídica encargada de cumplir sus últimas voluntades digitales, en relación con el acceso, supresión o rectificación de los datos personales, así como con el acceso, utilización, destino o supresión de contenidos digitales (eliminación de perfiles sociales, cierre de cuentas *online*, mantenimiento de cuenta conmemorativa, etc.). Es decir, la empresa designada se encargaría de gestionar el cumplimiento de ciertas voluntades digitales, que guardan una estrecha relación con lo dispuesto en los artículos 3 y 96 de la LOPDPGDD.

Lo anterior podría hacer que nos planteásemos su configuración como un «documento de últimas voluntades digitales». En particular, la empresa sería la persona o institución designada por el usuario para seguir sus «instrucciones» o «mandatos» en relación con datos personales y contenidos digitales (acceder, rectificar o suprimir datos personales de algún sitio web, mantenimiento de perfil personal dentro de *Facebook*, etc.). La empresa sería el sujeto legitimado para acceder a la huella y contenido digital del usuario tras su fallecimiento, y gestionarlos conforme a la voluntad del causante, siempre que no se vean afectados los derechos de los herederos tendentes a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto o patrimonio del fallecido. De esta forma, ofrecería un servicio de cobro por facilitar su plataforma digital para la fijación de tales «instrucciones» y, en su caso, realizar labores de gestión como una especie de «albacea digital» –aun así, también ofrece, como dijimos, ciertos servicios de forma gratuita–. Dada la falta de regulación de los requisitos de forma de las instrucciones y mandatos de la LOPDPGDD, actualmente tales operaciones podrían tener cobijo bajo el contenido de un «documento de voluntades digitales». Si bien, dicha posibilidad puede verse afectada por la suficiencia o forma del consentimiento prestado por el usuario y, desde luego, por no cumplir los estándares del futuro real decreto sobre la vigencia y validez del documento de voluntades digitales (registro, firma electrónica, etc.). Puntualizado lo anterior, aunque existen dudas sobre su admisión como documento *ad hoc*, de reconocerse su validez, un menor con la edad legal pertinente podría, en principio, hacer uso de dicho instrumento.

El problema es que a veces tales contratos suelen incluir también la recepción y custodia (no solo el derecho de acceso) de datos y activos digitales (documentos digitales, contraseñas, memorias, biografía, capsulas de tiempo, videos, mensajes *post mortem*, últimos *posts* del fallecido, etc.). De manera que no se circunscribe únicamente a la designación de la empresa como persona que velará por las últimas voluntades digitales del fallecido (dentro del contenido de los arts. 3 y 96 LOPDPGDD), sino que añade, como particularidad, un «encargo contractual» de recibir, custodiar y transmitir ciertos datos y activos digitales (a familiares, amigos o conocidos)¹⁴⁵. Repárese que al suscribir el documento *ad hoc* no tiene que existir un contrato previo entre encargado y causante (ya que aquel puede ignorar la designación efectuada¹⁴⁶), situación que si acontece en este tipo de operaciones. Tal servicio no encajaría, en principio y con cautelas, con el contenido del «documento de últimas voluntades digitales». Siendo así, ¿ante qué tipo de contrato nos encontramos?, ¿puede tener eficacia *post mortem*?

Realmente podríamos calificar dicho contrato de servicios como un contrato mixto o atípico que conjuga elementos propios del contrato de depósito, de arrendamiento o de mandato (incluso cabe plantearse que existen características del contrato de comodato)¹⁴⁷. En particular, nos encontraríamos ante un contrato atípico de carácter bilateral, consensual y oneroso o gratuito, según exista o no remuneración (recuérdese que tales empresas ofrecen planes gratuitos o remunerados). No obstante, guarda estrecha relación con el contrato de mandato, pues, en virtud de dicho contrato, la

¹⁴⁵ «El objeto de los servicios de MiLegadoDigital es el almacenamiento seguro y discreto así como la tramitación de las últimas voluntades virtuales relativas a los contenidos digitales en Internet, y a otras voluntades relativas a una posible incapacidad mental, y a su defunción. Esto significa que, tras el fallecimiento del Usuario registrado, MiLegadoDigital cumplirá con las disposiciones depositadas en su cuenta conforme a los deseos del mandante testamentario y según estas condiciones generales» (Información disponible en: <https://www.milegadodigital.com/condiciones-de-uso/> [Consulta: 31 de junio de 2022]). «Con Tellmebye/Legados hemos querido crear una herramienta que permite dejar planificada la herencia de todo el legado digital y facilitar la entrega de documentos, mensajes, recuerdos o contenidos a otras personas. Podrás establecer tus últimas voluntades y facilitar información que ayude a tus familiares con trámites entre otras muchas opciones que facilita la plataforma» (Información disponible en: https://tellmebye.com/es/legal/aviso_legal_legados_2018 [Consulta: 31 de junio de 2022]).

¹⁴⁶ De ahí que cierta doctrina niegue, al documento de últimas voluntades digitales, la naturaleza jurídica de mandato *post mortem*. DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 174.

¹⁴⁷ El contrato de arrendamiento de cosa se presenta cuando se permite al usuario que pueda disponer de un espacio virtual para almacenar datos y archivos digitales (arrendamiento de sitio web o cosa, puesto que el espacio no es virtual, sino físico –*data centers*–). De no haber contraprestación (puesto que existen planes gratuitos) cumpliría ciertas características del contrato de comodato. Si bien, la empresa tiene también el deber de cuidar y custodiar los contenidos almacenados por el usuario (cosas incorpóreas o digitales), pudiendo agregarse elementos propios del contrato de depósito o del arrendamiento de servicios.

empresa (mandatario) se obliga, por cuenta y encargo del usuario (mandante), a gestionar los datos y contenidos digitales y a transmitirlos a las personas designadas tras el fallecimiento del cliente –se celebra *intuitu personae*, es decir, en virtud de la confianza que deposita el mandante en la empresa mandataria–. En concreto, este contrato atípico hace resurgir el debate en torno al llamado mandato *post mortem* y su eficacia en el Derecho común –que carece de regulación en el Código Civil español, pero si se recoge en el Derecho foral de Navarra–.

Nuestro Código Civil establece que el contrato de mandato se extingue con la muerte del mandante o del mandatario (art. 1732 CC). Siendo así, dicho contrato no tendría eficacia. La figura más apropiada para cumplir las disposiciones del causante sería el albaceazgo (art. 892 CC), no el mandato. Ahora bien, existen distintos argumentos para defender su posible validez, como expone cierta doctrina española. En primer lugar, podríamos plantearnos la opción de calificarlo como un contrato en el que el mandatario (la empresa) recibe *ante mortem* la propiedad de bienes digitales que el donante/mandante desea que adquieran terceros. Según LEÓN CASTRO, quedaría fundamentada la utilidad del *mandatum post mortem*, por cuanto que «los bienes han sido transferidos al ejecutor de la voluntad del fallecido con anterioridad a su muerte con el encargo de transferirlos a la muerte del donante, a una tercera persona»¹⁴⁸. En segundo lugar, ALBIEZ DOHRMANN considera que cabe el mandato *post mortem* si aludimos a una donación pactada entre el donante-mandante y el donatario, pero cuya ejecución se hubiese aplazado a la muerte del donante, encomendándose al mandatario la entrega al donatario de la cosa donada¹⁴⁹. En tercer lugar, debemos recordar que el art. 1718 CC establece que el mandante deberá «acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza», por lo que el mandato desplegaría eficacia si se considera que la recepción y custodia de los bienes digitales supone que la gestión ha comenzado antes del fallecimiento del usuario. Como indica SÁNCHEZ COLLADO, «la regla contemplada en el artículo 1732 en su relación con el 1738 conoce la excepción a la que se alude en el artículo 1718, en virtud de la cual si hubiere peligro en la tardanza, el mandatario debe también acabar el negocio comenzado al morir el mandante, de suerte que, excepcionalmente,

¹⁴⁸ LEÓN-CASTRO, J., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1986, XXI/2º, pp. 522 y ss., citado por SÁNCHEZ COLLADO, Elena, «La exclusión del principio "mandatum morte dissolvitur" en el derecho romano y en la tradición jurídica española», *Revista de estudios histórico-jurídicos* (2017), nº. 39, p. 167.

¹⁴⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Negocios atributivos "post mortem"*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 198, citado por SÁNCHEZ COLLADO, Elena, cit., p. 167.

concurriendo esta causa, no se extingue el contrato de mandato»¹⁵⁰. Finalmente, los arts. 1738 y 1739 defienden su mantenimiento tras la muerte del poderdante en beneficio de terceros de buena fe. En síntesis, existirían bases de interés para calificar estos servicios como un contrato de mandato con eficacia *post mortem*, no revocable por los herederos¹⁵¹.

Sin perjuicio de las discusiones dogmáticas a ese respecto, interesa recordar que los mandatos no son negocios de atribución patrimonial y las donaciones *mortis causa* deben regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria¹⁵², aspectos que podrían justificar la ineficacia de tales contratos. Desde luego, la naturaleza jurídica de dicho contrato y su eficacia *post mortem* podrían ser objeto de debate doctrinal y judicial.

Tras la lectura de lo anterior, cabe plantearse si los formularios web de *Facebook* y *Google*, relativos al «contacto de legado» y «contacto de confianza», reúnen dicha naturaleza jurídica, en cuanto sus disposiciones parecen dar a entender que las personas asignadas pueden ser las destinatarias de ciertos activos digitales. De esta forma, tales empresas actuarían como mandatarios, siguiendo las instrucciones del mandante, en cuanto a la cesión *post mortem* de datos y contenidos digitales. Su contenido, la forma y ahora la posible naturaleza jurídica podrían poner en entredicho la eficacia de tales disposiciones web.

Al hilo de tales planteamientos, podría pensarse también que el propósito del legislador, al regular los arts. 3 y 96 de la LOPDPGDD, era fijar como excepción en el Derecho de sucesiones y de contratos, la posibilidad de configurar un mandato *post mortem* a favor de ciertas instituciones, con eficacia tras el fallecimiento del causante, centrado en datos personales y contenidos digitales. Es decir, no contemplar únicamente el documento *ad hoc* como una declaración unilateral, sin conocimiento de las personas asignadas.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ COLLADO, Elena, cit., p. 164. Sobre el mandato *post mortem* véase también ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, Sevilla, pp. 111 y ss. o ESPEJO RUIZ, Manuel, «El mandato "post mortem" en el Derecho Italiano y en el Derecho Español», *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 941-950.

¹⁵¹ Como indica cierta doctrina, el mandato *post mortem exequendum* podría considerarse válido si el mandatario se limita a desarrollar un acto meramente ejecutivo (como el mantenimiento o eliminación de un perfil social). En cambio, si comporta un acto transmisivo de un bien digital, el negocio sería nulo por no admitirse la sucesión contractual. Véase PÉREZ VALLEJO, Ana María y VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, cit., p. 238. Ahora bien, dicho acto ejecutivo podría afectar a los derechos de los herederos. Así, eliminar una cuenta de *Facebook* podría afectar al acceso de ciertos contenidos digitales.

¹⁵² STS nº 473/2011, de 11 de junio de 2011.

Por último, indicar otro problema: si catalogamos dicho contrato como mandato y se admite su validez, se requiere capacidad general para contratar y capacidad para el acto concreto a realizar¹⁵³. Por lo tanto, otra cuestión se centraría en determinar si un menor tiene capacidad contractual suficiente (interpretada conforme a lo dispuesto por el art. 1263 CC) para suscribir tales contratos atípicos de mandato (cuestión que se podría dilucidar vislumbrando la edad legal para testar y consentir el tratamiento de datos personales). A modo ejemplificativo, pongamos por caso que un menor mayor de catorce años –artista con prestigio– suscribe un contrato con la empresa del sitio web «MiLegadoDigital», deposita unas memorias sobre su vida –en documento digital– y asigna los derechos de autor a determinadas personas (no herederos). Desde mi punto de vista constituye un asunto de espinosa solución –salvo que se considere que revisten la forma de documento de últimas voluntades digitales, pudiendo suscribirlo, entonces, a partir de los catorce años–. Dicha problemática también podría plantearse con un menor emancipado (art. 247 CC). Aun así, no cabe negar tal posibilidad con rotundidad (habría que observar la edad del menor, el contenido del mandato –bienes digitales con o sin valor económico–, etc.).

Ante las dudas de validez que pueden suscitar tales negocios jurídicos¹⁵⁴, sobre todo, si son suscritos por menores de edad, lo más recomendable es disponer de las últimas voluntades digitales en testamento. La problemática anterior no se plantearía si la empresa (o una persona de confianza perteneciente a la misma) aparece designada como «albacea digital» dentro de un testamento notarial –que especifique las mismas cuestiones que aparecen en los sitios web– y, asimismo, se identifique la información y activos digitales que se encuentran bajo su custodia (o bajo guarda notarial). Con ello, el «servicio testamentario» prestado quedaría amparado por el Derecho de Sucesiones, desterrando las posibles dudas sobre su validez y eficacia en caso de confeccionarse dentro del ámbito contractual¹⁵⁵.

¹⁵³ Para ser mandatario, el art. 1716 CC exige ser menor emancipado.

¹⁵⁴ También debemos recordar la cuestión relativa a la forma. El mandato puede ser expreso (formalizado en documento público o privado o incluso verbal), o tácito (art. 1710 CC). En este caso, el consentimiento se manifiesta con la aceptación de las condiciones de uso y las cláusulas de la empresa a través de la plataforma digital (de forma privada y mediante un «click», salvo que se solicite firma electrónica).

¹⁵⁵ «[...] –en la práctica– han proliferado nuevas empresas que se encargan de gestionar la herencia o legado digital y que, a menudo, reciben el mandato del causante de hacer llegar los archivos a determinadas personas cuando se produzca su fallecimiento. En este último caso, estaríamos ante una de esas «instituciones» a las que alude el artículo 96.1.b) LOPD. El problema es que esa concreta encomienda toparía con el obstáculo insalvable de los formalismos que nuestra ley establece para la sucesión mortis causa (que no pueden ser obviados, aunque hablemos de «activos digitales»). De hecho, algunas de estas empresas ya aclaran en sus páginas web que los servicios de legado digital que prestan

3.4. Contenido de las últimas voluntades digitales

Como señalamos *at supra*, la «herencia digital» presenta un contenido típico y atípico, patrimonial y extrapatrimonial, pudiendo incluir, por un lado, derechos, bienes y obligaciones que aparezcan en el ámbito digital; y, por otro, distintas disposiciones o voluntades de carácter personal. Si ánimo de ser exhaustivos, se pretenden enumerar, de forma ejemplificativa, el posible contenido de las «últimas voluntades digitales» de toda persona, incluido un menor de edad con capacidad suficiente para disponer de su «legado digital». Es decir, ¿Cuáles son las disposiciones que puede hacer un menor de edad sobre su «herencia digital? Ahora bien, hay que recordar que, según cual sea el contenido de tales disposiciones, variará el abanico de instrumentos para canalizar de forma eficaz las últimas voluntades (testamento abierto notarial, documento de últimas voluntades digitales, etc.). No obstante, por sus garantías y seguridad, se recomienda la forma testamentaria que, además, permite recoger todo el contenido de la «herencia digital».

A) Contenido típico o patrimonial¹⁵⁶:

- Disposición de bienes digitales creados por el causante (blogs, videos, imágenes, documentos, música, archivos electrónicos, etc.), sobre los que pueden recaer derechos de propiedad intelectual o derechos de autor –incluso pueden tratarse de bienes de carácter personalísimo, por lo que tendrían una naturaleza mixta–.
- Disposición de bienes digitales adquiridos por el causante (libros en formato PDF, música descargada en un ordenador, juegos comprados por Internet, etc.), excluyendo aquellos bienes sobre los que no haya propiedad, sino una licencia de uso temporal.
- Archivos de terceros libres de derechos, de dominio público o con licencias tipo *creative commons* o similares, que puedan ser objeto de transmisión.
- Archivos digitales que contengan la memoria, biografía, últimos mensajes del fallecido, notas de voz o cápsulas del tiempo, destinadas a ciertos familiares,

no evitan a sus clientes la firma ante notario de sus «voluntades digitales», ofreciendo entre sus servicios la preparación de toda la documentación necesaria para el otorgamiento de ese testamento notarial». MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., p. 264.

¹⁵⁶ Sobre el contenido de la «herencia digital», pueden verse, entre otros: CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., pp. 399 y ss.; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., pp. 175 y ss.; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales», cit., pp. 98 y ss.; SANTOS MORÓN, María José, cit., pp. 416 y ss.; etc.

amigos o conocidos –podrían presentar naturaleza mixta, dado su carácter personal–.

- Cuentas o suscripciones *online* susceptibles de transmisibilidad.
- Dinero virtual (monederos virtuales, cuentas *PayPal*, *bitcoins*, criptomonedas, cuentas bancarias *online*, etc.).
- Obras de arte *NFTs*.
- Bienes o terrenos virtuales –*token no fungible (NFT)*– del Metaverso.
- Listado de contraseñas y claves de acceso puestas a disposición por el causante a favor de determinadas personas (contraseña de acceso al teléfono móvil, al ordenador, a *Google Drive*, etc.).
- Pruebas digitales de la comisión de delitos (ciberacoso, violencia de género digital, etc.), cuyo contenido no sea conocido por el notario o albacea en caso de utilizar el testamento, pero el testador quiera dar a conocer tras su fallecimiento.
- Etc.

B) Contenido atípico o extrapatrimonial:

- Designación de ciertas personas con o sin instituciones para acceder, rectificar o suprimir sus datos personales.
- Designación de ciertas personas con o sin instituciones sobre el acceso, utilización, destino o supresión de contenidos digitales¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Respecto a la designación de personas para la gestión *post mortem* de datos y contenidos digitales, debemos hacer ciertas puntualizaciones de interés. En primer lugar, las disposiciones del fallecido se pueden centrar únicamente en la designación de personas, sin otorgar instrucción alguna, por lo que deberíamos atender a las facultades previstas en los arts. 3 y 96 de la LOPDPGDD. En segundo lugar, el abanico de facultades es más amplio respecto a los contenidos digitales (acceso, utilización, destino y supresión) y más limitado en cuanto a los datos personales (acceso, rectificación y supresión) –salvo que por acceso se considere la posibilidad de utilización, lo cual no es recomendable–. En tercer lugar, puede ocurrir que la persona haya dejado instrucciones, pero sin indicar el gestor, en cuyo caso se atendería a la legitimación *ex lege* de la LOPDPGDD. En cuarto lugar, respecto al derecho de acceso, cierta doctrina lo cataloga como un derecho instrumental para conocer los datos y contenidos digitales y tomar las decisiones que se estimen pertinentes. No se trata de un derecho ilimitado, pues puede entrar en colisión con otros derechos (derechos a la intimidad del causante, derechos de terceros, secreto de comunicaciones, etc.). En quinto lugar, es cierto que la normativa no precisa con exhaustividad el alcance de las facultades previstas, no determina el canal para su ejercicio y tampoco recuerda el necesario respecto de los derechos de terceros. Es decir, no fija limitaciones, salvo las previstas en la ley (hubiera sido oportuna una mayor precisión). Lo anterior puede colisionar con el Derecho de sucesiones. Por último, en caso de existir últimas voluntades sobre la gestión de datos y contenidos digitales, deberán ser respetadas, siempre que no atenten contra los derechos de los herederos –o acreedores del causante– o sean antijurídicas. Sobre las facultades previstas en los arts. 3 y 96 de la LOPDPGDD, pueden verse los siguientes trabajos: DÍAZ ALABART, Silvia, cit., pp. 182 y ss.; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, «El tratamiento de los datos y la gestión de la huella digital de las personas fallecidas (Comentario a los

- Prohibición expresa de que ciertas personas accedan a sus datos personales y contenidos digitales.
- Voluntad sobre el mantenimiento o conservación *post mortem* de perfiles en redes sociales o servicios equivalentes (eliminación de la red social de *Instagram*, mantenimiento como una cuenta conmemorativa del perfil de *Facebook*, etc.).
- Designación de las personas encargadas para la defensa de los derechos al honor, la imagen o la intimidad de una persona fallecida en el ámbito digital (personalidad pretérita digital).
- Deseos y voluntades sobre el sepelio, posible incineración del cuerpo, ceremonia de despedida (con o sin carácter religioso) –con formato físico o virtual–, listado de personas para comunicar el fallecimiento, etc.
- Comunicación de la existencia de un testamento vital o de últimas voluntades anticipadas (piénsese que pueden ser realizados por menores emancipados, como dispone cierta normativa autonómica¹⁵⁸), que recoja la donación de órganos.
- Voluntad de insertar ciertos mensajes póstumos de despedida en sus perfiles sociales (siempre que lo permitan las condiciones generales de la contratación de tales perfiles).
- Deseo de creación de un «muro de los recuerdos» en alguna página web, con ciertas instrucciones.
- Etc.

Hemos ofrecido hasta aquí una panorámica general del contenido de tales disposiciones. Conviene además aclarar que al manifestar las «últimas voluntades digitales», y a la hora de su cumplimiento por las personas legitimadas o designadas, se deberán respetar y ponderar los derechos de los herederos, de los acreedores del causante, de terceros (intimidad, imagen, etc.) y, por supuesto, lo dispuesto por el menor de edad en el instrumento pertinente –así como sus derechos–. Por tanto, su plasmación en la realidad puede generar múltiples conflictos (acceso a fotografías de otros menores, eliminación de archivos de relevancia económica, incumplimiento de la

artículos 2.2.b) y 3 LOPDGDD)», cit., [formato electrónico]; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, «El derecho al testamento digital (Comentario al artículo 96 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4317-4335; NAVAS NAVARRO, Susana, cit., pp. 79 y ss.; RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «El acceso a los datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites», cit., pp. 63 y ss.; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., pp. 260 y ss.; etc. Véase el Informe de la AEPD con N/REF: 010601/2019, sobre consultas planteadas en torno a los datos personales de personas fallecidas.

¹⁵⁸ Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

voluntad del causante –eliminación de una cuenta de *Facebook*, aun habiendo manifestado el menor su mantenimiento como cuenta conmemorativa–, acceso y ocultación de una obra de arte *NFTs* con valor económico, en perjuicio de los acreedores; escucha de audios de *WhatsApp* con terceros, etc.). No puede obviarse, asimismo, el necesario respecto de las reglas del Derecho de sucesiones sobre legítimas¹⁵⁹, legados, partición, administración de la herencia yacente, etc.

Una consideración final merece ser puesta de manifiesto. Por mucho que un menor de edad manifieste su voluntad de que ciertos datos o contenidos digitales sean secretos o de carácter reservado, tal deseo no deberá seguirse en ciertas situaciones, como el necesario acceso a «información digital» que pueda resultar de interés ante la comisión de ilícitos penales (inducción al suicidio, violencia de género digital entre adolescentes, etc.). Existen razones de interés público y en interés del menor, capaces de justificar una quiebra de su «última voluntad digital».

3.5. *Sujetos designables para el cumplimiento y ejecución de las «últimas voluntades digitales»*

Si un menor de edad, con capacidad de testar suficiente, decide expresar sus últimas voluntades digitales (con contenido tanto típico como atípico), usando como instrumento el testamento, tendría la posibilidad legal de asignar a una o varias personas para asegurar el respeto, ejecución y cumplimiento de sus disposiciones *mortis causa* en el ámbito digital. En particular, tales personas podrían desarrollar, entre otras posibles funciones previstas en la ley, las siguientes: a) cumplimiento y ejecución del «testamento digital», b) administración y partición del patrimonio digital, c) conservación y custodia de bienes digitales, d) gestión *post mortem* de los datos y contenidos digitales o, entre otras opciones, d) defensa de la personalidad pretérita. A continuación se exponen las distintas figuras y facultades posibles, a designar y atribuir de forma respectiva por el testador, si lo desea:

- *El albacea testamentario*: Sería la persona (o personas) elegida por el causante mediante testamento para ejecutar sus disposiciones relacionadas con la sucesión *mortis causa*, pudiendo tener carácter particular (cuando se le asigna una gestión concreta) o universal (arts. 892 y ss. CC). Entre sus facultades

¹⁵⁹ El menor de edad que haga testamento, y sin hijos, a la hora de disponer deberá respetar la legítima de sus progenitores (arts. 807 y ss. CC), salvo que concurran causas de desheredación o indignidad. Si bien, del resto podrá disponer a favor de otras personas (hermanos, amigos, familiares, etc.) según lo previsto en el Código Civil.

podemos mencionar cumplir la voluntad del causante; adoptar las medidas necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes; asegurar la legítima y la satisfacción de los legados; administrar la herencia yacente; pagar deudas y legados; representar en juicio a la herencia yacente; venta de bienes de la herencia; etc¹⁶⁰. Puede ocupar dicho cargo un heredero, legatario u otra persona (incluso dedicada a tales cuestiones de forma profesional, como notarios o abogados), por lo que la figura podría ser gratuita o remunerada. En cambio, no puede ser albacea un menor de edad, ni aún con la autorización del progenitor o del tutor (art. 893 CC).

Centrándonos en la «sucesión digital» del menor de edad, podría asignar un albacea en su testamento notarial abierto. No habría inconveniente o cortapisa alguna. Así, podría nombrar como albacea a uno (o ambos) de los progenitores –aunque no sería frecuente dicha designación, puesto que al ser herederos, sin nombramiento alguno, serían administradores natos de la herencia–, a un familiar, a un amigo, a un conocido o a un profesional (persona física o jurídica)¹⁶¹.

Respecto a sus funciones, el albacea podría ser universal –encargándose de la ejecución y cumplimiento de la «herencia digital»– o, bien, gozar de ciertas funciones particulares. Como indica el art. 901 CC, «los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador». Pongamos por caso que un adolescente, ante la necesidad de preservar su intimidad y privacidad (o por cuestiones de desconfianza), nombre como albacea a una persona distinta a sus progenitores. A modo de ilustración, podría designar a un albacea para la gestión específica *post mortem* (albacea particular) de sus datos y contenidos digitales¹⁶², con la finalidad de salvaguardar mensajes privados, fotografías, videos, etc. (se trataría de un «albacea digital»¹⁶³, dado que solamente dispondría de dicha facultad¹⁶⁴); o, en su caso, para

¹⁶⁰ Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, cit., [recurso electrónico].

¹⁶¹ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual; CARRASCO PERERA, Ángel, cit., [recurso electrónico].

¹⁶² Tal posibilidad se recoge en los arts. 3 y 96 de la LOPDPGDD. De hecho, éste último precepto alude expresamente al «albacea testamentario».

¹⁶³ «En este contexto, consideramos que la única persona que, en nuestra opinión, podría ser considerada como albacea digital en sentido técnico-jurídico sería aquel sujeto encargado de la gestión de los datos personales y los contenidos digitales del causante y nombrado necesariamente en testamento. En este caso, el «albacea digital» vendría a constituir un albacea particular al que se le confiere un encargo especial, el de la ejecución de las voluntades digitales, figura compatible con el albacea universal que haya podido instituirse en testamento para el desarrollo del resto de funciones que le son propias». MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., p. 199.

¹⁶⁴ No considero que nos encontremos ante una facultad legal prevista por la LOPDPGDD a favor de los albaceas testamentarios, sino más bien una facultad que puede conferir el testador al albacea dentro del

asegurar que un determinado «legado digital» –como unas memorias¹⁶⁵, un diario o una obra de arte digital– sea entregado a una persona determinada, como un amigo o familiar concreto. Su campo de actuación podrá ser más amplio o restringido. De no concretar el menor de edad las facultades del albacea testamentario, se aplicarían las genéricas recogidas en el Código Civil.

- *Contador partidor testamentario*: Persona designada por el testador que se encargaría de la participación y adjudicación del «patrimonio digital» (art. 1057 CC), pero no es un ejecutor general de las últimas voluntades. Un menor de edad podría nombrarlo para asegurar, a modo de ejemplo, el reparto correcto de bienes digitales.
- *Persona o institución encargada de la gestión post mortem de datos y contenidos digitales*: Conforme a los arts. 3 y 96 LOPDPGDD, el menor podría designar en testamento –o documento de últimas voluntades digitales– a una o varias personas (físicas o jurídicas) para que se encarguen de la gestión de sus datos personales y contenidos en plataformas web. Dicho encargo podría recaer, por consiguiente, sobre familiares, herederos o, incluso, el albacea testamentario. No habría problema para designar un albacea y, al mismo tiempo, encomendar tales facultades de forma específica a una persona o institución diferente¹⁶⁶. Como señala DÍAZ ALABART, tales encargados deberían ser mayores de edad y disponer de capacidad de obrar¹⁶⁷. Tratándose de menores de edad, algunos autores reflexionan sobre la necesidad de que la persona designada deba seguir la voluntad del difunto sin obviar la opinión de los padres¹⁶⁸.
- *El «protector» de la «personalidad pretérita digital»*: Por último, el menor de edad, conforme al art. 4 de la LOPHII, podría asignar en testamento a una

testamento, con base al art. 901 CC. En este sentido, DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 107. Sobre esta problemática, véase PÉREZ LÓPEZ, Xesús, cit., pp. 256 y 257.

¹⁶⁵ Su deseo podría consistir en asignar a una persona para que se encargue de decidir si su obra debe ser divulgada y la forma tras su fallecimiento (art. 14.1ª LPI). Es lo que se conoce como el derecho al inéxito *post mortem*.

¹⁶⁶ «Aunque la LOPDP no establece una denominación específica para estas personas designadas, podríamos referirnos a ellos como “encargados” de los datos personales o de los contenidos digitales del causante. A fin de cuentas lo que reciben es un encargo para ocuparse de los repetidos datos o contenidos. No pueden ser considerados “representantes”, al menos en su sentido propio, porque la persona que les nombró ya ha fallecido, y por lo tanto no puede ser representada por nadie». DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 99.

¹⁶⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, cit., p. 97.

¹⁶⁸ ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 126.

persona física o jurídica (por consiguiente, pudiendo ser distinta a sus progenitores) para el ejercicio de acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen tras su fallecimiento (*memoria defuncti*)¹⁶⁹. Pongamos por caso que el único progenitor ha cometido un delito de violencia doméstica sobre su propio hijo y que el menor vive con los abuelos maternos. Sería comprensible que ante la falta de cónyuge y descendientes (dada su minoría de edad), desee evitar que su progenitor sea la persona legitimada *ex lege* para la defensa de su personalidad pretérita, encomendado dicha labor a alguno de sus abuelos.

La voluntad del menor de edad debería ser respetada, siempre que no afecte a normas imperativas, resulta de imposible cumplimiento o, en su caso, contravengan bienes o intereses superiores.

Ante tales posibilidades, el «testamento con disposiciones relativas a voluntades digitales» del menor de edad podría incluir la asignación de una o múltiples personas, con funciones separadas y diferenciadas para la gestión de los aspectos personales y patrimoniales de su «herencia digital» tras su fallecimiento, a pesar de su actuación simultánea. Sobre esta posibilidad hay que mencionar dos problemas. Por una parte, lo llamativo es que tales figuras podrían no ser ocupadas por sus progenitores. Aun así, ciertas circunstancias deberían inhibir la prohibición del menor respecto a sus representantes legales (ej. para acceder a datos o contenidos digitales) si existen causas justificadas y proporcionales (la necesidad de acceder a pruebas para corroborar el suicidio del menor ante el padecimiento de acoso escolar o, bien, ante la falta de respeto de la legítima a favor de los ascendientes). Por otra parte, en caso de designación múltiple, podrían producirse conflictos en la ejecución de los cargos, si las facultades no aparecen delimitadas de forma correcta o, en su caso, la realización de algunas de ellas se solapa o invade las facultades de otro cargo (por ejemplo, si el albacea debe hacer inventario y no puede acceder a ciertos bienes digitales, cuyo acceso ha sido restringido a favor de una persona determinada¹⁷⁰).

¹⁶⁹ «Como muestra de la prevalencia que, con buen criterio, otorgó en este punto el legislador español a la autonomía privada del causante, el designado ad hoc por el testador puede ser cualquier persona de su confianza, al margen de que ostente o no la cualidad de heredero y ya se encuentre o no dentro de su círculo más cercano de parientes. En caso de que el lesionado hubiere designado varias personas, cualquiera de ellas podrá ejercitar la acción, salvo disposición en contrario del fallecido». GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, cit., p. 216.

¹⁷⁰ En tal caso, como dispone el art. 3 de la LOPDPGDD, la prohibición del testador «no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante» (situación que también se recuerda en el art. 96.1.a) LOPDPGDD).

Dicho lo anterior, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿Es necesario que tales figuras se designen mediante disposiciones testamentarias? En principio, puede no resultar necesario para su validez y eficacia. Por un lado, usando el «documento de últimas voluntades digitales», el menor de edad podría nombrar una persona o institución encargada de la gestión *post mortem* de datos y contenidos digitales –eso sí, sus facultades se limitarían a tal materia de forma exclusiva (arts. 3 y 96 LOPDPGDD)–. Por otro lado, de admitirse la validez de los formularios web sobre «contactos de confianza» o, en su caso, de los contratos sobre «servicios de testamento digital», que otorgan a ciertas empresas el deber de custodia y transmisión de ciertos archivos digitales, podríamos encontrarnos con la asignación no testamentaria de «encargados *post mortem*» –configurada bajo la autonomía de la voluntad–. En estos últimos casos, su actividad se centraría en cumplir y ejecutar la «voluntad» del causante. Pero claro, además de suscitar dudas por su posible configuración como mandatos *post mortem*, tales empresas podrían catalogarse como «albaceas de confianza», cuya misión «es hacerse cargo de todo o parte de la herencia para disponer de ella conforme al destino expresado en instrucciones reservadas o secretas que el testador les hubiese comunicado confidencialmente»¹⁷¹ –piénsese que los herederos pueden desconocer tales disposiciones en los sitios web, si no son expresadas en testamento–. En tal caso, el Código Civil es rotundo en cuanto a su prohibición (art. 785.4º CC¹⁷²). El problema es que la asignación de dichos sujetos y la disposición de activos digitales mediante estos últimos instrumentos podrían ser ineficaces al no respetar las normas del Derecho de sucesiones, del Derecho contractual (si no se admite el mandato *post mortem*) o de la LOPDPGDD –de no cumplir los requisitos de validez y vigencia actuales o del futuro real decreto–.

¹⁷¹ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual; CARRASCO PERERA, Ángel, cit., [recurso electrónico].

¹⁷² No surtirán efecto las disposiciones «que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador». Destaca un caso en el que un sacerdote fue instituido heredero/albacea por una mujer a través de un testamento ológrafo, pero quedando las instrucciones reservadas sin ser conocidas, por lo que se considera el testamento viciado con base al art. 785 CC: «La finalidad concreta asignada no puede conocerse por cuanto el único que lo conoce -y oculta- es el demandado, aunque ha de estar relacionada con obras que tengan un fin piadoso, de caridad o espiritual y esta forma de atribución, -realizada a un heredero de confianza- que sería válida de haberse hecho, de constar con el asesoramiento adecuado, mediante otras fórmulas (art. 746 o 747 CC. por ejemplo), hacen ineficaz el testamento en base al art. 785-4º CC, en cuanto la institución no es real y la designación no se efectúa para que se beneficie en nombre propio y en su exclusivo interés el apelado, cual él pretende, sino como mero ejecutor y destinatario de la voluntad del cuius, reservadamente transmitida, viciando así el testamento, pues la esencia misma de la sucesión se hace supeditada a los deseos e instrucciones manifestadas por la testadora» (SAP de Oviedo (1ª) 31 marzo 1998).

En conclusión, lo recomendable es que la designación de dichos sujetos se efectúe a través del testamento o del documento de últimas voluntades digitales (este último, si se centra exclusivamente en la gestión *post mortem* de datos y contenidos digitales)¹⁷³. De emplearse varios instrumentos –válidos y de distinta naturaleza jurídica o forma–, que contengan personas distintas para el desarrollo de las mismas facultades, aparecería un problema de incompatibilidad, sin normas actualmente claras para dirimir dicho conflicto¹⁷⁴. He aquí otra de las problemáticas no resueltas en relación con las voluntades digitales.

3.6. Ausencia de disposiciones sobre la «sucesión digital»

Lo más habitual es que los menores de edad no manifiesten sus últimas voluntades digitales. Salvo excepciones, el ciclo de la vida brinda a los seres humanos ciertos años de longevidad –sobre todo en España, que constituye uno de los países con mayor esperanza de vida–. Por tal razón, cuando fallece un niño o adolescente la norma general será la ausencia de «testamento digital» –no preocupa ni se piensa en la muerte–. Si bien, puede ocurrir también, por una parte, que habiendo testamento –o habiéndose utilizado otros instrumentos– no sea válido o eficaz; y, por otra, que el testamento no cubra todo el destino del caudal relicto (ej. bienes digitales con valor económico desconocidos por los herederos testamentarios). Siendo así, ¿Qué ocurre con la «herencia virtual»?

Tendríamos que acudir a la sucesión intestada (arts. 912 y ss. CC). Generalmente, el menor de edad fallecido no contará con hijos o descendientes, por lo que heredarán los ascendientes (art. 935 CC) –cuyo llamamiento sigue las reglas de orden, grado y exclusión–. Si solamente se ha determinado la filiación de un progenitor o, en su caso, solo vive uno de ellos, recibirá toda la herencia digital en su totalidad (arts. 921 y 937 CC). En cambio, si sobreviven ambos progenitores, heredarán por partes iguales (art.

¹⁷³ « [...] debe abogarse porque dicha designación se haga a través de testamento o cuando menos, dado el calado de la encomienda, a través de documento público (como un poder) en el que el fedatario compruebe la capacidad y libertad del otorgante; en caso de admitirse el testamento ológrafo u otro documento sin previa comprobación notarial, debería establecerse la vía de adverbación del documento y, en su caso, su protocolización y registro». CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 417.

¹⁷⁴ Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., pp. 195 a 197. La autora menciona posibles reglas de aplicación para dirimir la coexistencia de diversos instrumentos: a) Prevalencia de la voluntad del causante por encima de cualquier disposición contractual (ineficacia de condiciones generales de la contratación); b) preferencia de voluntad testamentaria; o c) respecto de la última voluntad del causante, se haya manifestado en testamento u otro instrumento, no testamentario (ej. voluntad exteriorizada en una plataforma digital).

936 CC)¹⁷⁵. Ante esta situación, al no haber albacea testamentario, la administración de la «herencia digital» y la ejecución de la voluntad del testador corresponderá a los herederos –los progenitores– (art. 911 CC). Serían los ejecutores testamentarios naturales de la «voluntad digital» del menor. No obstante, pueden concurrir otras situaciones sobre las que no voy a detenerme, remitiéndome a lo dispuesto en el Código Civil (menor de edad que fallece, siendo huérfano, pero con hermanos o con abuelos o con otros familiares, incluso sin allegados con parentesco, siendo heredero el Estado). Igualmente mencionar que podrían concurrir motivos de desheredación e indignidad.

En principio, la «vara de mando» sobre la gestión y adjudicación de la «sucesión digital» parece recaer en los progenitores, pero hay que advertir que tal afirmación no puede hacerse con rotundidad. Y es que hay que hacer ciertas puntualizaciones de interés, en cuanto a la gestión *post mortem* de los datos y contenidos digitales y la defensa de la personalidad pretérita. En cuanto a la última, dispone el art. 4, apartados dos y tres, de la LOPHII:

«No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento».

Dicho precepto establece los legitimados *ex lege* para ejercitar acciones en defensa de los derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor fallecido, a falta de designación testamentaria. Curiosamente dicha legitimación no se establece con un orden de prelación concreto¹⁷⁶, aunque si constituye un *numerus clausus* de familiares legitimados (otros parientes quedarían excluidos, como primos, tíos o sobrinos; y, desde luego, los allegados o personas con relaciones de hecho u amistad). Asimismo, no se circunscribe exclusivamente a los herederos. Por tanto, puede ocurrir que siendo

¹⁷⁵ A partir del segundo grado (abuelos), si hay ascendientes de las dos líneas (materna y paterna), la herencia queda dividida por la mitad para cada línea, y el derecho a acrecer se limitaría a cada línea (art. 940 CC). Véanse también los arts. 838 y 939 CC.

¹⁷⁶ «Interesa ahora advertir, en relación con esa pluralidad de familiares diversos que señala el art. 4.2 de la LO 1/1982, que no hay entre ellos orden alguno de preferencia sino que su legitimación es indistinta y solidaria, de tal forma que cualquiera de tales parientes podrá recabar la protección del derecho del fallecido (art. 5.1)». GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, cit., p. 216.

los herederos legítimos los progenitores (o progenitor) del menor fallecido, de producirse una posible lesión de su derecho a la intimidad, los abuelos puedan emprender acciones judiciales (ej. por difundir los padres un diario digital del menor inserto en *Google Drive*). Si el menor no tuviera familiares al fallecer, el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio o a instancia de parte, de no haber transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento. Como señala CÁMARA LAPUENTE, «conviene reparar en que el Ministerio Fiscal cuenta con habilitación para actuar sólo si faltan las personas anteriores, pero no si existen y no emprenden las correspondientes acciones»¹⁷⁷. Pongamos por caso que un menor y sus padres (únicos familiares) fallecen en un accidente de coche y previamente se habían difundido en Internet videos o imágenes del menor (por ejemplo, para pornografía infantil), el Ministerio Fiscal podría actuar en defensa de la personalidad pretérita del menor de edad (solicitando la retirada de dicho material, a pesar de encontrarnos también ante hechos constitutivos de delito).

Una situación similar –y bastante criticada por la doctrina– se presenta en cuanto a la gestión *post mortem* de los datos y contenidos digitales (arts. 3 y 96 de la LOPDPGDD). Si el causante menor no designó a persona alguna en testamento o documento de últimas voluntades digitales, los sujetos legitimados por la ley son las «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos», añadiéndose en caso de fallecimiento de menores, a «sus representantes legales» (progenitores o tutores)¹⁷⁸ y al «Ministerio Fiscal» –dada su mayor vulnerabilidad y necesidad de protección–, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

Lo dispuesto merece la realización de ciertas matizaciones o apuntes. En primer lugar, la legitimación *ex lege* es muy amplia, nada restrictiva. Se incluyen al cónyuge y a todos los parientes sin limitación de grado alguna (sangre, adoptivos, políticos o afinidad), cuando realmente no todos tendrán una relación estrecha con el fallecido. En segundo lugar, la expresión «personas vinculadas al fallecido por razones de hecho» no parece referirse a las parejas de hecho, sino a los «allegados», personas con una relación cercana, afectiva y frecuente, como pueden ser los amigos de la persona fallecida¹⁷⁹. En

¹⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido...», cit., p. 163.

¹⁷⁸ Dicha designación especial no sería aplicable a menores emancipados, ya que no tendrían representante legal (arts. 246 y ss. CC).

¹⁷⁹ Si bien, la prueba de dicha relación resulta complicada, siendo seguramente poco proclives los prestadores de servicio o responsables de tratamiento de datos personales a facilitar tales datos y

tercer lugar, se añaden a los herederos (testamentarios o *ab intestato*) –sin hacer referencia a los legatarios, pero frecuentemente estarán legitimados, pues serán personas con vinculación familiar o de hecho–. Por consiguiente, la designación legal no se centra exclusivamente en las personas llamadas a suceder al causante. En cuarto lugar, los preceptos no señalan un orden de prelación concreto, ni indican como debe instrumentalizarse en la práctica –varios familiares o allegados podrían solicitar el acceso a datos y contenidos digitales al mismo tiempo, sin limitación subjetiva u orden de solicitud¹⁸⁰–. En quinto lugar, el abanico de sujetos legitimados en caso de fallecimiento de menores es más amplio, al añadir a los progenitores y tutores (aunque los primeros serían familiares). En sexto lugar, nuestra legislación parte de una «presunción de consentimiento» de la persona fallecida para que actúen los legitimados *ex lege*, salvo que haya expresado una voluntad contraria, designando como «encargada» a una determinada persona (o personas) o, en su caso, prohibiendo la legitimación a ciertos familiares o allegados. Finalmente, hubiera sido bastante conveniente señalar que dicha legitimación decaerá de concurrir causas de desheredación o indignidad o, bien, hechos de especial consideración (conflictos de intereses, etc.)¹⁸¹. No tendría sentido que un progenitor, que haya maltratado al menor o, en su caso, lo haya abandonado, pueda acceder a sus datos personales, en caso de fallecimiento.

Como se puede observar, lo anterior es una «mezcla explosiva» capaz de generar distintas problemáticas y situaciones alarmantes. En mi opinión, lo conveniente hubiera sido no establecer una «presunción de consentimiento» por la persona fallecida a falta de designación. Es decir, hubiera sido más acertado fijar como regla general, en ausencia de designación voluntaria, la restricción de acceso a datos o contenidos digitales, salvo por cuestiones relacionadas con el caudal relicto (en protección de la

contenidos, al poder incurrir en responsabilidad (al incumplir, entre otros deberes, el deber de confidencialidad, recogido en el art. 5 LOPDPGDD).

¹⁸⁰ «[...] En definitiva, que el que primero que se comunice con el prestador y le imparta instrucciones relativas a los contenidos digitales del causante, será considerado «interlocutor legítimo» [...] incluso aunque no se tratara del pariente vivo más próximo al fallecido». MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., p. 259.

¹⁸¹ Sobre las controversias relacionadas con el contenido de dicho precepto, véanse: CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 386 y ss.; DÍAZ ALABART, Silvia, cit., pp. 123 y ss.; LA MONEDA DÍAZ, Francisco, cit., [BIB 2021\5372]; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, cit., pp. 256 y ss.; ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette, «Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 130; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, «El tratamiento de los datos y la gestión de la huella digital de las personas fallecidas (Comentario a los artículos 2.2.b) y 3 LOPDPGDD)», cit., [formato electrónico]; CAVERO MOCHALES, Nuria, «Datos de las personas fallecidas», en *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 57-60; TORAL LARA, Estrella, «Acceso y disposición post mortem al patrimonio digital y los datos personales de fallecido», *Práctica de Derecho de Daños* (2021), nº 148, [LA LEY 5572/2021]; etc.

intimidad del causante y los derechos de terceros)¹⁸². Otra opción hubiera sido otorgar dicha legitimación de forma exclusiva a herederos e, incluso, legatarios (y al ejecutor testamentario, como el albacea)¹⁸³. No tiene sentido que fallecida una persona, cualquier familiar o allegado –sin límite de llamamiento alguno– pueda acceder, utilizar, destinar, rectificar o suprimir activos digitales (ante la ausencia de designación testamentaria o en documento de últimas voluntades digitales)¹⁸⁴. De hecho, llama todavía más la atención que los progenitores de un menor fallecido no tengan preferencia sobre cualquier otro familiar o allegado. Como señala acertadamente DÍAZ ALABART, «no parece razonable que, existiendo un representante legal del menor, ya sea progenitor o tutor, que mientras aquél viva tiene la obligación de velar por él y de representarlo, de prestarle o procurarle alimentos, también otras personas tengan una posición preferente a la hora de ocuparse del destino de sus datos personales o contenidos digitales *post mortem*». Sería difícil de asumir que un amigo, mayor de

¹⁸² «Más adecuada sería, a mi parecer, la solución contraria. Esto es, permitir a los herederos el acceso a los datos personales y contenidos digitales del difunto sólo cuando éste haya manifestado su voluntad de que gestionen o les sean transferidos sus bienes digitales, pero no como regla general. Esta es la postura, como se ha visto, mantenida en el Derecho americano, y la incorporada por la ley francesa. Y la que, desde mi punto de vista, es más respetuosa con el derecho a la intimidad del difunto que, como se ha indicado repetidamente, debe ser preservado con posterioridad a su muerte». SANTOS MORÓN, María José, cit., p. 438. «Por tanto, el sistema que tendría que haberse establecido por defecto es el de la primacía de la autonomía de la voluntad y no el de la aplicación de un régimen legal salvo manifestación en contra de la persona titular de los datos personales y el contenido digital». MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, cit., p. 205. En este mismo sentido, GINEBRA MOLINS, María Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», cit., p. 929. Si bien, es cierto, como señala cierta doctrina, que es necesario atribuir tales facultades a ciertas personas, puesto que de lo contrario, «supondría de facto impedir a terceros dicho acceso y residenciar en exclusiva en los responsables de estos servicios la capacidad de resolver sobre qué hacer con los contenidos digitales de un usuario de Internet fallecido». RALLO LOMBARTE, Artemi, «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en *Tratado de protección de datos (actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.218.393].

¹⁸³ Como considera cierta doctrina: CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», cit., p. 386; NAVAS NAVARRO, Susana, cit., p. 79; GINEBRA MOLINS, María Esperança, «La [des]protección de los datos personales de las personas fallecidas», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), vol. 2, 2021, p. 1127; etc.

¹⁸⁴ En Cataluña, en ausencia de designación de persona encargada para la ejecución de las voluntades digitales, se establece que las facultades del art. 411-10 CCCat, apartado segundo, podrán ser ejercitadas por los herederos y el albacea universal. Por consiguiente, presenta una legitimación *ex lege* más restrictiva en comparación con la LOPDPGDD. Además, si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10 CCCat, apartado sexto). No existe, como ocurre en la legislación nacional, una «presunción de consentimiento» en cuanto al acceso, ante la falta de disposiciones por parte del causante. Es decir, el causante debe indicar de forma expresa quienes podrán acceder a tales contenidos, pues de lo contrario estará prohibido, salvo autorización judicial. De este modo, la legislación catalana evidencia un mayor respeto por la intimidad del causante y los derechos de terceros. Lo anterior puede generar controversias en cuanto a la normativa aplicable (nacional o autonómica).

edad, de un menor fallecido, pueda acceder y eliminar, sin consentimiento de los padres, datos presentes en su cuenta de *Instagram*, *Facebook* o *TikTok* o, incluso, descargar archivos como vídeos o imágenes (al solicitar la copia de seguridad o contenido).

Además, lo anterior puede provocar un acceso indiscriminado a datos y contenidos digitales del causante, generador de numerosos conflictos (eliminación de información necesaria para tramitar la herencia –vulnerando los legítimos derechos de los herederos–, supresión de información que perjudica a algún familiar o allegado –como de una posible deuda–, acceso y difusión de material personalísimo, disparidad de opiniones por los legitimados para la eliminación o conservación de cuentas en redes sociales, suplantación en las cuentas del causante, ausencia de control de acceso adecuado por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, etc.). Lo coherente hubiera sido admitir dicha legitimación de existir una «justificación de interés» digna de protección (ej. tramitación de la sucesión *mortis causa*, existencia de contenido digital que sirva de prueba en un proceso civil o penal, acceder a un archivo digital que contenga una obra póstuma –ante el deseo manifestado por el causante de que sea objeto de divulgación–, etc.). El establecimiento de límites hubiera sido lo más prudente, sobre todo cuando pueden verse afectados derechos de menores de edad fallecidos.

Con razón, LA MONEDA DÍAZ califica como «perturbador» y «extremadamente preocupante» la redacción de tales preceptos¹⁸⁵. De hecho, NAVAS NAVARRO manifiesta, de forma acertada, que olvida el Derecho de sucesiones¹⁸⁶. Y, asimismo, resulta coherente que GINEBRA MOLINS señale que la LOPDPGDD parece más una ley de «desprotección de datos», que de protección de datos personales¹⁸⁷. Por consiguiente, podemos afirmar que su aplicación no estará exenta de polémica. Ante tal situación, lo aconsejable es designar en testamento o documento de últimas voluntades a las personas encargadas de la gestión *post mortem* de datos y contenidos digitales o prohibir su acceso (y que la existencia de designación sea corroborada –o descartada– por los prestadores de servicio antes de conceder el acceso a cualquier familiar o allegado del difunto)¹⁸⁸. De lo contrario, nuestra intimidad podría quedar a merced de sujetos sin relación o interés legítimo alguno.

¹⁸⁵ LA MONEDA DÍAZ, Francisco, cit., [BIB 2021\5372].

¹⁸⁶ NAVAS NAVARRO, Susana, cit., p. 78.

¹⁸⁷ GINEBRA MOLINS, María Esperança, «La [des]protección de los datos personales de las personas fallecidas», cit., p. 1129.

¹⁸⁸ No obstante, puede suceder que el prestador del servicio o el responsable del tratamiento de datos personales desconozca la designación de personas o instituciones por parte del usuario fallecido. Algo que también puede ocurrirle a familiares o allegados. Por ello, sería temerario permitir su acceso sin

4. PROTECCIÓN «POST MORTEM» DE LA HERENCIA Y PERSONALIDAD PRETÉRITA DIGITAL DEL MENOR DE EDAD FALLECIDO

El trabajo no quedaría concluso si únicamente realizamos un recorrido por las «últimas voluntades digitales» del menor de edad –capacidad, instrumentos y contenido–, y los problemas o dudas que puede suscitar. Al abordar la sucesión *mortis causa* en el ámbito digital, debemos ir más allá, comentando, aunque sea de forma sucinta, las medidas y acciones que ostentan las personas legitimadas (por el causante o por ley) para proteger la «herencia digital» del menor finado, así como su personalidad pretérita o memoria en Internet –conectadas, indudablemente, con sus datos y contenidos digitales–.

4.1. Acciones relacionadas con la «herencia digital»

Para comenzar, trataremos la protección de la «herencia digital». En materia sucesoria existen múltiples acciones encaminadas a la defensa de la voluntad del causante y del caudal relicto –además de ciertos trámites que se pueden abordar a través de la jurisdicción voluntaria¹⁸⁹–. Sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva de tales acciones, podemos mencionar las más relevantes: a) acción de petición de herencia (arts. 192, 1016 y 1021 CC); b) acción de preterición de la herencia (art. 814 CC); c) acción de reclamación o suplemento de legítima (art. 815 CC); d) acción de impugnación de testamento (por falta de capacidad del otorgante o ausencia de forma) (arts. 663 y 687 CC); e) acción de impugnación de desheredación o por indignidad (arts. 851 y 762 CC, respectivamente); f) acción de impugnación de la partición (art. 1081 CC); g) acciones de conservación del patrimonio hereditario (art. 999 CC); h) acción de rendición de cuentas al administrador de la herencia (arts. 1031, 1032 y 1720 CC); etc¹⁹⁰. Tales acciones se articularán generalmente por un juicio declarativo contencioso (remitiéndonos a la LEC).

Podemos relatar diversas situaciones que podrían justificar la necesidad de ejercitar alguna de las anteriores acciones, en relación con las últimas voluntades digitales del menor de edad. Siguiendo el orden de las acciones enumeradas previamente, podría

verificar previamente la ausencia de designación en testamento o documento de últimas voluntades digitales, documentos que se deberían solicitar como prueba de la condición de legitimado (no solamente documentos de identidad, libros de familia o certificados del Registro Civil). Es decir, las empresas deberían comprobar que no existe designación expresa por usuario fallecido. Dicha finalidad justifica la necesidad de crear, en la menor brevedad posible, un registro para los documentos de últimas voluntades digitales.

¹⁸⁹ Albaceazgo (art. 91 LJV), contadores-partidores dativos (Art. 92 LJV), aceptación y repudiación de la herencia (arts. 93 y ss. LJV) o actos de disposición de bienes y derechos de menores de edad –operaciones particionales de la herencia–.

¹⁹⁰ Sobre las acciones de la herencia, véase FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, cit., [recurso electrónico].

ocurrir lo siguiente: a) que ciertos familiares se queden o adjudiquen «bienes digitales» del menor de edad, sin respetar la condición de heredero de algún progenitor; b) que el testamento notarial abierto omita un legitimario en línea ascendente (un progenitor); c) que a uno de los progenitores, como heredero legitimario, se le haya satisfecho solamente una parte de la legítima; d) que el testamento haya sido realizado sin capacidad suficiente por el menor o con base a una forma no admitida (como el testamento ológrafo); e) que uno de los herederos legitimarios haya sido desheredado sin causa justificada en testamento; f) impugnación de la partición realizada por el ocultamiento de bienes digitales; g) ante el acceso a datos y contenidos digitales por ciertos familiares y allegados, que puedan poner en peligro el caudal relicto (ej. suprimiendo activos digitales), se podría solicitar al juez que impida su supresión o se ordene la remisión de una copia; h) que el «albacea digital» designado en testamento haya omitido o eliminado, con dolo o negligencia, bienes digitales en la confección del inventario; etc. Como se observa, pueden concurrir múltiples situaciones que justifiquen la necesidad de acudir a la vía judicial con la finalidad de proteger la voluntad del causante, su «patrimonio digital heredable» o la posición de los herederos.

4.2. Acciones para la defensa de la «personalidad pretérita digital»

Si en apretada síntesis hemos dejado constancia de las acciones sobre la «herencia digital», nos limitamos ahora a la defensa de la «personalidad pretérita digital»¹⁹¹ del menor de edad, ante una lesión producida tras su fallecimiento (ej. publicación de una fotografía de su vida privada en una red social, divulgación de hechos que puedan afectar a su reputación y buen nombre, etc.)¹⁹². Los sujetos legitimados (por testamento o *ex lege*) tendrán a su disposición diferentes acciones de tutela civil –y tutela penal–, incluso la protección «constitucional» *post mortem* de sus derechos. Por consiguiente, nuestro Derecho ofrece cauces para defender la identidad y reputación *online* de las personas tras su fallecimiento.

Si nos centramos en la tutela civil, pueden interponerse múltiples acciones (de medidas cautelares, de condena, de cesación, de eliminación, de réplica y rectificación, de

¹⁹¹ Sobre la personalidad pretérita, se recomienda la lectura de los siguientes trabajos: CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido...», cit., pp. 117-174; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, cit., pp. 201-238; MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las Leyes Orgánica 1/1982 y 15/1999*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2018.

¹⁹² Véase el art. 7 de la LOPHII.

publicación total o parcial de la sentencia –en las plataformas o redes sociales en las que se produjo la intromisión ilegítima, como *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* o un periódico digital–, de indemnización por daño moral o de apropiación del lucro obtenido por con la intromisión ilegítima (véase el art. 9 de la LOPHII). Tales medidas no constituyen un *numerus clausus*, pudiendo añadirse otras peticiones (quitar una noticia de prensa de algún archivo digital, de los buscadores de Internet –como *Google*–, etc.).

A modo de ilustración, podemos comentar ciertas resoluciones judiciales sobre casos en los que se produjo una conculcación de los derechos fundamentales de menores fallecidos. En una de ellas¹⁹³, el supuesto de hecho partía del parricidio cometido por un hombre respecto a sus dos hijos. Un periodista realizó un reportaje con imágenes de la vida privada de los menores –extraídas de la red social de la madre– y datos de la vida íntima y familiar, que originaron, además, diversos comentarios groseros en el chat del periódico digital (dicho reportaje se publicó en www.elmundodigital.es). Al no haber realizado testamento los menores de edad, la defensa de su personalidad pretérita podía ser encauzada por la madre –quien también alegaba la lesión de sus derechos al honor y a la imagen–¹⁹⁴. Las imágenes de los menores habían sido publicadas sin el consentimiento de la madre y se narraban sucesos trágicos no relacionados con la finalidad de la noticia. En este caso no prevaleció la libertad de información y finalmente la madre tuvo el derecho a ser indemnizada por una cuantía de 20.000 euros¹⁹⁵. Otro asunto se circunscribe a la publicación de una noticia de

¹⁹³ SAP Murcia (1ª) 13 enero 2020 [AC\2020\747].

¹⁹⁴ «[...] se ha de estimar en primer lugar la legitimación activa de la demandante como titular de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y también, como aprecia la sentencia apelada, al amparo del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/ 1982 de 5 de mayo (RCL 1982, 1197), de protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -invocado en el Fundamento de Derecho I de la demanda-, que atribuye subsidiariamente a terceros el ejercicio de tales derechos para el caso de intromisiones post mortem, concediendo tal posibilidad a la persona designada testamentariamente por el titular del derecho y, de no existir tal designación o habiendo fallecido a su vez el designado, al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos que viviesen al tiempo del fallecimiento y por último, a falta de todos ellos al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que siempre sea parte en este tipo de procesos por ser preceptiva su intervención al tratarse de derechos fundamentales».

¹⁹⁵ «Ciertamente el reportaje parte de un enunciado: "Vida Perra de María Virtudes - utilizándose al final del texto una expresión sinónima "su perra existencia"-, claramente desafortunado y desconsiderado para aquella en el contexto en que se produce, de gravísima afectación de la misma por la magnitud del luctuoso suceso -a cuya inadecuación se refiere el comentario 3- aun cuando no se considera que mediante dicha expresión en la información veraz que se da de éste, vulnere su derecho al honor, más incorpora circunstancias de la vida privada y datos y fotos de la demandante y de sus hijos fallecidos, que según los detalles que reflejan fueron captadas en un ámbito privado sin su consentimiento - lo que incluso se destaca en el comentario 29 al reportaje-, enlazando la muerte de los menores, de indudable interés público, con otros sucesos trágicos en la vida de la misma, cuya mención no venía requerida por

prensa en un periódico digital (www.elcomercio.es) sobre una menor que falleció a los trece años tras la reacción a un tratamiento médico (la vacuna contra el papiloma humano), en el que aparecía su nombre, apellidos, fotografías, videos y domicilio. Dicha publicación se realizó sin el consentimiento –verbal o escrito– de los progenitores. Como dispuso el tribunal, los derechos de los menores se encuentran en una situación de «superprotección», no pudiendo prevalecer la libertad de información sobre sus derechos a la intimidad e imagen¹⁹⁶. El periódico fue condenado a pagar una indemnización de 15.000 euros a los padres, a publicar la resolución, a eliminar y destruir la imagen y datos personales de la menor de edad y, también, a suprimir toda noticia electrónica relacionada con los hechos. Como puede observarse, existen pronunciamientos judiciales sobre la protección de la «memoria defuncti» de los menores de edad.

Además de la tutela civil –y penal–, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posible protección *post mortem* de la personalidad pretérita o memoria de personas fallecidas mediante la interposición de un recurso de amparo:

«En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente

la información de la noticia, por lo no procede otorgar prevalencia al derecho a difundir información veraz frente a la afectación del ámbito de la intimidad personal y familiar vinculado a su dignidad como persona de la demandante, y a su imagen, tratándose de datos que nada aportaban a la realidad de la muerte causada a los menores, difundiendo públicamente un perfil y vivencias personales de la demandante y de sus hijos, que permitían su completa identificación, acentuando con ello el sufrimiento de la misma, cuya difusión no se justifica por una relevancia pública sobrevenida adquirida ante la entidad de los hechos y el interés público que conllevan, ni tampoco por la referencia de la demandada a que con ello se suscitaba la solidaridad con la demandante como víctima, ya que no consta que se tratase de algo deseado por ésta, además de que dicha difusión pública de sus circunstancias personales, no necesariamente habría de producir tal efecto, como revelan los comentarios negativos formulados enlazados con el citado contenido del reportaje, resultando que dicho contenido y las fotografías que incorpora eran innecesarios para dar información sobre el trágico suceso, no pudiendo calificarse la utilización de éstas como accesorias, por lo no quedan amparados por el derecho a la información». Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, véase la STS (1ª) 27 abril 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1570].

¹⁹⁶ «No existe ningún derecho constitucional relevante o de mayor rango que diluya la intromisión cometida por la entidad El Comercio, S.A., en el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar de una menor de edad, en la forma reclamada por los demandantes. Ni los demandantes son personajes públicos, en el ejercicio de sus cargos, ni la información gráfica publicada es accesoria y ocasional de otro acontecimiento. La publicación de las fotografías de la menor de edad se han buscado de propósito, y se han utilizado sin consentimiento expreso, en la forma que se establece por Ley. La identificación de la menor de edad y de su domicilio, se ha hecho con voluntad consciente y con intención buscada. Con dicha actitud, la entidad demandada ha vulnerado el derecho a la intimidad y la propia imagen reclamada por los demandantes, que merecen una protección judicial completa, con la fijación de una indemnización en concepto de daños morales, y los demás pronunciamientos reclamados en la demanda» (SJPI Gijón (7ª) 7 febrero 2013 [ECLI:ES:JPI:2013:45]).

pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas» (STC 14 de abril 2008 [ECLI:ES:TC:2008:51])¹⁹⁷.

No podemos olvidar que la identidad y reputación *online* de las personas fallecidas guarda una estrecha relación con los datos personales. Resulta coherente afirmar que el derecho a la protección de los datos personales se encuentra conectado, de forma indiscutible, con otros derechos fundamentales (como la intimidad, la imagen o el honor), con la protección de la dignidad humana. Por tal razón, como expresa APARICIO VAQUERO, la «privacidad» del fallecido, sus datos personales, merecen protección más allá del óbito¹⁹⁸. De este modo, aunque el Reglamento General de Protección de Datos «no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas» (considerando nº 27), la LOPDPGDD ha decidido otorgar a ciertos sujetos (designados por testamento o *ex lege*) determinadas facultades para su protección *post mortem*, como las opciones de acceso, rectificación o supresión (arts. 3¹⁹⁹ y 96 LOPDPGDD), ya comentadas previamente. Por tal razón, su ejercicio por los sujetos legitimados puede buscar, al mismo tiempo, proteger la personalidad pretérita, memoria digital o privacidad *post mortem* del individuo tras su fallecimiento (ej. conservar un perfil de *Facebook* como una cuenta conmemorativa, eliminar datos sensibles que puedan afectar a la memoria del finado, etc.).

Ahora bien, al ejercitar tales facultades, las plataformas o PSSI pueden poner obstáculos, obligando a las personas legitimadas a acudir a la jurisdicción civil (ej. por no eliminar una cuenta de *Instagram*, a pesar de la voluntad expresa del causante). Ante tal situación, cabe preguntarse si resulta posible acudir a la AEPD. En principio, como manifiesta dicha autoridad, «el tratamiento de datos personales de personas fallecidas excede del ámbito de competencias de la AEPD, al tratarse de un derecho

¹⁹⁷ Véanse también SSTC 11 noviembre 1991, 25 noviembre 1996 o 23 marzo 2004.

¹⁹⁸ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, cit., p. 202.

¹⁹⁹ «[...] el citado artículo 3 LOPDPGDD no hace otra cosa que ampliar o extender en el tiempo algunas de las facultades que forman parte del contenido del derecho a la protección de datos y el artículo 2.2 LOPDPGDD, que recoge la inaplicación de la normativa cuando sean datos personales de una persona fallecida, supone el decaimiento de las obligaciones jurídicas (de los terceros) que también forman parte del contenido del derecho a la protección de datos». Informe de la AEPD con N/REF: 0046/2019.

personalísimo que se extingue con la muerte de la persona, por lo que su tutela entraría en el ámbito de las relaciones familiares y el derecho sucesorio del Derecho Civil. Cualquier cuestión que se suscite respecto al acceso a dichos datos (legitimación, posible conflicto entre familiares, límites del acceso, denegación) debería resolverse por los órganos jurisdiccionales del orden civil y en última instancia, por el Tribunal Constitucional»²⁰⁰. No obstante, si una vez ejercitadas tales facultades, persiste el tratamiento de los datos de la persona fallecida (ej. por conservación de datos en contra de la voluntad del causante o personas legitimadas para su gestión *post mortem* –como familiares o allegados, de hecho o de derecho–), la AEPD podría intervenir (ej. ordenando la cancelación de los datos personales en un procedimiento de Tutela de Derechos)²⁰¹.

5. CONCLUSIONES

La «vida digital» de los menores de edad discurre con plena naturalidad en pleno siglo XXI. Como efecto de su actividad en la Red, pueden convertirse en titulares de derechos y bienes en Internet (por creación propia, donación, herencia, etc.). De hecho, van conformando su propia identidad y patrimonio en la Red. Sucede pues, que el patrimonio de los niños y adolescentes ostentará en mayor medida un formato virtual –ante la carencia general de patrimonio físico o tangible, que se conformará tras alcanzar la mayoría de edad–. Siendo tal la realidad, se puede afirmar que algunos

²⁰⁰ Véase el Informe de la AEPD con N/REF: 010601/2019, sobre consultas planteadas en torno a los datos personales de personas fallecidas. Dicho informe señala: «Aunque no sea competencia de la AEPD, se considera que las facultades de acceso a los datos, en cuanto encuentran su fundamento en la defensa de la memoria del fallecido no pueden entenderse en términos absolutos, pudiendo existir límites derivados de la protección de determinados aspectos de su intimidad, o derivados de la necesaria protección de los derechos fundamentales a la intimidad o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos de los terceros que con él se relacionaban, lo que deberá valorarse por el responsable atendiendo al caso concreto, lo que impide alcanzar conclusiones de carácter general». Ver SAN 3 de mayo de 2017 [SP/SENT/909084].

²⁰¹ *Id.* Como muestra de tal posibilidad, puede verse la Resolución Nº: R/00144/2022 (Expediente Nº: EXP202100775) de la AEPD de 2022, en la que una mujer reclama el acceso al historial clínico de su marido finado, pero no recibe respuesta por el servicio de salud pertinente: «El art. 2.2. b) de la LOPDGDD y el considerando 27 del RGPD señalan que no son de aplicación los tratamientos de datos de las personas fallecidas, sin perjuicio de los establecido en el artículo 3.1 que determina que "las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión" asimismo, se da otra excepción en el caso de la historia clínica, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, prevé que las personas vinculadas a un fallecido, por razones familiares puedan acceder a la historia clínica de este. En consecuencia, la parte reclamante como esposa del finado, tiene derecho e interés legítimo a solicitar información y llevar a cabo las gestiones pertinentes relacionadas con los datos del esposo fallecido en defensa de su interés».

menores otorgan una mayor importancia a los activos que poseen en el ámbito digital. De ahí que se planteen un posible interés por manifestar sus «últimas voluntades digitales» ante la concurrencia de trágicos sucesos (ideas de suicidio, enfermedad terminal, etc.).

De hacerlo, primeramente interesa advertir que, con carácter general, el menor de edad deberá tener una edad superior a los catorce años para emitir la voluntad digital, en caso de fallecimiento. Digo con carácter general, porque sería discutible –y puede que admisible– que un menor confeccione el «documento de últimas voluntades digitales» con consentimiento de sus progenitores, al tener una edad inferior a los catorce años (ante la ausencia de regulación). Asimismo, habría que dilucidar la capacidad exigible en caso de utilizar los formularios web o de contratar servicios *online* de testamento digital –que dependerá de su naturaleza jurídica–. No obstante, sería aconsejable –o al menos, digno de debate– que el sistema etario, tomado como parámetro de determinación de la capacidad, sea objeto de revisión, en aras a una mayor conjunción con el principio de autonomía y capacidad progresiva de los menores. Podríamos tomar en consideración otros criterios –como la madurez–, aunque es cierto que ello provocaría una menor seguridad jurídica.

En cuanto a la forma de articular las «últimas voluntades digitales», lo conveniente sería hacerlo mediante un instrumento que revista forma testamentaria. Ciertamente, el testamento arroja ciertas dificultades (gastos notariales, acudir a una notaría, imposibilidad de confección en formato electrónico, etc.), pero el resto de instrumentos (documento de últimas voluntades digitales, formularios web o contratos *online* para la confección de «testamento digitales») presentan ciertas dudas sobre su validez y eficacia tras el fallecimiento como consecuencia de diversos factores (ausencia de regulación²⁰², incompatibilidad con el Derecho de sucesiones, posible prohibición en el ámbito contractual –como los mandatos *post mortem*–, garantía de cumplimiento por las empresas, ausencia de conocimiento para los herederos, etc.). Ahora bien, la legislación y la tecnología permiten dotar a tales «instrucciones» –lo cual sería recomendable– de una mayor seguridad, lo que potenciaría su uso por el público juvenil y el resto de la ciudadanía –más conectado con lo digital y poco atraído por la asistencia personal a una notaría–. Al mismo tiempo, el testamento implica un mayor

²⁰² Se requiere con urgencia el desarrollo del real decreto de la LOPDPGDD, en cuanto a los requisitos de validez y vigencia del documento de últimas voluntades y, asimismo, una regulación acorde con nuevas prácticas, como los formularios web de *Facebook* o *Google* o los contratos *online* de servicios testamentarios digitales. Dicha legislación debería diseñar un precepto sobre la capacidad para otorgar el documento de voluntades digitales y, en caso de ser menores, la posible asistencia o no por representantes legales.

control y un posible asesoramiento por el Notario, lo cual redundaría en beneficio del menor de edad.

Otro de los motivos de la oportunidad del testamento notarial es la posibilidad de disponer conjuntamente de aspectos personales o patrimoniales relacionados con la «herencia digital», la defensa de la personalidad pretérita en Internet o el acceso y destino de los datos y contenidos *online*. El resto de instrumentos no permite abordar de forma unificada el contenido típico y atípico de la sucesión *mortis causa* digital. De manera que podría, por un lado, disponer de sus «activos o bienes digitales», formular manifestaciones de carácter personal (como el mantenimiento de una cuenta conmemorativa) o, bien, designar personas para la gestión/protección de la «herencia digital», su reputación *online* o los datos personales. Sobre este último punto, sería adecuado que el causante adopte las cautelas precisas para evitar la designación *ex lege* de sujetos con potestad para acceder a sus archivos digitales, que, sin relación alguna con el causante, puedan quebrantar su intimidad y la de terceros (entre otros problemas, dada la ineficiente o inadecuada regulación de los arts. 3 y 96 LOPDPGDD). No obstante, no podemos olvidar que pueden concurrir circunstancias que inhiban la «voluntad digital» del testador (como la necesidad de acceso a los archivos digitales por la comisión de delitos). El Derecho de sucesiones podría decaer ante razones de interés público.

Cerrado este breve paréntesis, y hechas las anteriores aclaraciones, sobre el menor de edad y sus «últimas voluntades digitales», hay que poner de manifiesto que el principal problema es la deficiente regulación y articulación legal de la materia, que dota de poco atractivo y fomenta numerosas controversias en relación con la disposición *mortis causa* en el ámbito digital (la falta de respeto de las reglas sucesorias, la afectación de los derechos de los herederos o terceros, prácticas *online* sin base normativa –como los formularios web sobre «contacto de legado»–, las dudas sobre la «heredabilidad» de ciertos «bienes digitales», etc.). Por tal razón, se requiere un esfuerzo del legislador para dotar al sistema de una mayor seguridad, coherencia, confianza y, desde luego, publicidad –que genere más conciencia social²⁰³, que se acrecienta si nos referimos a

²⁰³ Como señala la Carta española de Derecho Digitales, en su apartado VII: «Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido. [...] Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino».

la posibilidad de testar por parte de menores de edad. Las leyes deben guardar armonía, inhibir posibles conflictos y ayudar a la práctica social. De lo contrario, no servirán para arreglar problemas, sino para amplificarlos y originar confusión. Tal como decía MONTESQUIEU: «las leyes inútiles debilitan las necesarias».

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, Benito, «El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad», *Revista europea de derechos fundamentales* (2013), nº 21 (Ejemplar dedicado a: La protección jurídica del menor), pp. 37-78.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «El régimen mortis causa de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información», *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Comares, Granada, 2018, pp. 171-217.

ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, (2022), nº. 33, pp. 534-573.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel:

- «Disposición "mortis causa" de los datos digitales: el llamado "testamento digital"», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2021), Año nº 97, nº 783, pp. 570-609.

- «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), Año nº 95, nº 775, pp. 2548-2586.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio:

- «¿Vida (digital) eterna o muerte digna en la nube?: La protección de datos y contenidos digitales de las personas fallecidas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2020), nº. 88-89, pp. 56-69.

- «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido (Vulneraciones del honor, intimidación, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica)», *Revista de Derecho Civil* (2020), vol. 7, nº. 5, pp. 117-174.

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

CAVERO MOCHALES, Nuria, «Datos de las personas fallecidas», en *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 57-60.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín:

- «El derecho al testamento digital (Comentario al artículo 96 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4317-4335.

- «El tratamiento de los datos y la gestión de la huella digital de las personas fallecidas (Comentario a los artículos 2.2.b) y 3 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 529-550.

COBAS COBIELLA, María Elena, «Testamento digital: Mito o realidad», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 221-232.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», IDIBE, septiembre 30, 2021. Disponible en: <https://idibe.org> [Fecha de consulta: 31 de junio de 2022].

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley* (2011), nº 7675, [LA LEY 13921/2011].

DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, Madrid, 2020.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1999.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2020.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo, «Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online», *adComunica: revista científica de estrategias, tendencias e innovación en comunicación* (2012), nº 3, pp. 125-142.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, «Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad», *Diario La Ley* (2017), nº 8, [LA LEY 8906/2017].

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Teoría general del patrimonio», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 581-610.

GARCÍA HERRERA, Vanessa:

- «Disposición mortis causa del patrimonio digital», *Diario La Ley* (2018), nº 9315, [LA LEY 14697/2018].

- «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad civil* (2017), nº 7-8, [LA LEY 9284/2017].

GARCÍA JOCILES, Ulises, «Herencia digital: Comentario a la Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 27.08.2020 (Urteil vom 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17)», *Derecom* (2021), nº. 31, pp. 153-165.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La persona en derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* (2013), nº 14, pp. 82-109.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Los derechos del menor y personas discapacitadas en el entorno digital», *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.824.148].

GINEBRA MOLINS, María Esperança:

- «La [des]protección de los datos personales de las personas fallecidas», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), vol. 2, 2021, pp. 1111-1134.

- «Voluntades digitales en caso de muerte», *Cuadernos de derecho transnacional* (2020), vol. 12, nº. 1, pp. 908-929.

GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», en *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro, España, 2016, pp. 39-44.

GONZÁLEZ MENDOZA, Diana Paola, «Los perfiles digitales después de la muerte, una perspectiva europea», *Estudios en derecho a la información* (2021), nº 11, pp. 3-26.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La llamada "personalidad pretérita": Datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *Actualidad jurídica iberoamericana* (2016), vol. 1, nº. 5, pp. 201-238.

LA MONEDA DÍAZ, Francisco, «Análisis y crítica "de lege ferenda" a la regulación del Testamento Digital del art. 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista Aranzadi Doctrinal* (2021), nº 11, [BIB 2021\5372].

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual y CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2019.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho privado y Constitución* (2019), nº 35, pp. 169-212.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 929-944.

MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y*

desatendidos por las Leyes Orgánica 1/1982 y 15/1999, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2018.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Anuario de Derecho Civil* (2020), vol. 73, nº 1, pp. 241-281.

MORENO MARÍN, María Dolores, «Aproximación a la transmisión mortis causa en el patrimonio digital», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 335-350.

MORETÓN SANZ, María Fernanda:

- «La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados», *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (2015), nº. 8, pp. 84-103.

- «Redes sociales y voluntades digitales. “Historia digital” y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), Año nº 95, nº 772, pp. 955-977.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado “testamento digital”», *Revista de derecho privado* (2020), Año nº 104, Mes 1, pp. 59-88.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor», *Diario La Ley* (1996), Sección Doctrina, Ref. D-239, tomo 4, [LA LEY 12071/2001].

OLIVA LEÓN, Ricardo, «Derecho e identidad digital *post-mortem*», *Testamento ¿Digital?*, Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales, España, 2016, pp. 67-82.

ORDELIN FONT, Jorge Luis y ORO BOFF, Salette:

- «¿Herencia digital?: la protección «post mortem» de los bienes digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2019), nº 50, [BIB 2019\7012].

- «Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho* (2020), vol. 33, nº 1, pp. 119-139.

- «La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* (2019), nº 83, pp. 29-60.

OTERO CRESPO, Marta:

- «El derecho de sucesiones en clave digital: Algunas consideraciones a propósito del “testamento digital” y de la “herencia digital” en el ámbito del derecho común», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 367-378.

- «La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil* (2019), vol. 6, nº. 4, pp. 89-133.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», *Revista de derecho privado* (2021), nº 105, pp. 43-60.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, «Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?», *Actualidad Civil* (2003), nº 38, [LA LEY 1600/2003].

PÉREZ LÓPEZ, Xesús, «El "testamento digital" según la LOPDGDD», en *Aspectos jurídicos de la ciberseguridad*, RA-MA, Paracuellos de Jarama, 2020, pp. 231-263.

PÉREZ VALLEJO, Ana María y VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.

RALLO LOMBARTE, Artemi, «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en *Tratado de protección de datos (actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.218.393].

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca:

- «El acceso a los datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites», *MÉI: Métodos de Información* (2020), vol. 11, nº. 20, pp. 59-87.

- «Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual», *Revista de privacidad y derecho digital* (2019), vol. 4, nº 14, pp. 77-121.

RECHE TELLO, Nuria, «Derecho al testamento digital», *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 401-404.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, «Testamento digital», en *Testamento ¿digital?*, Juristas con Futuro, España, 2016, pp. 29-38.

SÁNCHEZ COLLADO, Elena, «El *mandatum post mortem* de Roma al Derecho civil moderno», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano: Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, vol. 8, 2021, pp. 2863-2878.

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

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «¿La protección de datos personales legales es suficiente en menores y personas fallecidas?», en *Cuestiones actuales sobre protección de datos en España y México*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 137-154.

SOLÉ RESINA, Judith, «Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital», en *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, [TOL7.824.161].

TORAL LARA, Estrella, «Acceso y disposición post mortem al patrimonio digital y los datos personales de fallecido», *Práctica de Derecho de Daños* (2021), nº 148, [LA LEY 5572/2021].

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.09.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 14.12.2022