



SERGIO CÁMARA LAPUENTE

*Catedrático de Derecho civil
Universidad de La Rioja*

La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital

24 de enero de 2019

SUMARIO¹

1. PLANTEAMIENTO

- 1.1. 2018: una sentencia alemana y una ley española
- 1.2. Preguntas
- 1.3. Respuestas (en el mercado y en la legislación comparada)

2. OBJETO DE LA SUCESIÓN DIGITAL: LA HERENCIA

- 2.1. Sucesión (patrimonial) en la herencia y defensa (extrapatrimonial) de la memoria del difunto
- 2.2. Cuatro distinciones útiles para delimitar el ámbito de la «herencia digital»
 - 2.2.1. Identidad digital y patrimonio digital
 - 2.2.2. Bienes digitales y servicios digitales
 - 2.2.3. Soporte del contenido digital y acceso al contenido o servicio digital
 - 2.2.4. La legítima expectativa del usuario y el Derecho dispositivo

3. EL TESTAMENTO (DIGITAL): INSTRUMENTOS PARA DISPONER DEL PATRIMONIO DIGITAL

- 3.1. El testamento «digital» no existe
- 3.2. El testamento notarial como cauce para disponer del patrimonio digital

¹ Versión escrita de la conferencia pronunciada el 24 de enero de 2019 en la Academia Matritense del Notariado. Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, nº DER2017-84748-R (*Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores*), del que el autor es Investigador Principal. Se ha respetado la estructura y el tono discursivo y argumentativo de la presentación oral, a la que se han añadido con voluntad de mínimos las referencias doctrinales y actualizaciones normativas y jurisprudenciales oportunas para no alterar el discurso.

- 3.2.1. La idoneidad del testamento notarial para estos fines
- 3.2.2. Primer problema: revelación de claves y datos personales
- 3.2.3. Segundo problema: interrelación entre testamento y otros instrumentos para designar a los gestores de los datos y contenidos digitales
- 3.2.4. Registro de actos de última voluntad digital

4. EL SUCESOR DIGITAL Y EL ALBACEA DIGITAL

- 4.1. Ejecutor y beneficiario: las categorías clásicas del Código civil
- 4.2. Nuevas facultades de los legitimados para gestionar los datos y contenidos digitales del fallecido según la LOPD
- 4.3. Sujetos legitimados para gestionar los datos y contenidos digitales del fallecido según la LOPD: crítica

5. VALORACIÓN, REPARTO, PARTICIÓN DEL CAUDAL RELICTO DIGITAL

6. PARA CONCLUIR

BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO

1.1. 2018: una sentencia alemana y una ley española

Cuando desde la Academia me propusieron hace unos pocos meses intervenir de nuevo en este ciclo, pensé en una materia de máxima actualidad y futuro, sin duda llamada a convertirse en tema de moda y objeto de profundos estudios, que sólo ahora comienzan a realizarse. En ese momento aún no se habían producido dos hechos jurídicos recientes, con los que quiero comenzar esta presentación: la mediática *sentencia del Tribunal Federal alemán de 12 de julio de 2018* y la aprobación de la *nueva LOPD 3/2018, de 5 diciembre de 2018*² (BOE de 6 de diciembre), del mes pasado, con reglas sobre el mal llamado «testamento digital».

El caso real que llegó a la más alta instancia judicial alemana nos ayudará vislumbrar las múltiples perspectivas que adornan la potencial sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital del causante: una joven de 15 años falleció en 2012 en el metro de Berlín en circunstancias que generaban dudas sobre si se trataba de un suicidio o de un accidente. Su madre, en calidad de coheredera junto con el padre de la finada, solicitó acceso a la cuenta de *Facebook* que la hija había abierto un año antes con consentimiento de sus padres; éstos querían indagar las causas de la defunción y, en particular, verificar si la hija había sufrido acoso. La red social impidió ese acceso³, con dos argumentos al uso: la extinción de la relación contractual al fallecer su titular y la preservación tanto del secreto de las comunicaciones como de la intimidad de terceros. La madre planteó demanda ante el *Landesgericht* de Berlín y en sentencia de 17.12.2015⁴ este tribunal de primera instancia condenó a *Facebook* a proporcionar tal acceso, al considerar que los contenidos alojados en plataformas digita-

² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE 6.12.2018, nº 294, p. 119788 y ss.).

³ Aunque los padres tenían las claves de acceso, al tener noticia del deceso la compañía había transformado la cuenta en un «memorial» de acuerdo con sus condiciones generales (*vid. infra*), de manera que nadie podía acceder a ella.

⁴ Asunto 20 O 175/15, *DNotZ* 2016, p. 537 y ss.

les forman parte de la herencia de su titular y, por ende, pueden transmitirse a los herederos. Sin embargo, el tribunal de apelación revocó ese fallo; esta sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31.5.2017⁵, eludió el argumento sucesorio y dio la razón a *Facebook* sobre la base de la normativa de secreto de las telecomunicaciones. El BGH, en su sentencia de 12 de julio de 2018⁶, refrendó la aproximación de la primera instancia y dio la razón a la madre al considerar que es posible *heredar* el contrato sobre una cuenta en una red social («Vertrag über ein Benutzerkonto bei eniem sozialen Netzwerk ist *vererbar*»); el BGH se esmera en argumentar que los sucesores *mortis causa* han de ocupar la misma posición que el finado, dando así prevalencia a las reglas sucesorias⁷, y ofrece argumentos para desdecir que haya una colisión con el secreto de las telecomunicaciones (en una interpretación estricta de un inciso [*ändern*]) del art. 88.3 TKG⁸, la protección de datos⁹ o incluso la vinculación de los

⁵ Asunto 21 U 9/16, *BeckRZ* 2017, 111500 y *FamRZ* 2017, p. 1348. Por todos, un comentario a esta sentencia y sus implicaciones en ARTZ, M., «Das Schicksal eines Facebooks-Accounts – Gedanken zum Umgang mit höhpersönlichen Daten nach dem Tod eines Facebooks Nutzers», en KINDL, J., ARROYO VENDRELL, T., GSELL, B. (dirs.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 161-172.

⁶ Asunto III ZR 183/17. Por todos, un comentario a la sentencia en WÜSTHOF, L., «Germany's Supreme Court Rules in Favour of 'Digital Inheritance'», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 5, 2018, pp. 205-208. Sobre el Derecho alemán en su estado previo al fallo del BGH la bibliografía es abundantísima. Cabe recomendar, en inglés, MACKENRODT, M. O., «Digital inheritance in Germany», *EuCML*, 1, 2018, pp. 41-47; y en alemán, BLOCK, M., «Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses», *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 217, 2017, pp. 370-417; BUDZIKIEWICZ, C., «Digitaler Nachlass», *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 218, 2018, pp. 558-593.

⁷ Con base en el § 1922 BGB, en que se fija la universalidad de la sucesión, se consideró que ese tipo de cuentas en redes sociales se pueden heredar, como cualquier otra posición contractual, de manera que también los bienes inmateriales formarían parte de la sucesión, con independencia de si estaban involucrados datos personales o no personales; el apoyo de los §§ 2373 y 2047 BGB fue esgrimido también por el BGH (párrafo 49), en el sentido de que los papeles y fotografías/pinturas familiares pueden ser objeto de sucesión.

⁸ De acuerdo con ese inciso de la Ley de Telecomunicaciones alemana, la prohibición de revelar el contenido de las comunicaciones a «cualquier otra persona» que recae sobre el prestador del servicio no puede oponerse a los herederos que, como sucesores, no pueden considerarse «otros» en el sentido de esa ley (*vid.* párrafo 56 de la sentencia).

⁹ En cuanto al Reglamento (UE) General de Protección de Datos Personales de 2016 (*vid.* n. 11), aunque la sentencia deja claro que no es aplicable a los datos de las personas fallecidas, refrenda que el acceso de los herederos, como sucesores en la posición contractual, está amparado dentro de los supuestos contemplados en el art. 6 RGPD

contratos, ya que considera que las condiciones generales que excluían de la herencia esa relación contractual eran abusivas al no superar el control de contenido del § 307.1 y 2 BGB¹⁰.

El segundo dato de plena actualidad nos lo proporciona la recién aprobada «*Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y [como reza su título] garantía de los derechos digitales*» (LOPD), en la que el legislador español ha hecho uso del margen de acción que le brindaba el considerando 27 del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (RGPD)¹¹. En efecto, el Reglamento parte de la idea de que «*no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas*». Late en esta exclusión tanto la asentada idea de que fallecido el interesado falta un titular de esos derechos personalísimos, como el conocimiento de la disparidad de enfoques nacionales sobre la sucesión en ciertos derechos o la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. El legislador español acoge la idea del considerando en el art. 2.3 LOPD («La ley no se aplica a los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3»), pero acto seguido diseña un régimen *ad hoc* para esta situación en el artículo siguiente. Apréciase que este tratamiento, que tiene una vertiente personal (datos personales, intimidad), pero también una vertiente patrimonial (los datos, personales y no personales y los contenidos digitales pueden tener un alto valor de mercado), se

como uno de los supuestos de licitud de tratamiento de los datos personales a cargo de la empresa responsable: bien como tratamiento «necesario para la ejecución del contrato» (art. 6.1.b) o bien por ser «necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos [...] por un tercero» (art. 6.1.f) (*vid.* párrafos 67-81 de la sentencia).

¹⁰ El Tribunal federal alemán argumenta que tales cláusulas no negociadas vulneran el fin propio del contrato, causan un perjuicio desproporcionado a los usuarios al neutralizar el principio de universalidad de la sucesión y no pueden ni siquiera entenderse aceptadas en sentido estricto por el adherente pues la transformación de la cuenta en un memorial inalterable se explica en las páginas de «ayuda» de la red social y no en las condiciones generales de la contratación (*vid.* párrafos 27-29 de la sentencia). La doctrina europea se ha felicitado del alto umbral fijado por esta sentencia del BGH en cuanto a la validez de las cláusulas de renuncia en este tipo de contratos: *vid.* RESTA, G., «Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 5, 2018, pp. 201-204, en especial p. 204.

¹¹ 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 (Reglamento general de protección de datos).

encuentra ubicado en una Ley Orgánica sobre protección de datos. Por ese deseo de abarcar lo iusfundamental y lo sucesorio, el legislador desmembra en dos artículos un régimen paralelo (pero con algunas diferencias) en dos artículos que han sufrido algunos cambios de enjundia desde el Proyecto de 2017 hasta su aprobación el mes pasado¹².

El art. 3 LOPD, bajo el título de «datos de las personas fallecidas» y el art. 96, rubricado «derecho al testamento digital», diseñan un régimen de acceso de ciertas personas a los datos personales del finado, en un caso, y a los «contenidos [digitales] gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información» que pueden no merecer la calificación de datos personales. En sustancia, se establece *como regla* que ciertas personas cercanas al fallecido (y no sólo los herederos y los albaceas) podrán solicitar el acceso a los datos personales de aquél y podrán pedir también su rectificación o supresión; y *sólo como excepción*, esas personas no podrán acceder a los datos del causante si éste lo hubiese prohibido expresamente o lo establezca así la ley. Estos artículos contemplan también otras personas legitimadas para ejercer esas facultades en caso de menores o discapacitados y admiten que cualesquiera de esas personas (sin un orden de prelación, ni concreción acerca de la forma de acreditar la existencia de apoderamiento o instrucciones del *de cuius*), «podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales», a lo cual el responsable del servicio deberá proceder sin dilación.

Ciertamente, estas normas, bienintencionadas para dar alguna solución a un problema que cada vez será más frecuente (y no sólo para bloggers, *youtubers*, *influencers* y famosos digitales –con perdón–, sino para el común de los mortales, pues todo el mundo tiene ya impronta, huella o rastro digital y, cada vez más pertenencias digitales), adoptan soluciones discutibles desde un punto de vista de política legislativa y están erizadas de problemas de técnica jurídica en su aplicación práctica.

1.2. Preguntas

La exposición de hoy (que va a tener dos partes, una de preguntas y otra de respuestas) podría centrarse en exclusiva en desgranar en detalle

¹² Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-77.

esas cuestiones, pero me ha parecido más oportuno en este momento y en esta sede notarial abordarlas al hilo de una perspectiva distinta y más general, como es la siguiente:

¿*Cuáles son las cuestiones eminentemente sucesorias* que plantea el óbito de una persona en relación con sus intereses, personales y patrimoniales, en el ámbito digital? En definitiva, ¿cuáles son las preguntas importantes para el Derecho de sucesiones? Y creo que, en esencia, son estas cuatro:

- 1) ¿Cuál es el *objeto de la sucesión mortis causa*? ¿Qué se transmite *post mortem*, qué bienes inmateriales, en formato digital, integran el caudal relicto? Comienza a estar muy extendida la afirmación de que la herencia analógica y la digital son exactamente lo mismo, que sólo existe una herencia; con ser cierto, la afirmación merece muchos matices, como luego se verá.
- 2) ¿Sirve el *testamento* para transmitir el patrimonio digital? ¿Existen otros medios más idóneos?
- 3) ¿Hasta qué punto es relevante la distinción entre *sucesor hereditario* y *ejecutor testamentario* en este ámbito?
- 4) ¿Introduce el formato digital especialidades en cuanto a *valoración, cómputo e imputación y, en definitiva, partición o distribución de la herencia*? Téngase en cuenta que algunos bienes tendrán un alto valor económico (criptomonedas, obras inéditas alojadas en la nube), otros lo tendrán meramente moral o sentimental y, en general, muchos bienes digitales admiten copia o réplica sin merma del original, lo que puede permitir reparto igualitario entre todos los coherederos.

En definitiva, estas preguntas formulan el «qué», el «cómo» y el «quién» hereda o, si se prefiere, el objeto, el sujeto y la forma, a las que si añadimos el tan atractivo término «digital», tendremos los conceptos de: «herencia digital», «testamento digital» o «heredero y albacea digital», de los que tanto abuso se hace hoy en día, en ocasiones con buscada imprecisión para hacer florecer algunos modelos de negocio. De tratar de deslindar bien esos conceptos me querría hacer cargo hoy.

Pero para responder a estas cuestiones de Derecho sucesorio es preciso afrontar a la par una tarea nada sencilla, cual es delimitar *qué aspectos de la sucesión digital están regidos por otras normas*, de forma concurrente o exclusiva: en particular, la normativa sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen a la cabeza (LO 1/1982), la normativa europea y nacional de protección de datos personales, las reglas

de la propiedad intelectual (con su distinción entre derechos de explotación y derechos morales), las prohibiciones que garantizan el secreto de las comunicaciones, y el propio Derecho contractual¹³. Pongamos sólo un par de ejemplos de esta interacción normativa: intimidad, protección de datos y secreto dificultarán el acceso de los herederos al conocimiento de los bienes digitales de naturaleza patrimonial que tenía el causante y que, por tanto, deberían integrarse en la herencia. Las condiciones generales del contrato a las que el *de cuius* se adhirió en su día fijarán lo que se considera transmisible o no y concederán o no valor a las instrucciones del usuario en cuanto a quién puede acceder y, en su caso, disfrutar de sus contenidos digitales. Al respecto, no debe olvidarse que la tutela de los datos personales y la defensa del consumidor se establecen mediante normas imperativas que, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado vigentes, podrán gozar de prevalencia frente a los clausulados contractuales diseñados desde California. La previsión de la reciente Ley Orgánica de Protección de Datos de 2018 acerca de la obligación de los responsables del tratamiento de datos y los prestadores de servicios digitales de obedecer las instrucciones de los legitimados *post mortem* por el causante¹⁴ es un paso importante en el sentido de reconocer prevalencia a la voluntad del individuo en la preservación de su identidad y patrimonio digital frente a imposiciones contractuales;

¹³ Dado que en la mayoría de los sistemas no existe una regulación específica sobre la sucesión en los activos digitales, es característico en los incipientes estudios existentes abordar la materia pasando por todos esos acervos normativos: es el caso de las aproximaciones doctrinales en Bélgica, Países Bajos, Reino Unido, Alemania, etc. Una muestra de este proceder en los cuatro países citados, respectivamente, en: MAESCHAECK, B., «Digital Inheritance in Belgium», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1, 2018, pp. 37-41; BERLEE, A., «Digital inheritance in the Netherlands», *EuCML*, 6, 2017, pp. 256-260; HARBINJA, E., *Legal aspects of Transmission of Digital Assets on Death*, tesis doctoral, University of Strathclyde, 2017, pp. 13-18 y HARBINJA, E., «Digital Inheritance in the United Kingdom», *EuCML*, 6, 2017, p. 254; para Alemania, MACKENRODT, *op. cit.*, p. 41 y ss.; BLOCK, *op. cit.*, p. 370 y ss.; BUDZIKIEWICZ, *op. cit.*, p. 558 y ss.

¹⁴ Como de manera explícita establece el art. 96.2 LOPD respecto al mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes (aunque no se establece tan expresamente la misma obligación ni para datos personales *ex art.* 3 ni para contenidos digitales *ex art.* 96.1, aunque para los primeros se deriva de la obligación establecida en el art. 12 RGPD a cargo del responsable del tratamiento, consistente en facilitar al interesado el ejercicio de los derechos establecidos en los arts. 15 a 22), «El responsable del servicio al que se le comunique (...) la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma». La regla no estaba en la formulación originaria del proyecto de Ley en su Disposición Adicional 7ª.

sigue de esta manera la estela francesa (*infra*) y la solución jurisprudencial alemana y elude así una crítica recurrente a la legislación catalana, que supedita en todo caso la voluntad del causante a lo establecido en el contrato¹⁵.

Hasta el momento el debate social y jurídico sobre los *principios que deben presidir la sucesión mortis causa en los intereses digitales* del causante ha sido insuficiente. El examen de estas reglas requiere masa crítica y madurez de ideas. Las auténticas grandes preguntas son las siguientes. Fijaré escuetamente mi posición jurídica, pero me gustaría ofrecerles en el resto de la exposición los datos necesarios para que confeccionen sus propias respuestas:

- 1) ¿Es necesario *cambiar las reglas sucesorias del Código civil* para dar cobijo a las peculiaridades de los bienes inmateriales digitales? La pregunta es similar a la que se produjo con el comercio electrónico en relación con las normas del Derecho de obligaciones y contratos. Y la respuesta debería ser similar: no¹⁶. O apenas.

¹⁵ Según el art. 411-10.2.c del Código civil de Cataluña (CCCat.), la persona designada por el causante puede «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»; el art. 411-10.4 establece una regla paralela para el caso en que el causante no haya expresado sus voluntades digitales, de manera que sean el heredero o el albacea quienes tengan esas facultades, «*de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor*». Sobre la crítica a esta aproximación legislativa, SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada ‘herencia digital’: ¿necesidad de regulación? Estudio del Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10-1, 2018, p. 435, para quien «la ley catalana deja en manos de las empresas de internet la decisión acerca del destino de los bienes digitales del usuario, cosa que, en realidad, ya vienen haciendo en la práctica. (...) Por lo que cabe preguntarse por la utilidad real del sistema articulado en esta ley».

¹⁶ En una posición maximalista, es elocuente que en Inglaterra, en el encargo efectuado a la *Law Commission* para actualizar el Derecho de sucesiones, tras una amplia consulta pública con su detallado estudio, este órgano concluye que los bienes digitales «caen fuera del tipo de propiedades sobre las que normalmente versan los testamentos» y, por ende, concluye que régimen jurídico de los testamentos no es el mejor sitio para abordar estas cuestiones de manera que lo descarta como objeto de esta reforma. Así, LAW COMMISSION, *Making a will. Consultation Paper 231*, London, 2017, pp. 238-242: «*We therefore consider that the law governing the succession of digital assets falls outside the scope of our current project. The issues raised appear to relate to matters of consumer protection relating to user agreements; these are legal issues of contract and intellectual property law, rather than being governed by the Wills Act. Further, the issues arise in circumstances other than death; such as on the loss of capacity. We consider that*

- 2) En cuanto al acceso y destino de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas gestionados por terceros, *¿cuál debe ser la regla y cuál la excepción* a falta de voluntad expresa del causante: la sucesión en su posición jurídica por defecto o la extinción de ésta? Hemos visto que la LOPD parte de la regla del acceso, sólo excepcionada por la prohibición expresa del causante (o de la ley). Creo más razonable defender la regla contraria o al menos matizar mucho quiénes son las personas legitimadas para ese acceso y gestión de los intereses digitales del finado; y veremos que otros ordenamientos así lo han hecho, en relación con lo que algunos denominan el derecho a la muerte digital digna.
- 3) *¿Es razonable permitir el acceso indiscriminado a los datos personales y contenidos digitales del causante no sólo a los herederos, sino también a los parientes y allegados*, sin ninguna prelación ni limitación subjetiva? Claramente, mi posición es contraria a tal solución; en este punto las reglas sucesorias deberían predominar frente a la legitimación amplia que otras normas confieren en la defensa frente a la intromisión en derechos de la personalidad (es decir, debería concentrarse la legitimación más en herederos y legatarios, y menos personas ligadas por vínculos familiares o de hecho). La combinación de la normativa vigente con la laxitud de los operadores tecnológicos a la hora de exigir prueba del vínculo puede dar lugar a situaciones ciertamente injustificadas. Piensen en este ejemplo: Camilo José Cela falleció en lo que ahora consideraríamos la prehistoria de la web 2.0 y carecía de blogs propios, biblioteca digital adquirida, novelas inéditas almacenadas en la nube o bitcoins; su voluntad testamentaria de 1991 era clara en el sentido de favorecer quien era su esposa y única heredera al tiempo de fallecer tratando de relegar al mínimo a su único y malquerido hijo, al que sólo legó un cuadro de Miró que la STS 2 de octubre de 2014 declaró insuficiente para cubrir sus derechos legítimos, dadas las donaciones hechas en vida a la Fundación Cela; pues bien, con las normas hoy en vigor, este hijo por ser tal, tendría derecho de acceso a todos los datos y contenidos de su progenitor (igual que la heredera) y, en su caso, a ordenar su destino o supresión.

a consistent policy towards digital assets is required, rather than a «piecemeal» solution that would apply only in respect of death (...)». Parte de la doctrina ha calificado como decepcionante esta solución y urge a la aprobación de una ley específica sobre la materia: en este sentido, HARBINJA, «Digital Inheritance...», cit., p. 256.

- 4) En ese contexto, ¿es razonable conceder a personas vinculadas con el fallecido por razones familiares o de hecho *facultades tan amplias* como el acceso a datos personales, su uso, rectificación o incluso supresión? ¿Nos parece que la expectativa media del usuario en España es que el cónyuge o un sobrino pueda acceder a la cuenta de correo electrónico o a los mensajes privados de *Facebook* si el testador no lo prohibió? Ya intuyen que mi respuesta es negativa.
- 5) ¿Deben establecerse las *mismas soluciones para cualquier bien o servicio digital*?

1.3. Respuestas (en el mercado y en la legislación comparada)

Ante tantas cuestiones vigentes, actuales, apremiantes, surgen respuestas desde la propia práctica del mercado y desde los órganos legislativos de unos pocos países. Así, por una parte, algunos de los *principales prestadores de servicios en internet* ya prevén en sus términos y condiciones de uso e implementan en los perfiles de configuración de las cuentas la posibilidad de designar a una o varias personas que reciban las claves de acceso al servicio y tomen algunas decisiones: en concreto, *Facebook* e *Instagram* permiten al llamado «contacto de legado» decidir que el perfil se borre por entero o se convierta en una cuenta conmemorativa, en la que los amigos puedan compartir recuerdos del difunto (pero la persona autorizada para tales decisiones no podrá alterar el contenido ni leer los mensajes no públicos). *Twitter* contempla que la persona legitimada podrá comunicar el óbito para que se borre la cuenta y los mensajes, pero obviamente no podría seguir usándose dicha cuenta (pues supondría una suplantación de personalidad). *Google* cancela las cuentas que detecta como inactivas, salvo que su titular hubiera designado a persona de confianza para gestionarla. Otras redes y plataformas sólo establecen la intransmisibilidad de la relación negocial, pero no contemplan expresamente el supuesto del deceso (*Youtube*, *LinkedIn*). La solución de *Facebook* cuenta con la ventaja práctica de que el usuario habrá comunicado al prestador directamente su voluntad digital y el contacto del encargado de ejecutarla.

Adicionalmente, *surgen modelos de negocio nuevos* de diversa laya: desde los que promocionan confeccionar un supuesto «testamento digital», a los que ofrecen custodiar las contraseñas de acceso a diversas cuentas y perfiles digitales y entregarlos a la persona designada por el causante o gestionar la cancelación de suscripciones *on line*, pasando

por aseguradoras que ofrecen servicios similares o incluso el borrado de todo rastro digital como prestación de su seguro de decesos¹⁷. También comienzan a promocionarse «cazadores de herencias digitales»¹⁸ que localizan saldos en cuentas de eBay o Paypal o en monederos virtuales para, a continuación, contactar con los potenciales herederos.

Por otro lado, las respuestas legislativas conocidas, hasta la fecha, se han producido fundamentalmente en Estados Unidos, Francia, España y Cataluña, junto con algunas iniciativas en curso.

A) Estados Unidos de América. La *Uniform Law Commission* (entidad sin ánimo de lucro centenaria que proporciona a los Estados norteamericanos propuestas de legislación) publicó en 2014 la *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA)* que un año después fue revisada –por las presiones de los operadores de internet–, dando lugar a la vigente RUFADAA (*Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* o «Ley Uniforme Revisada de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos Digitales»), que ha sido implementada como ley en vigor en prácticamente todos los Estados norteamericanos (en 43, en concreto, y en cuatro más en curso de aprobación en 2019)¹⁹. Estas normas per-

¹⁷ La explicación de algunos de esos modelos de negocio por sus propios responsables puede verse en OLIVA LEÓN, D., VALERO BARCELÓ, S., *Testamento ¿Digital?*, E-book, Juristas con Futuro, 2016 (disponible en www.juristasconfuturo.com). Vid. también ejemplos de empresas concretas, v. gr., en SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales. Marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, LXXI-2, 2018, pp. 422-423.

¹⁸ Vid. el modelo expuesto por la fundadora de «Mi legado digital», GINER GANDÍA, J., «El testamento digital sí existe y ya ha llegado», en OLIVA/VALERO, *Testamento ¿digital?*, cit., p. 60.

¹⁹ Vid. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22>. Sobre esta norma, LÓPEZ, A. B., «Posthumous Privacy, Decedent Intent, and Post-Mortem Access to Digital Assets», *Geo. Mason Law Review*, 24-1, 2016, pp. 183-242; SY, E., «The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology?», *Touro Law Review*, 2016, 32, pp. 647-677; WALKER, M. D., «The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age», *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 52, 2017, pp. 51-78. En la doctrina española existen valiosos resúmenes de la normativa norteamericana (y francesa) en SANTOS MORÓN, «La denominada...», cit., pp. 426-430; GINEBRA MOLINS, M. E., «Morir en la era digital: 'Voluntades digitales', intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 130-137; RUDA GONZÁLEZ, A., «Más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 29-30 de junio de 2017, UOC/Huygens Editorial, Barcelona, 2017, pp. 233-236.

miten al así llamado «fiduciario» del causante (término que incluye ejecutores testamentarios, apoderados, *trustees* y otras figuras encargadas habitualmente de gestionar administrar tangibles en beneficio ajeno) gestionar bienes digitales como archivos informáticos, nombres de dominios, dinero virtual, etc., pero restringen su acceso a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas de redes sociales, salvo que el usuario original le hubiese autorizado en un testamento, *trust*, poder u otro archivo (a lo único que pueden acceder, salvo prohibición, es a lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de correo, el llamado «catálogo de las comunicaciones», pero no al contenido de los correos). Quiero destacar el cambio de paradigma que se produjo entre la primera versión de 2014 y la de 2015, para mayor defensa de la intimidad²⁰, pues en un solo año, se pasó de ser la regla que los fiduciarios podían acceder tanto a las cuentas como a su contenido, salvo manifestación en contra del causante, a la regla contraria cuando se trata de ciertos contenidos y comunicaciones. Repárese también en que el acceso sólo se da a las personas autorizadas o legitimadas por el causante, no a cualquier familiar o allegado, bajo el presupuesto de que el usuario de esos servicios no espera que su información privada ser conocida por terceros, ni en vida ni *post mortem*.

B) Unión Europea: en el seno del *European Law Institute* se constituyó un grupo de trabajo para redactar un borrador de Directiva para toda la Unión Europea sobre esta materia. Aunque en un principio se pensó seguir el modelo de la RUFAADA estadounidense, finalmente fue descartada esa opción por la diferencia de categorías y culturas jurídicas. El grupo sigue avanzando en 2019 en la elaboración de un texto articulado, previsto para marzo de 2021²¹.

²⁰ En el cambio tuvo un impacto decisivo la propuesta de una ley que presentó *Netchoice*, una asociación empresarial sobre comercio electrónico, *lobbie* de alta representatividad, con la que se pretendían potenciar los aspectos de privacidad del difunto, frente a las reglas originales de la UFAADA de 2014. Se trata de la *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act (PEAC)* [disponible en: <http://netchoice.org/library/privacy-expectation-afterlife-choices-act-peac/>]. Sobre esta propuesta, COSTELLO, M. W., «The ‘PEAC’ of Digital Estate Legislation in the United States: Should States ‘Like’ That?», *Suffolk University Law Review*, 9, 2016, pp. 429-449. *Vid. infra* nota 74.

²¹ *Vid.* <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/access-to-digital-assets/>. Los directores del Grupo de Trabajo del ELI sobre *Access to Digital Assets* son el prof. S. VAN ERP y el Letrado de la Administración de Justicia J. UITDEHAAG.

C) **Francia:** Ley nº 2016-1321 de 7.10.2016, para una república digital (*pour une République numérique*), en lo que interesa, reguló con un planteamiento muy distinto, el «derecho a la muerte digital» (*mort numérique*); la versión actual de esos preceptos, insertos en 2016 en la Ley conocida como «Ley sobre informática y libertades» (1978), cuenta con una nueva redacción con mínimos cambios, que entraron en vigor el 1 de junio de 2019²². Estas normas francesas se refieren sólo a los derechos sobre datos personales (por lo que plantea toda suerte de dudas sobre contenidos digitales que no constituyan datos personales) y su punto de partida es que los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) «se extinguen a la muerte de su titular», aunque pueden ser provisionalmente mantenidos²³. La ley permite que el usuario decida sobre el destino de esos datos tras su muerte, de manera que puede disponer unas directrices o instrucciones generales para todos sus datos personales o particulares en relación con determinados prestadores de servicios de cara a nombrar una persona de su confianza para la «conservación, eliminación y comunicación» de esos datos²⁴. A falta de esa persona, los herederos²⁵ (y sólo los herederos) tendrán derecho a conocer las directrices y solicitar su ejecución. Además se establece que serán nulas las cláusulas contractuales que limiten estos derechos del usuario²⁶. A falta de instrucciones, de nuevo los herederos contarán con esos derechos «en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión», esto es, «a fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia»²⁷ (cuentas bancarias,

²² Originalmente, el art. 63 de la Ley para una República Digital de 2016, añadió un largo art. 40-1 a la Ley nº 78-17, de 6.1.1978 sobre informática, ficheros y libertades (LIFL). Tras ulteriores reformas para adaptar el Derecho francés al RGPD (en particular, por medio de la *Ordonnance* nº2018-1125 de 12 Diciembre 2018, en vigor desde el 1 junio 2019), dentro del margen de actuación que permite el marco europeo, esas nuevas reglas se encuentran ubicadas en un nuevo capítulo V del título II de la LIFL, título consagrado al régimen de protección de los datos de carácter personal previsto por el RGPD. Dicho capítulo, que comprende los arts. 84, 85 y 86 LIFL, se rubrica «*Dispositions régissant les traitements de données à caractère personnel relatives aux personnes décédées*».

²³ Art. 84, § 2 LIFL.

²⁴ Art. 85.I § 1 LIFL.

²⁵ Art. 85-I § 8 LIFL.

²⁶ Según el art. 85-I § 9 LIFL, «*Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite*».

²⁷ Art. 85.II LIFL.

bitcoins, facturas por correo electrónico...); los herederos también podrán cerrar las cuentas del difunto o poner al día las cuentas del fallecido²⁸. La norma francesa resalta el carácter imperativo de esos nuevos derechos al establecer que el responsable del tratamiento de los datos personales debe justificar que ha realizado las operaciones exigidas por los herederos²⁹, además de que todo suministrador de un servicio de comunicación al público en línea debe informar al usuario del destino de sus datos personales en el momento de su defunción y debe permitirle elegir entre comunicar o no sus datos al tercero que designe³⁰.

D) Cataluña. Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales³¹, que modifica los libros II y IV del CC catalán, también regula la forma de administrar el entorno digital después de la muerte, así como en casos de minoría de edad o capacidad judicialmente modificada. Las disposiciones del causante al respecto pueden llevarse a cabo mediante instrumento sucesorio (testamento, codicilo, memorias) o, en la versión aprobada de la Ley, mediante un «documento de voluntades digitales» que habría de inscribirse en un nuevo Registro electrónico; sin embargo, los preceptos relativos a este documento extratestamentario y a ese Registro han sido anulados, por cuestiones competenciales, en la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019³². El instrumento sucesorio que plasme las voluntades digitales fijará la forma en que el heredero, el albacea universal o la persona designada para

²⁸ Art. 85-II.2º LIFL.

²⁹ Art. 85-II § 2 LIFL.

³⁰ Art. 85-III LIFL.

³¹ 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 (BOE de 17 julio 2017, nº 173, p. 63631 y ss.). Sobre la gestación de la norma, RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 226 y ss. Para el análisis de la ley aprobada, GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, p. 140-148; SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 429 y ss., quien, en particular, centra su estudio en analizar la naturaleza del Registro de voluntades digitales y defender su constitucionalidad (pp. 434-439), antes de que fuera finalmente anulado por el Tribunal Constitucional.

³² BOE, 14 febrero 2019, nº 39, p. 14535 y ss. En concreto, la STC declara la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos relativos a ese documento y su inscripción registral contenidos en los arts. 411.10.3,b), 421.24.1, así como la Disposición adicional tercera y la final cuarta del Libro IV del CCCat (así como la Disposición final de la Ley 10/2017). La sentencia cuenta con el voto particular en contra de la magistrada E. ROCA TRÍAS, en el que se sostiene que el carácter meramente administrativo y no jurídico-civil del Registro electrónico de voluntades digitales no vulnera las competencias estatales consagradas en el art. 149.1.8 CE.

ejecutarlas, «actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas»³³. De nuevo destaco que prima la designación de persona de confianza del testador y no una genérica habilitación a cualquier persona próxima. El encargado de ejecutar las voluntades digitales puede comunicar la defunción al prestador de servicios, solicitar la cancelación de las cuentas y pedir que se cumplan las cláusulas contractuales previstas para el caso de defunción, incluido, si procede, recabar copia de los archivos digitales de los servidores³⁴; como ya se expuso, esta última regla, que da primacía al clausulado de adhesión impuesto por las empresas supone una intervención normativa poco favorable al usuario digna de crítica. También merece la pena destacarse que salvo que el causante lo autorice, su ejecutor digital «no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial»³⁵.

Si ahora se contrasta este diseño con el régimen de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) de finales de 2018 (arts. 3 y 96), se hace evidente que se parte de otras reglas por defecto. Según se ha constatado, tanto en Estados Unidos, como en Francia como en Cataluña se da prevalencia a la voluntad del causante, pero esa voluntad no se presume y, además, de no haber instrucciones del difunto, los fiduciarios/ejecutores, personas de confianza designadas o herederos sólo tienen un acceso limitado a los datos personales del causante (en Estados Unidos el catálogo limitado de comunicaciones, en Francia la información para liquidar la herencia, etc.). El Derecho comparado examinado hasta este momento enseña que no cualquier persona con algún vínculo familiar o de hecho con el *de cuius* puede acceder a sus contenidos digitales, como con claro exceso establece en cambio como regla de defecto nuestra reciente LOPD.

E) Otras regulaciones nacionales dentro de la Unión Europea. Si hasta este momento hemos analizado intervenciones legislativas foráneas³⁶

³³ Art. 411-10.1 CCCat.

³⁴ Art. 411-10.2.b) CCCat.

³⁵ Art. 411-10.6 CCCat.

³⁶ Para el estado de la cuestión en países como Bélgica, Países Bajos, Reino Unido o Alemania, sin ley específica y antes del posible tratamiento por la vía de protección de datos, *vid.* la bibliografía referenciada en la nota 13, que parte del Derecho sucesorio fundamentalmente, para ampliar el análisis en otras leyes especiales.

que abordan la materia a partir de leyes específicas en las que las instituciones sucesorias desempeñan un papel preeminente, existe también otro modelo por el que ha parecido optar el legislador español de la LOPD, cual es el de regularlo en la normativa específica de protección de datos personales. Es el caso de *Italia*, en su modificación de 2018 de su normativa de protección de datos³⁷; la normativa italiana, a diferencia de la francesa, ya partía de la idea de que la protección de los datos personales no se extinguía con la muerte de su titular y podía ser ejercida *post mortem* por herederos, parientes cercanos y personas con intereses legítimos³⁸. Ese postulado se mantiene en la vigente regulación, de manera que los derechos sobre los datos personales (arts. 15-22 RGPD), incluidos el derecho al olvido y el de portabilidad, concernientes a una persona fallecida sí pueden ser ejercitados «por quien tenga un interés propio, o actúe en defensa del interesado, en calidad de mandatario suyo, o por razones familiares merecedoras de protección»³⁹. Ahora bien, respecto a servicios de la sociedad de la información el interesado puede prohibirlo expresamente mediante declaración escrita presentada al responsable del tratamiento o comunicada al mismo; esa declaración debe ser inequívoca, específica, libre e informada y puede revocarse o modificarse⁴⁰; es la forma en que el legislador italiano, con menos énfasis que el francés, trata de defender al usuario de los servicios digitales frente a renunciaciones que no se basen en el consentimiento informado reforzado que establece el RGPD (art. 6). Como se puede apreciar, la regla por defecto, con un amplio número de legitimados y su excepción (prohibición expresa por el causante), son similares a las adoptadas pocos meses después en la legislación española. La ley italiana (como también hará la española), añade con ánimo de no entorpecer el genuino fenómeno hereditario, que la prohibición del interesado no puede afectar a los derechos patrimoniales derivados de la sucesión

³⁷ Decreto Legislativo de 10 agosto 2018 n. 101 (*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016*), en concreto, art 2 *terdecies*, titulado «*Diritti riguardanti le persone decedute*». Vid. RESTA, «Personal data...», cit., pp. 202-203.

³⁸ Así, art. 9.3 del Decreto Legislativo 196/2003 que aprobó el Código de Protección de Datos (modificando la Ley de Protección de Datos de 1996). Sobre el régimen anterior en perspectiva comparada, vid. RESTA, G., «La morte digitale», en *Diritto dell'informazione de dell'informatica*, 39-6, 2014, pp. 891-920.

³⁹ Art. 2 *terdecies*, apartado 1 del D. Leg. 10.8.2018.

⁴⁰ Art. 2 *terdecies*, apartados 2 a 4, del D. Leg. 10.8.2018.

*mortis causa*⁴¹. Otros Estados miembros de la UE, al ajustar sus leyes nacionales al RGPD, han introducido límites temporales al ejercicio por otras personas de los derechos del difunto sobre sus datos personales, como es el caso de Hungría (5 años desde la defunción) o Dinamarca (10 años)⁴².

F) Iniciativas notariales. En el panorama europeo, también existen algunas iniciativas notariales interesantes que fueron puestas de relieve en el el IV Congreso notarial europeo celebrado en 2017 en Santiago de Compostela. En concreto, por una parte el proyecto de los notarios de los Países Bajos denominado *Notaris ID*, que permite la identificación *online* de las personas por medio de certificados notariales, y, por otra parte, la iniciativa del notariado de Malta en su proyecto RODAIS (*Regulation Of Digital Assets within Inheritance and Succession Scenarios*) que busca crear un documento de buenas prácticas al respecto con las principales compañías del sector⁴³. Adicionalmente, el notariado holandés ha comenzado a promover la inclusión en los testamentos de un «albacea para las redes sociales», con posible adición en el testamento de un catálogo de cuentas y contraseñas y su Asociación notarial ha promovido el desarrollo de una suerte de «caja fuerte digital» en la que los cientes puedan almacenar sus datos⁴⁴.

Pero centrémonos ya en las cuestiones eminentemente sucesorias relativas al qué, cómo y quién del fenómeno sucesorio digital, esto es, la herencia digital, el testamento digital y los herederos y albaceas digitales.

⁴¹ Según el art. 2 *terdecies*, apartado 5, «*in ogni caso, il divieto non puo' produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonche' del diritto di difendere in giudizio i propri interessi*».

⁴² Vid. POHLE, J., «Data Privacy Legislation in the European Union Member States – A Pratical Overview (parts I and II)», *Computer Law Review International (CRi)*, 4, 2018, pp. 97-116, y *CRi*, 5, 2018, pp. 133-147, en especial, pp. 102 y 107.

⁴³ *4th Congress of the Notaries of Europe*, Topic I, «Consumer Protection in the digital» Environment», Santiago de Compostela, 5-7 octubre 2017 (disponible en <https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/mediatheque/>). Noticia de ambas iniciativas, también en LLOPIS BENLLOCH, J. C., «4º Congreso de los Notarios de Europa: la protección de los consumidores en el ámbito digital», *Diario La Ley*, 12184/2017, pp. 3-4; GARCÍA MÁS, F. J., «Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías. El Blockchain y otras cuestiones digitales. La función notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, 106, 2018, pp. 153-238.

⁴⁴ BERLEE, *op. cit.*, p. 260.

2. OBJETO DE LA SUCESIÓN DIGITAL: LA HERENCIA

2.1. Sucesión (patrimonial) en la herencia y defensa (extrapatrimonial) de la memoria del difunto

Para definir qué bienes o derechos pueden estar comprendidos en la herencia por ser transmisibles *mortis causa* es preciso realizar un esfuerzo de clasificación ante una realidad digital tan voluble. El punto de partida para llegar al caudal relicto ha de ser el sujeto titular en vida de un patrimonio que se convierte en herencia. Cualquier estudiante de primero de Derecho sabe que el nacimiento determina la personalidad jurídica (art. 29), que ésta otorga la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y una identidad y que se extingue por la muerte de las personas (art. 32), como recuerdan los arts. 29, 30 y 32 CC. Con la muerte se extinguen los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen) y los derechos patrimoniales personalísimos o vitalicios.

Ahora bien, el ordenamiento otorga cierta protección a lo que nuestra doctrina clásica ha llamado la «personalidad pretérita»⁴⁵, pues como bien dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/1982 y recuerda el Tribunal Constitucional (STC 12.11.1990), «*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*». Nuestro legislador adoptó este esquema de protección *post mortem* de la memoria del difunto frente a intromisiones

⁴⁵ Entre la abundante bibliografía al respecto, se recomienda la lectura de HUALDE SÁNCHEZ, J., «La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Bienes de la personalidad (XIII Jornadas de la APDC)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2008; ALONSO PÉREZ, M., «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 2003, pp. 1-41 (disponible en <http://www.asociacionabogadosres.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>); COBAS COBIELLA, M. E., «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión», *Revista Boliviana de Derecho*, 15, 2003, pp. 112-129; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «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*, 5, 2016, pp. 201-238. Y, recientemente, el completo y actualizado tratamiento de MINERO ALEJANDRE, G., *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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ilegítimas producidas después del fallecimiento en los arts. 4 a 6 de la LO 1/1982, negando, como también se hiciera en la experiencia francesa y alemana, que exista propiamente una transmisión *mortis causa* de derechos o facultades del finado. Es decir, la defensa de la *memoria defuncti* no se construye desde los principios del Derecho de sucesiones, porque se entiende que no hay transmisión *mortis causa* de derechos técnicamente extinguidos, sino tutela de un bien jurídico distinto. Los defensores o curadores de esa personalidad pretérita sólo cuentan con legitimación para defenderla (como fiduciarios)⁴⁶, pero no se les concibe a todos como beneficiarios de las potenciales indemnizaciones derivadas de tales acciones: legitimados y beneficiarios pueden coincidir o no y, de hecho, la doctrina no ha dejado de mostrar su perplejidad por la norma de reparto que establece el art. 9.4⁴⁷. El elenco de legitimados es amplio y aunque puede (y desde mi punto de vista debe) censurarse que no se ciña a los herederos⁴⁸, que ni se mencionan, tanto la construcción dogmática que la respalda (no es parte de la herencia) como el interés protegido (la dignidad del finado, no su patrimonio), pueden avalar en este ámbito que, a falta de designado por el causante para ocuparse de esta defensa, tengan esa legitimación: cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada; y en defecto de todos ellos, el Ministerio Fiscal.

Cabe añadir que la LO 1/1982 diseña estas reglas para evitar la lesión de la memoria del difunto, pero no se preocupa propiamente de los aspectos patrimoniales relativos a la explotación económica de la

⁴⁶ SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 37; ID., «El título de heredero», *Revista de Derecho Notarial*, 1985, pp. 421 y ss.

⁴⁷ Recordemos que según el art. 9.4 LO 1/1982, «El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción». *Vid.* la crítica por la disparidad entre dañados, legitimados, beneficiados *ex lege* y herederos en ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 26-27 y 32; YZQUIERDO TOLSADA, M., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J. M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, tomo II, p. 1158 y ss.; MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 110-112.

⁴⁸ En este sentido, por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. I-2. Parte General. Persona*, 6ª ed. a cargo de J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010, p. 108; YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 1160.

identidad humana pretérita⁴⁹ (tales como el nombre, la voz o la imagen, por lo demás, tan susceptibles de uso no autorizado en el mercado digital); ha sido la doctrina y la jurisprudencia⁵⁰, con singular impacto desde las sentencias que abordaron la tutela de los derechos de imagen de Salvador Dalí cedidos por el Estado español como heredero a la Fundación Gala-Salvador Dalí (cuyo último episodio⁵¹ está en la STS plenaria de 20.6.2016), la que ha construido una auténtica transmisión *mortis causa* del componente patrimonial de los derechos de la personalidad y, en particular, del derecho de imagen (no exenta de muchos problemas)⁵². Un

⁴⁹ El «valor comercial de la identidad personal» no está contemplado por LO 1/82, aunque, como ha sostenido la doctrina, es un bien existente en el tráfico actual y es perfectamente posible su transmisión *mortis causa*, como refuerza el nuevo tenor del art 9 Ley 1/1982 tras reforma por LO 5/2010 (cabe acumular acción de indemnización y de restitución de los beneficios obtenidos por el infractor): en esta línea, MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 133 y ss., quien sostiene que «permitir el ejercicio de la acción de transmisión de los ingresos obtenidos por el demandado con la utilización no consentida de la imagen de la persona fallecida supone un reconocimiento implícito que va más allá de la tutela moral de la memoria pretérita»; aunque esta autora patrocina un uso extensivo de la legitimación *post mortem* de los arts. 4-6 LO para que parientes y allegados ejerzan las acciones relativas al uso económico de los atributos de la personalidad del causante (como la imagen, *op. cit.*, pp. 135 y 148), me parece preferible restringir la legitimación para esas acciones sólo para los herederos (en esta última línea, ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, cfr. p. 29).

⁵⁰ Para un repaso particularmente concienzudo de esta evolución en el Derecho español (y sus problemas actuales), con notas comparatistas con la tradición francesa y alemana, *vid.* CERVANTES VENDRELL, C., *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisibilidad de los derechos de imagen*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 471-528.

⁵¹ En otro plano, sobre las reglas de Derecho Internacional Privado y el *droit de suite* o derecho de participación del autor (o sus sucesores) en la reventa de obras plásticas, *vid.* la STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros* (y la STGI París que puso fin a ese conflicto, considerando que el beneficiario era el Estado español, pese a que la norma francesa concede ese beneficio a los «herederos forzosos»). Al respecto, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 abril 2010, caso *Fundación Gala-Salvador Dalí*)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4-1, 2012, pp. 234-244.

⁵² Precisamente la cuestión debatida en esta STS 20.6.2016 fue la legitimación del cesionario (Fundación Gala-Dalí) del heredero (el Estado español) para accionar en defensa de los derechos patrimoniales de imagen, pues no es uno de los legitimados del art. 4 LO 1/1982 (que a mi juicio no debería usarse en este caso). Pero el TS admite ese argumento de la AP de Barcelona y considera que como Dalí no designó en testamento quién defendiera su imagen, al no tener parientes, sólo debería ser el Ministerio Fiscal. Un comentario a esta sentencia en CERVANTES VENDRELL, C., «Protección *post mortem*

contenido patrimonial que sí sobreviviría al titular primigenio y se integraría en la herencia, existiendo aún hoy dudas acerca de la duración de ese monopolio de explotación, para cuyo debate se usan analogías como la regulación de la propiedad intelectual⁵³ (art. 26 LPI: «los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento»).

Pues bien, retornando al posible contenido digital de la herencia y sabido que existe una tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad prétérita que no integran la herencia y unos derechos patrimoniales de explotación de algunos derechos de la personalidad que sí podrían integrarla, junto con los derechos de explotación de la propiedad intelectual, transmisibles *mortis causa* durante 70 años después del fallecimiento, recordemos que según el Código civil, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte» (art. 659), que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (661) y que el testamento admite también un contenido extrapatrimonial (art. 667)⁵⁴, pese a la referencia literal del 667 a la disposición de «bienes», que no existían en las conocidas definiciones de ULPIANO y su discípulo MODESTINO⁵⁵ (según éste es la «voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte»).

2.2. Cuatro distinciones útiles para delimitar el ámbito de la «herencia digital»

En un entorno digital tan cambiante, esclarecer en qué activos (y pasivos) digitales sucede el heredero o legatario exige una precisa taxo-

del derecho a la imagen: el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí», *Almacén de Derecho*, 30 junio 2016 (disponible en: <http://almacenederecho.org/proteccion-post-mortem-del-derecho-la-imagen-caso-la-fundacion-gala-salvador-dali/>).

⁵³ CERVANTES VENDRELL, *El mercado...*, cit., pp. 522-528, quien sostiene, no obstante, frente a la doctrina mayoritaria, que falta identidad de razón para recurrir a las normas de la LPI y que dicho plazo sería excesivo para la tutela de los intereses de los herederos en explotar los elementos de la identidad del fallecido, por lo que se suma a plazos de 20 o 30 años desde el fallecimiento del titular originario propuestos por parte de la doctrina.

⁵⁴ «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento».

⁵⁵ «El testamento es la declaración conforme al derecho que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte».

nomía jurídica, un esfuerzo clasificador nada sencillo de practicar. A uno se le viene inmediatamente a la cabeza la primera página de *Cien años de soledad*, donde GARCÍA MÁRQUEZ escribía: «*El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo*». Las siguientes cuatro dicotomías o distinciones pueden ser útiles para esa clasificación:

2.2.1. *Identidad digital y patrimonio digital*

Hay que distinguir entre la *identidad digital* (el sujeto) y el *patrimonio digital* (objeto). Hasta el fundamento constitucional sobre la disponibilidad *mortis causa* de las incumbencias personales y patrimoniales es distinto, pues mientras en el segundo caso residirá en el art. 33 CE (propiedad y herencia), en el primer caso su base estará en el art. 10 CE (la dignidad de la persona).

Como vienen poniendo de relieve diversos autores, la «identidad digital» 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, etc.): se trata, en definitiva, del rastro o huella digital. Puede distinguirse, por tanto, de las diversas «identidades virtuales» que un mismo sujeto puede usar en distintas plataformas, como seudónimos en redes sociales, avatares en videojuegos en línea, etc.⁵⁶ La identidad digital merecerá al morir, cuando menos, la misma protección que los aspectos tutelables de la personalidad pretérita en el mundo no digital.

2.2.2. *Bienes digitales y servicios digitales*

La segunda diferencia es particularmente determinante: *debe distinguirse entre bienes digitales y servicios digitales* y aún dentro de éstos, en varios grupos con caracteres distintivos. Debe descartarse para delimitar qué es heredable una noción general y omnicompreensiva de contenidos digitales (a la que, por cierto, apela el art. 96 de la nueva LOPD, sin definirlos). En las recientes tramitaciones de normas europeas que

⁵⁶ Vid. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., «Testamento digital», en OLIVA LEÓN y VALERO BARCELÓ, *Testamento ¿digital?* (2016), cit., p. 28; GONZÁLEZ GRANADO, J., «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», *ibidem*, pp. 40-41; GARCÍA HERRERA, V., «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad Civil*, 7-8, 2017, pp. 65 y ss.

adoptaban un concepto único y amplio de contenidos digitales a otros efectos ha acabado imponiéndose la distinción entre «contenidos» (*melior*, aquí, bienes)⁵⁷ y «servicios» digitales; así ha sucedido con la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 sobre el contrato de suministro de contenidos digitales⁵⁸ que comenzó con una noción amplia de contenidos digitales en la que se comprendían determinados servicios (propios de las redes sociales y del almacenamiento en la nube) y que, en la versión finalmente aprobada de esta Directiva 770/2019, de 20 de mayo, distingue por una parte los «contenidos digitales»⁵⁹ y, por otra parte, los «servicios digitales», en particular lo que podríamos llamar servicios-redes sociales y los servicios-*cloud computing*⁶⁰, con algunas reglas específicas para el suministro continuo durante un período, frente a los contratos basados en actos individuales de suministro (art. 11). La misma dicotomía aborda la nueva Directiva de 2019 de reforma de la Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores⁶¹ y, en cierta medida, la distinción obra en el Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

⁵⁷ Vid. CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales: una necesidad europea*, Dykinson, Madrid, 2018.

⁵⁸ COM(2015) 634 final.

⁵⁹ Art. 2.1 de la Directiva 770/2019: contenido digital: «los datos producidos y suministrados en formato digital»

⁶⁰ Art. 2.2. de la Directiva 770/2019: servicio digital: «a) un servicio que permite al consumidor *crear, tratar, almacenar o consultar datos* en formato digital, o b) un servicio que permite *compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios* de ese servicio, o *interactuar* de cualquier otra forma con dichos datos». Aunque a fuer de sinceros, esta Directiva prácticamente no hace distinciones en cuanto a la falta de conformidad (que es el núcleo de la norma) de tales contenidos o servicios. Para una catalogación de los contenidos y tipos de servicios digitales comprendidos en la nueva Directiva y la exposición de las condiciones generales de los principales operadores del mercado en punto a la extinción de este tipo de contratos, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad», en CASTILLO PARRILLA, J. A., CASTAÑOS CASTRO, P. (cords.), *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.

⁶¹ Se trata de la aún no publicada en DOUE (*vid.* Resolución legislativa del Parlamento Europeo (P8TA-PROV(2019)0399) aprobando la Directiva el 17 de abril de 2019) Directiva procedente de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE.

Creo que las siguientes cinco categorías permiten atrapar la diversidad de internet a efectos de 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:

- 1) Bienes digitales («contenidos», en el sentido de las Directivas citadas), con varias precisiones sobre su transmisibilidad.
- 2) Servicios de almacenamiento en línea.
- 3) Servicios de redes sociales.
- 4) Servicios de comunicaciones electrónicas (como subcategoría de la anterior).
- 5) Puros datos (personales o no) generados por el usuario como huella digital de su paso por el mundo virtual.

En todos los casos, de cara al acceso a esos bienes, servicios o datos, existe un problema de legitimación del causahabiente, pero en algunos supuestos, el problema esencial es de «apropiabilidad» o, por mejor decir, de legitimidad en la transmisión del goce.

Así, en cuanto a los **bienes, productos o contenidos digitales**, varias distinciones más son precisas: en primer lugar, debe distinguirse entre contenidos digitales ajenos a los que un usuario accede (libros electrónicos, canciones, películas, videojuegos) y contenidos generados por el propio usuario (blogs, vídeos subidos a una plataforma como *Youtube*, fotografías en *Instagram*, etc.). En ambos casos, tanto las condiciones contractuales aceptadas al entablar la relación jurídica con el proveedor de servicios, como el régimen de la propiedad intelectual y la vieja cuestión de la «propiedad de los bienes inmateriales» serán determinantes⁶². En efecto, conceptualmente no existe problema en admitir el legado de una biblioteca, discoteca o filmoteca digital pero ocurre que, por una parte, lo adquirido no es la propiedad de la canción o el libro, sino una

⁶² Me he ocupado de ello en CÁMARA LAPUENTE, S., «Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)», en LAUROBA LACASA, E. (Dir.), *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 325-361. Vid. también BANTA, N. M., «Property Interests in Digital Assets: The Rise of Digital Feudalism», *Cardozo Law Review*, 38, 2017, pp. 1099-1157, quien sostiene, desde las categorías del Derecho norteamericano, que los derechos que recaen sobre los bienes digitales son asimilables a una forma de propiedad y, por tanto, las reglas tradicionales del Derecho de propiedad deben proteger los plenas facultades del titular que los adquirió, incluida la facultad de disposición testamentaria, que no debería ser eliminada por vía contractual.

licencia de uso temporal de la creación intelectual (no hay propiedad del *corpus mysticum*, sino sólo autorización de uso limitado, a diferencia de lo que ocurre con el *corpus mechanicum* cuando la obra está plasmada en un soporte tangible); y, por otra parte, que las condiciones contractuales habrán establecido que esa licencia será intransmisible y se extingue con la muerte del licenciatario. Podremos entrar en el debate de si esas cláusulas son lícitas o no (debate extendido en Estados Unidos⁶³ y, respecto a las redes sociales, en Alemania, tras anular el BGH como abusivas las cláusulas que impedían a los herederos acceder al contenido de una cuenta de *Facebook*⁶⁴), pero el problema está servido y salvo que por falta de transparencia o por claro desequilibrio no pasen el filtro de las cláusulas abusivas, el oferente podrá en principio configurar la modalidad de goce que quiere transmitir, salvo límites legales. Para quienes sostienen que en la herencia da igual que una ópera esté en un CD o en la nube, este es un factor que debe hacer reflexionar. En su momento el actor *Bruce Willis* ya probó la amarga realidad de los límites contractuales cuando quiso legar en su testamento a su hija las canciones adquiridas en el *Apple Store*⁶⁵.

También en los contenidos generados por los propios usuarios las condiciones aceptadas en cuanto a la propiedad intelectual deberán tomarse en consideración: el usuario que pone a disposición de otros usuarios un contenido por él creado (un vídeo) otorga, según la mayoría de las plataformas, una licencia mundial, no exclusiva, irrevocable y perpetua para utilizar esos contenidos incluso aunque cancele su cuenta (así ocurre en *Apple, Google, Spotify, Twitter o WhatsApp*; precisa *Youtube* que la licencia se cancela al borrar los vídeos⁶⁶: por tanto, si la posición del usuario pasa a sus herederos, éstos podrían ordenar la supresión,

⁶³ Cfr. BANTA, «Inherit the Cloud...», cit., pp.

⁶⁴ Aunque la sentencia del BGH de 5.12.2018 ha acaparado la atención en el continente europeo por ser la pionera en la materia por parte de un Tribunal Supremo dentro de la UE, similares problemas se han venido afrontando en la jurisprudencia norteamericana, siendo uno de los más señalados el caso *Ajemian v. Yahoo!* La *Supreme Judicial Court de Massachusetts* dictaminó el 17.10.2017 que los dos hermanos del fallecido en 2006, en su calidad de coadministradores de la herencia tenían derecho a acceder a los contenidos de la cuenta de correo electrónico que el finado tenía en *Yahoo*. El 26 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo de Estados Unidos denegó el *writ of certiorari* planteado por la compañía.

⁶⁵ Aparentemente, esta historia se mueve entre la realidad y el bulo: *vid.* EDWARDS, L., HARBINJA, E., «'What happens to my Facebook profile when I die?': Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death», en CARPE, V., MACIEL, C. (Dirs.), *Digital Legacy and Interaction: Post-Mortem Issues*, Springer, 2013, p. 10.

⁶⁶ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Extinción...», cit., pp. 171, 222 y 228.

pero si el usuario no podía revocar en vida la licencia, tampoco lo podrán hacer sus causahabientes).

El segundo factor que delimita el potencial contenido hereditario de los bienes digitales es la forma en que el usuario accedió a ellos: si lo hizo mediante plataformas de descarga de una copia permanente en sus dispositivos (de aplicaciones, vídeo, música o libros a través de *Apple Store* o *Google Play*) o si lo hizo a través de plataformas de *streaming* (de pago como *Netflix*, *HBO* o *Filmin* para películas o gratuitas como *Youtube* o *Spotify* para música); en el segundo caso parece más evidente que nos encontramos ante un servicio que ante la adquisición de un bien; en el primer caso, cuando la licencia de uso tiene duración indefinida y el usuario a través de su copia no depende del proveedor para subsiguientes accesos, la expectativa razonable en él generada es usarla a perpetuidad y, por lo tanto, poder transmitir ese uso a sus sucesores. En esta línea el TJUE en la jurisprudencia *Used-Soft* ha asimilado el caso a propiedad en cuanto a programas de ordenador⁶⁷; pero el debate ha seguido muy vivo durante la gestación de la nueva Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital por la prohibición de reventa de productos digitales que podría cernirse sobre el resto de contenidos digitales.

La segunda categoría de los *servicios de almacenamiento* (*cloud computing*), puede 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.

El dinero electrónico, las criptomonedas, los *bitcoins*, etc. tanto podrían entrar en la primera categoría como en la segunda según cuál sea la forma de transaccionar con ellas (cuenta bancaria *online*, claves de acceso a las criptomonedas...).

La tercera categoría, los *servicios de redes sociales* (englobo *Facebook*⁶⁸, *Twitter*, *Instagram*, *WhatsApp*) puede presentar una mixtura de

⁶⁷ STJUE 3 julio 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*; STJUE 12 octubre 2016, asunto C-166/15, *Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasilevičs vs. Microsoft Corp.*

⁶⁸ Hay quien ya califica a *Facebook* como el cementerio más grande del mundo: con 2200 millones de usuarios activos (en el mundo viven 7500 millones de personas), cada

almacenamientos y acceso a contenidos, con servicios propios de comunicación electrónica, dado que estas redes permiten enviar mensajes y comentarios más públicos o más privados, con acceso a cualquier usuario de la aplicación o sólo a algunos o a uno. El ingrediente de protección de la intimidad, los datos personales y el secreto de telecomunicaciones (art. 18.4 CE) es tan potente (también el derecho al honor por injurias en posts o la intromisión ilegítima en la propia imagen) que, sin duda, su tratamiento *post mortem* merece seguir otros derroteros. Y así lo han hecho Estados Unidos y Francia. Piénsese que el entregar claves de acceso a las cuentas de estos servicios, amén de contravenir la intransferibilidad proclamada en el clausulado contractual, podría propiciar conductas delictivas como la suplantación de la personalidad de seguir usando la cuenta como si el titular siguiese siendo el autor de los mensajes o contenidos. En este sentido, podría deslindarse una **cuarta categoría** (o subcategoría de ésta) en relación con los *servicios de comunicación electrónica*; pensemos en el caso específico del **correo electrónico**: ¿cabe heredar la cuenta de correo? ¿Y el acceso a los contenidos, a los correos cruzados por el causante, en su ámbito profesional y en su ámbito personal?⁶⁹ Dejando de lado ahora la cuestión de la intimidad de los trabajadores en relación con su correo electrónico profesional, en el caso de cuentas de correo privadas, el art. 197.1 Código penal establece que será castigado «el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, *mensajes de correo electrónico* o cualesquiera otros documentos»; y también (197.2) el que «*sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en fiche-*

año fallecen 3,5 millones de personas con perfil en *Facebook* (10.000 al día, usuarios con presencia en esta red social). Se calcula que hay entre 10 y 20 millones de personas muertas con perfil activo. Según una investigación del *Oxford Internet Institute* (vid. <https://www.oii.ox.ac.uk/>), en el año 2100, 1,4 billones de usuarios estarán muertos, de manera que en el año 2070, si el crecimiento de *Facebook* fuera similar que en 2018, el número de usuarios fallecidos con cuenta superará al de usuarios vivos: vid. el texto del estudio en ÖHMAN, C. J., WATSON, D., «Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online», *Big Data & Society*, enero-junio 2019, pp. 1-13 (disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951719842540>).

⁶⁹ Sobre el destino del correo electrónico después de la muerte, MARTOS CALABRÚS, M. A., «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P. (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2014, pp. 929-944, en especial, p. 937 y ss. Vid. también las consideraciones de GARCÍA HERRERA, «La disposición sucesoria...», cit., pp. 4-5 (versión Smarteca).

ros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos»⁷⁰. Penalmente, por tanto, los correos se consideran objeto de apropiación, como un documento más (no de interceptación) y la conducta penal sólo se desactiva si media consentimiento del autor del correo. Mal parece casar esta solución por la que el legislador limita el uso de la informática para garantizar los derechos de la personalidad con la posibilidad de que los parientes accedan a los datos personales del difunto salvo que éste lo hubiese prohibido. Habrá que entender que uno de los casos en que no es posible el acceso, porque, aunque no lo haya prohibido el testador, «lo establezca una ley» (art. 3.1 LOPD), sea precisamente éste. Pero la LOPD ha perdido ocasión de clarificarlo (proteger la memoria del difunto es distinto de entrar en la memoria y en la intimidad del difunto). De hecho, en las últimas fases de la tramitación parlamentaria de la LOPD hubo alguna enmienda fallida proponiendo acotar los «contenidos» digitales a que se refiere el art. 96, en el sentido de excluir de las facultades de los legitimados⁷⁰ para acceder a ellos precisamente las «comunicaciones electrónicas» («correos electrónicos» y «mensajerías instantáneas»)⁷¹. En conclusión, las citadas personas sólo deberían poder solicitar la cancelación de la cuenta (pues lo contrario supondría un grave atentado a la intimidad; e implicaría suplantación de personalidad si se enviasen correos desde esa cuenta). Pero puede que entre los correos del causante hubiera contenidos o archivos con valor patrimonial (computables en la herencia), facturas, reconocimientos de deudas, datos necesarios para ejercitar derechos frente a terceros... En tales casos parece que el acceso a esos contenidos habría de requerir autorización judicial y el supuesto oportunamente ha sido con-

⁷⁰ Continúa el 197.2 Cpen: «o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

⁷¹ Se trata de la enmienda n° 30 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (GPPOD), que proponía añadir el siguiente inciso (en cursiva) al inicio del art. 96.1 LOPD: «El acceso a contenidos, *exceptuando las comunicaciones electrónicas*, gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas...» y se alegaba como motivación que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones constituyen derechos fundamentales «que no se extinguen por el fallecimiento de la persona» y «puesto que toda comunicación exige para ser tal una, por lo menos, bilateralidad, se hace necesario proteger también la intimidad de terceros implicados en dichas comunicaciones, y con más motivo si los mismos se encontrasen vivos», por lo que «es importante diferenciar entre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) y contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.)». *BOCG (Senado)*, 14 noviembre 2018, n° 298, p. 26.

templado en art. 3 LOPD (la prohibición «no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante»).

Por último, como *quinta categoría* para deslindar lo transmisible *mortis causa*, hemos de considerar los *puros datos*, sean personales (es decir, sirvan para identificar a una persona) o no sean personales. Pien- sen en la huella digital dejada por uds. a través de la geolocalización, las visitas a determinadas páginas web, las compras que han realizado, los metadatos que ciertas compañías tienen de cada uno a través de las *coo- kies* que inevitablemente aceptamos (la tecnología permite que datos seudonimizados vuelvan a ser personales mediante ingeniería inversa). *Si los datos son personales* el interesado cuenta en vida con el derecho de supresión y olvido (art. 17 RGPD) y con el derecho de portabilidad (art. 20 RGPD: recuperarlos en un formato estructurado y, en su caso, transmitirlos a otro responsable de tratamiento). Fallecido, en principio, desaparecerían esos derechos, pues ni el RGPD ni la LOPD se aplican a datos personales de las personas fallecidas, aunque, como hemos visto, el art. 3 LOPD permite a un elenco amplio de legitimados, «solicitar el *acceso* y, en su caso, su *rectificación* o *supresión*». Sin otros distinguos, esos «nuevos» derechos (atribuidos *ex novo* a esas personas), pueden resultar manifiestamente excesivos, en particular el «acceso» (*vid. infra*). *Si los datos, en cambio, no fueran personales* (por ejemplo, foto o vídeo de un paisaje subido por un usuario sin que figure una persona identificable), las posibles facultades de los herederos en relación con ese contenido digital pasarán por la delimitación contractual de los derechos del usuario: y en este campo, el art. 16 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo, sobre contratos de suministro de contenidos digitales, establece unos paralelos (aunque amortiguados) derechos a *recuperar* los contenidos digitales no personales y a *evitar su uso* dentro de la pla- taforma; ambos derechos recaen sobre «cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empre- sario» y la nueva norma europea los formula como obligaciones del empresario de «poner a disposición del consumidor» dichos contenidos (art. 16.4) y a abstenerse de usarlos el empresario tras la resolución con- tractual (art. 16.3). Esta nueva Directiva opera en realidad únicamente para el caso de resolución del consumidor por falta de conformidad del contenido o servicio digital con el contrato, pues la norma no contempla la extinción del contrato por defunción; una laguna normativa europea, que deja el régimen de la situación a lo que establezca el contrato y en este punto existe diversidad en cada empresa y en cada normativa nacio- nal: ahora bien, si se entiende que el art. 96 LOPD abarca «contenidos»

que no necesariamente constituyen «datos personales», como parece cabal entender⁷², los legitimados por ese precepto sí podrán, conforme al ordenamiento jurídico español, exigir el acceso a los mismos y la decisión sobre su destino o supresión.

Para calibrar el alcance de nuestra huella digital (el rastro de nuestra identidad en internet) les animo a que prueben con un *click* lo que *Google* sabe de uds. *Google take out* o «descargar tus datos»⁷³ descarga unas 20 carpetas con subcarpetas (historial de navegación, archivos almacenados en *Drive*, calendario, fotos, *Google Pay*, aplicaciones, correo electrónico en *gmail*, mapas/actividades, historial de visitas en *Youtube*...). Fallecido el titular y sin revelar su contraseña, nadie podría; pero un albacea digital o un pariente con la LOPD, al parecer sí (con la norma española, no en cambio con la RUFADAA, implementada en California el 1 enero 2017)⁷⁴. Esas carpetas descargadas quedarán en el

⁷² De otra manera, resultaría redundante el literal del art. 3 (datos personales de las personas fallecidas) con el del paralelo art. 96 (contenidos de las personas fallecidas), si bien no existe una definición ni descripción de cuáles sean esos «contenidos» (digitales). Téngase presente, adicionalmente, que aunque la Ley Orgánica versa sobre la protección de los datos personales, el contenido del art. 96 originariamente, en el proyecto de Ley que accedió al Congreso, figuraba aparte, como Disposición Adicional 7ª. En la propia «*Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de LOPD*» del Ministerio de Justicia de 10 noviembre 2017, Madrid, p. 26, se indicaba que se busca con esta normativa garantizar que el titular de la información puede disponer de ella *mortis causa*, «tanto en lo que afecte a sus propios datos de carácter personal como en lo que respecta al resto de las informaciones cuando se haya hecho uso de estos servicios»). Al habilitarse un nuevo título X en la ley (rubricado «Garantía de los derechos digitales»), que incluso cambió la denominación de la norma al añadirle ese sintagma igualmente, fruto de una serie de enmiendas aceptadas introducidas por el Grupo Parlamentario Socialista (enmiendas 298 y ss. y, en concreto, en lo que atañe al «derecho al testamento digital», que devendría el vigente art. 96, mediante la enmienda nº 312: *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 13-2, 18 abril 2018, p. 198*) fue cuando el art. 96 se integró en el cuerpo articulado de la LOPD. En ese momento y con esa enmienda nº 312 precisamente se agregaron más legitimados que los herederos y albaceas para ejercer los derechos de los arts. 3 y 96. Tan sólo una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto proponía en ese momento (*BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 13-2, 18 abril 2018, p. 120, enmienda nº 173*) suprimir la DA 7ª por «reiterativa respecto al artículo 3, con la circunstancia añadida del carácter no orgánico de dicha disposición adicional 7ª (D.F. 1ª)» y agregaba en la justificación lo incomprensible de que el contenido de esa DA 7ª no tenga carácter orgánico.

⁷³ <https://takeout.google.com/>

⁷⁴ La Ley californiana que implementa la RUFADAA distingue entre el contenido de una comunicación electrónica, como el título y el cuerpo de un mensaje de correo electrónico, y el llamado catálogo de comunicaciones electrónicas, que incluye la lista de fechas, horas y el destinatario y/o el remitente del correo electrónico); salvo autorización

disco duro de su ordenador o dispositivo y éste sí puede ser más fácilmente accesible a los herederos, por lo que conviene tomar en vida una decisión de lo que queramos que nuestros allegados conozcan de nosotros tras morir...

2.2.3. *Soporte del contenido digital y acceso al contenido o servicio digital*

Y esto nos lleva a la *tercera diferencia* de enjundia para considerar qué bienes digitales podrán heredarse, junto con las dicotomías identidad/patrimonio y bienes/servicios digitales: si el contenido digital está *alojado en un soporte duradero* cuya posesión y propiedad es perfectamente transmisible al heredero o legatario (ordenador personal, disco duro, llave USB, teléfono móvil), a falta de precisiones del causante o de limitaciones por la normativa concurrente (en especial la LO 1/1982), podrá defenderse que los contenidos ahí alojados de carácter transmisible pertenecerán a ese beneficiario⁷⁵. Ahora bien, cabría preguntarse si los parientes y allegados del causante o el designado para gestionar el destino de sus contenidos digitales, esgrimiendo el nuevo art. 3 podrían solicitar acceso o supresión frente a quien, como nuevo propietario/depositario podría considerarse responsable o encargado del tratamiento de los datos (la cuestión no tendría lugar en relación con el art. 96, que sólo contempla a los prestadores de servicios de la sociedad de la información como obligados a seguir las instrucciones del causante o los herederos, albaceas y allegados ahí enumerados). Los problemas de «acceso» que se plantean en los contenidos alojados en la nube, en principio no se darían con los dispositivos tangibles de almacenamiento de datos (salvo que también estuviesen protegidos con claves de acceso).

2.2.4. *La legítima expectativa del usuario y el Derecho dispositivo*

Por último (sobre el objeto de la sucesión), *dado que hay bienes y servicios digitales cuya transmisibilidad (total o parcial) es dudosa incluso*

expresa del causante, los herederos o representantes del fallecido no podrían acceder al contenido de los mensajes.

⁷⁵ LLOPIS BENLLOCH, J. C., «La transmisión hereditaria de archivos digitales», *Blog*, 10 julio 2014 (disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>).

desde el punto de vista de la legítima expectativa del usuario –pues no es fácil saber qué esperaba que ocurriera con ello al morir quien fallece abintestato o sin una previsión expresa en su testamento en relación con las cuentas y las claves de acceso–, ¿qué pautas deberían servir para construir una regla de Derecho dispositivo al respecto? ¿Debe presumirse que quien así fallece sin disponer nada *ad hoc* deseaba que se extinguiese por entero su identidad digital o no prejuzga la respuesta y, entonces, *quid iuris*?

Dejando al margen los contenidos más palmariamente transmisibles o intransmisibles a la luz del Derecho vigente, en los numerosos supuestos dudosos que el contexto digital plantea, la naturaleza más patrimonial o personal del contenido habría de servir de parámetro para decantar las respuestas acerca de la expectativa media del usuario. A tal efecto, cabría proponer esta regla inversa: si el causante nada dice, deberían ser intransmisibles los contenidos digitales más apegados a su personalidad; si nada dice, deberían ser transmisibles los contenidos digitales de naturaleza claramente patrimonial.

Así, empezando por estos últimos, parecen **transmisibles** (a los herederos, testamentarios o abintestato, salvo legados expresos), de más claros a más difusos:

- El *dinero* accesible por internet: cuentas bancarias *online*, saldos positivos en *Paypal*, en monederos electrónicos (como *Google wallet*), criptomonedas; también, aunque aquí podrían comenzar las dudas, el dinero retenido o invertido en plataformas (en juegos *online*, en suscripciones a diversas plataformas de servicios –como bonos en Netflix o HBO–, en *crowdfunding*, etc.).
- *Documentos y archivos* en cualquier formato almacenados en la nube.
- Los *bienes digitales sin límite de acceso temporal* cuya licencia no se extinga con la muerte: libros, películas o música en formato digital.
- *Obras/contenidos creados por el titular*, tutelados por la propiedad intelectual con esta distinción: los derechos de explotación patrimonial son claramente recibidos por los herederos como parte de la herencia, con un monopolio de 70 años tras la apertura de la sucesión (arts. 26 y 30 LPI); en cambio, los tres derechos morales que no se extinguen (art. 15 LPI: integridad de la obra, paternidad y decisión de divulgación, esta última limitada a 70 años), propiamente los reciben los herederos no a beneficio propio, sino como encargados de la defensa de algunos atributos de la personalidad del autor: cierto es, que por ejemplo, defender la paternidad de la obra o decidir la divulgación de un inédito (libro,

vídeo no postado...), sí podrán tener repercusión patrimonial positiva en estos herederos.

- La *explotación patrimonial del derecho a la imagen del difunto*.
- Para dilucidar la *transmisibilidad de ciertos servicios* habrá que estar a las previsiones de la relación contractual. Y aún en este caso, si la relación no es personalísima y el servicio no está diseñado *ad hoc* para el usuario, sería posible jurídicamente sostener su transmisibilidad⁷⁶ (si no afrenta la normativa sobre secreto de las comunicaciones y protección de la intimidad), utilizando para ello el paradigma de la defensa derechos del usuario que han establecido legislaciones como la norteamericana, la francesa, la italiana o la jurisprudencia alemana, con aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, en su caso.

En cambio, habrían de ser *intransmisibles* (a falta de voluntad expresa del causante en algunos casos):

- Los *derechos morales de autor que se extinguen a su muerte*, al estar más relacionados con su personalidad (arrepentimiento/retirada, modificación, acceso a ejemplar único).
- Las *cuentas de correo electrónico* y en servicios de comunicaciones en general (mensajes de *Whatsapp*, *Telegram*, etc.), así como las cuentas ciertas redes sociales basadas en esencia en comunicaciones electrónicas selectivas o cerradas.
- ¿Los contenidos volcados en blogs (opiniones, reseñas, fotografías, audiovisuales) en redes sociales o en plataformas de contenidos audiovisuales (como *Instagram* o *Youtube*) cuando no merezcan protección por derechos de autor ni por derechos afines? La respuesta exige abundar en el existente debate sobre la información como objeto de propiedad y la posibilidad de hablar de propiedad sobre los datos, personales y no personales.

⁷⁶ Como señala MACKENRODT (*op. cit.*, p. 43), incluso una cuenta de red social como la provista por *Facebook* podría ser heredable con base en los siguientes argumentos: la ejecución contractual de este tipo de redes sociales consiste en suministrar la infraestructura técnica de una plataforma de comunicaciones, lo cual no se modula *ad hoc* para la persona del testador, no sería un contrato personalísimo. Además, la creación de una cuenta en *Facebook* no incluye ni siquiera una comprobación de la identidad del usuario. En el caso resuelto por la sentencia del BGH de 12.7.2018 y otros tantos en jurisdicciones americanas, los herederos no perseguían seguir utilizando el perfil de la red social, sino el acceso a su contenido. En el caso de cuentas bancarias, los tribunales alemanes suelen distinguir entre el acceso de los herederos al dinero y la continuidad en el uso de la cuenta, que es lo único que podría denegar el banco.

Por lo tanto, la afirmación de que la herencia digital es exactamente la misma que la analógica, con base en el carácter omnicompreensivo del causal hereditario (art. 659 CC)⁷⁷, con ser cierta en buena técnica jurídica y también desde un punto de vista didáctico, merece matices y distinciones a la luz de las peculiaridades de algunos bienes y servicios digitales, por la tutela de otros intereses además de los propios del causante (secreto de las comunicaciones propios y de terceros, contornos de la defensa de la memoria del difunto, propiedad intelectual de terceros, etc.).

3. EL TESTAMENTO (DIGITAL): INSTRUMENTOS PARA DISPONER DEL PATRIMONIO DIGITAL

3.1. El testamento «digital» no existe

Conviene enterrar un mito: no existe ni el testamento *on line* ni el «testamento digital»⁷⁸ (pese a la designación en la propia rúbrica del art. 96 LOPD). Ni los testamentos notariales ni el testamento ológrafo pueden hacerse enteramente *online* ni en soportes informáticos (sin autografía) o audiovisuales; las compañías privadas que a fecha de hoy ofrecen ese servicio se limitan al asesoramiento previo a distancia y a concertar una cita en la notaría para el otorgamiento de un testamento formalmente correcto. Cualesquiera otros documentos digitales que no cumplan las formalidades del Código civil, según el valladar del art. 687, no tendrán ninguna eficacia sucesoria. La designación de «testamento digital» en realidad hace referencia al contenido, a la materia de la que se dispone y no tanto a que el instrumentos sucesorio sea electrónico. Es, por tanto, una designación incorrecta.

No obstante, conviene llamar la atención sobre la reforma del art. 65.5⁷⁹ de la Ley del Notariado por efecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 (DF 11^a-1) en cuanto a los testamentos orales en peligro de muerte (art. 700 CC). Según ese precepto, de cara a la advección y protocolización de estos testamentos:

⁷⁷ Como reiteradamente afirman numerosos notarios: ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 29; GONZÁLEZ GRANADO, *op. cit.*, p. 43; FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L., «Testamento, legado, herencia... ¿digital?», en OLIVA LEÓN y VALERO BARCELÓ, *Testamento ¿digital?* (2016), cit., pp. 54-55. También, en la doctrina, GARCÍA HERRERA, V., «La disposición sucesoria...», cit., p. 67 (p. 3 Smarteca).

⁷⁸ LLOPIS BENCHOCH, J. C., «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en OLIVA LEÓN y VALERO BARCELÓ (Dirs.), *Testamento ¿digital?*, cit., pp. 45-60.

⁷⁹ Así como del art. 64.3 § 2 y 65.1 § 2 de la Ley del Notariado en el mismo sentido.

«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».

Esta reforma ha pasado algo inadvertida y supone una apertura a la constatación digital de la última voluntad en supuestos en que no concurre el notario. Puede abrir sin duda el debate acerca de si, admitido este formato, debería propiciarse un auténtico testamento digital notarial (haciendo uso de la firma electrónica y de los medios telemáticos existentes, incluida en su caso la tecnología *blockchain*). La reforma de 2015 es tributaria de los hechos, solución y propuestas de reforma planteadas en la conocida y curiosa *STS 4 noviembre 2009*⁸⁰: un enfermo ingresado en un hospital de la Cruz Roja otorgó testamento oral ante cinco testigos, en el que declaró que su última voluntad era la manifestada en su domicilio a la oficial de una Notaría; esas notas constaban en un documento informático en un ordenador de la Notaría. El TS declaró que tal testamento no era válido por no cumplir los requisitos del art. 695 CC para los testamentos abiertos: el testador no había manifestado su voluntad oralmente o por escrito ante los testigos (ni ante notario), los cuales no oyeron, por tanto, simultáneamente su última voluntad. Al carecer el borrador informático de la notaría de los requisitos formales del testamento ológrafo ni de ningún tipo testamentario, es un testamento *per relationem* no admitido por el art. 672 Cc y el testamento es nulo para preservar el valor de garantía que tiene la forma⁸¹. Comentando esta sentencia, parte de la doctrina abandera soluciones de futuro (de *lege ferenda*) como la posibilidad de remitir al Notario la última voluntad mediante documento telemático con firma electrónica para garantizar la autoría (o incluso, así firmado, sin remisión al notario y con ulterior protocolización de manera similar al testamento ológrafo)⁸². Cosas veremos, en la época de las claves biométricas y el reconocimiento facial mediante inteligencia artificial. A fecha de hoy, y con la reforma de

⁸⁰ STS 694/2009, de 4 de noviembre, ponente E. ROCA TRÍAS.

⁸¹ FD 3º: «El problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria».

⁸² RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Comentario al art. 700 del Código civil», en CAÑIZARES, A. et al. (dirs.), *Código civil comentado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, II, p. 465.

2015, los testigos pueden registrar digitalmente la manifestación de última voluntad por precaución, pero deberán haber presenciado simultáneamente esa manifestación (aunque alguno no recuerde el contenido, relaja la norma).

¿Cabría usar esa modificación legal para patrocinar que ya existe auténtico testamento en soporte digital al alcance de cualquiera? No creo que prosperase ni fuese recomendable, por el resto de sus requisitos: auténtico peligro de muerte, ver y oír simultáneamente, imposibilidad de intervención del notario (recuérdese la también conocida STS 10 junio 2005), e ineficacia pasados dos meses de salir de peligro y tres meses después del fallecimiento.

Lo que sí parece posible, en cambio, es un testamento ológrafo digital, que incluyese firma manuscrita en la pantalla de un dispositivo (tableta, móvil), dado que el art. 688 CC no establece requisitos sobre el soporte, o incluso con firma electrónica a la que el ordenamiento otorga el mismo alcance que a la firma manuscrita⁸³, siempre que se cumplieren el resto de requisitos del citado artículo.

3.2. El testamento notarial como cauce para disponer del patrimonio digital

3.2.1. La idoneidad del testamento notarial para estos fines

Volvamos a la casilla de salida: ¿es el testamento notarial idóneo para disponer del patrimonio digital? Mi respuesta es indubitablemente positiva por tantísimas razones:

- Por la *flexibilidad de su contenido*, que puede abarcar disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales.
- Por la *garantía de la identidad y capacidad del otorgante* que comporta: si la identidad puede resolverse con firma electrónica (y el control material, formal y de legalidad del documento también pueden hacerse a distancia), la fe de capacidad requiere la verificación presencial por el Notario, que así comprobará la plena capacidad y libertad del compareciente. En cuanto al asesoramiento

⁸³ Art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; art. 24 del Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE; art. 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.

- to, en este mundo tecnológico tan mutante, el colectivo notarial necesariamente deberá actualizar sus conocimientos sobre los objetos disponibles e indisponibles y la mejor manera de articular disposiciones sobre derechos de autor en el mundo digital, sobre criptodivisas, etc.; nada obsta, por lo demás, a que el testador pueda recabar adicionales asesoramientos externos de especialistas (que redacten una minuta o borrador). Ciertamente, de las cuatro fases del testamento notarial (asesoramiento, redacción, cita y firma ante Notario), todas pueden ser digitales y a distancia menos la última, la firma ante notario en el momento del otorgamiento⁸⁴.
- *Extinguida la personalidad, el testamento es el único medio legal para nombrar auténtico albacea o heredero*, con plena legitimación frente a terceros.

Aquí, una vez más, debe tenerse en cuenta que la «herencia digital» en sentido amplio puede descomponerse en auténtico *patrimonio digital transmisible* (para cuya disposición el testamento es idóneo) y en *la gestión de la personalidad pretérita o memoria del difunto* (para cuya encomienda el testamento también es idóneo [serán funciones más ejecutorias que sucesorias], pero el ordenamiento permite otras vías más informales). En ambos casos puede ser necesario transferir o revelar al ejecutor o sucesor (a la persona de confianza) las claves o contraseñas para acceder a las cuentas oportunas (bancarias, redes sociales, servicios suscritos, repositorios tipo *Dropbox*, correo electrónico, acceso al ordenador) o para disponer de los bienes digitales en cuestión (*bitcoins*).

Y en este punto se abren dos problemas: uno por el propio carácter de documento público del testamento notarial, que podría comprometer tanto datos personales del causante como la revelación en exclusiva al heredero o albacea de esas claves; y otro por la concurrencia de un testamento con otro tipo de instrucciones informales sobre la *memoria defuncti*.

3.2.2. Primer problema: revelación de claves y datos personales

Para afrontar el primer problema se han propuesto ya muchas soluciones, pues, ciertamente, con el art. 226 del Reglamento notarial en la mano⁸⁵, no sólo los herederos, los legatarios y los albaceas tienen dere-

⁸⁴ LLOPIS BENLLOCH, «Con la muerte digital...», cit., pp. 49-50.

⁸⁵ «En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento. Fallecido el testador, tendrán derecho a copia: a) Los herederos instituidos,

cho a copia del testamento, sino también las «demás personas a quien se reconozca algún derecho o facultad», además de los sucesores intestados. Un amplio elenco de personas que conocerían las claves de acceso, con consecuencias irreparables en caso de decisiones no compartidas por otros legitimados al acceso. Por eso, la propuesta de hacer dos testamentos complementarios, uno general y otro con las disposiciones digitales, el inventario del contenido digital y sus claves⁸⁶ no sortearía ese problema. En consecuencia, se han propuesto otras soluciones, partiendo de un testamento en que se designe al heredero, legatario o albacea para hacerse cargo de las cuestiones digitales:

- Una cláusula en el testamento general que prohíba la obtención de las claves de acceso y contraseñas a cualquier persona que no sea la designada por el testador para gestionarlas⁸⁷.
- Un documento complementario en forma de acta de manifestaciones, de protocolización o un depósito notarial, con las claves y las instrucciones de su uso, en una suerte de memorias testamentarias digitales⁸⁸ (memorias, como es sabido, válidas en Cataluña y Navarra, no en el Código civil).

Desde mi punto de vista, lo importante es la designación testamentaria de ejecutor o sucesor en estas pertenencias o incumbencias y la delimitación genérica de sus funciones; resulta irrelevante el formato del documento o cauce en que se contengan las contraseñas (un USB depositado ante notario...), que no necesita el valor jurídico del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria. Inevitablemente, me viene al pensamiento el heredero de confianza⁸⁹, pues tiene esa mezcla de heredero formal y ejecutor en última instancia, que recibe instrucciones secretas (orales o escritas) sobre el destino de los bienes; como saben,

los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad. b) Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder».

⁸⁶ PRENAFETA, J., «Legado digital ante notario», *Blog*, 24 febrero 2014 (disponible en <http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>).

⁸⁷ GONZÁLEZ GRANADO, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁸ LLOPIS BENLLOCH, «La transmisión hereditaria...», *cit.*, p. 2; *Id.*, «Con la muerte digital...», p. 47, quien sugiere que esa memoria testamentaria digital contendría la enumeración de claves, contraseñas e instrucciones de uso y se comunicaría con firma electrónica reconocida (LFE) o cualificada (Reglamento eIDAS).

⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996.

en Cataluña y Navarra está permitido, y la prohibición del art. 785.4º CC, según la interpretación jurisprudencial flexible en su día asentada, no eliminaría el nombramiento del confidenciario, aunque no permitiría exigirle el cumplimiento de las instrucciones secretas.

Teniendo en cuenta, adicionalmente, que las contraseñas serán varias distintas en función del bien o servicio en cuestión y que esas contraseñas, por seguridad, irán cambiando en vida del testador, la solución de hacerlas constar en un documento o soporte material depositado⁹⁰, con ser una buena solución, no será plenamente eficaz en muchos casos. Ya existen empresas (meras *start-up*, muchas veces) que ofrecen la custodia de las contraseñas de las plataformas *online* y su entrega *post mortem* al designado por el causante⁹¹. Quizás el colectivo notarial deba abrir un debate serio sobre si dejar ese servicio a terceros (cuya personalidad jurídica puede desaparecer en cualquier momento) o hacerse cargo a través de ANCERT (Agencia Nacional de Certificación), con un servicio de alojamiento en red seguro, en el que los testadores y depositantes de las claves pudieran ir dando cuenta de los cambios. Conseguir adicionalmente la automaticidad del cambio en ese eventual repositorio privado notarial por su interconexión con los principales proveedores de contenidos y servicios digitales parece misión titánica condenada al fracaso.

3.2.3. Segundo problema: interrelación entre testamento y otros instrumentos para designar a los gestores de los datos y contenidos digitales

El segundo problema es la *interrelación entre el testamento y otros instrumentos de designación* no de sucesores sino de personas de confianza autorizadas o legitimadas para cumplir la voluntad del difunto en relación con sus datos personales, sus cuentas en redes sociales y, en general, defender su memoria pretérita. De entrada, en la nueva LOPD tres cuestiones son llamativas (y desenfocadas): (a) el legislador orgánico no da preferencia al testamento, (b) se alude unos «mandatos e instrucciones» (*post mortem*, cuando sabido es que ni el mandato ni el

⁹⁰ «Un anillo para gobernarlos a todos»: v. gr., un documento de *word* almacenado en la nube (v. gr., *Dropbox*) con todas las contraseñas de acceso a sitios usados por el causante.

⁹¹ Mención de algunas de estas empresas y su forma de operar, v. gr., en GARCÍA HERRERA, V., «La disposición sucesoria...», cit., pp. 7-8 (versión Smarteca).

apoderamiento subsisten al óbito ex 1732 CC⁹², ni siquiera en el caso excepcional de los apoderamientos preventivos) y (c) se menciona la figura del «albacea testamentario» sólo en el art. 96 (para contenidos digitales, no datos personales) y no en el art. 3 (gestión de datos personales) –como alguien distinto de la «persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello» (se sobreentiende entonces que podrá ser un heredero, un legatario, o cualquier persona designada en un documento o cauce extratestamentario).

Dejando de lado ahora a «*herederos*» (cuya designación será bien por testamento o bien por las reglas de la sucesión legítima o intestada) y a «*personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*» (cuya legitimación para actuar en este ámbito la reciben *ex lege*, directamente de la Ley Orgánica), resulta, por tanto, que (art. 3.2) el fallecido puede «*designar expresamente*» (...) a «*personas e instituciones*» para que accedan a los datos personales, los rectifiquen o supriman «con arreglo a las instrucciones recibidas» (y también, *ex art. 96.1.b*). Pero la Ley Orgánica no establece cómo; se limita a remitir a Real Decreto «los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos». Sin duda, 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 adveración del documento y, en su caso, su protocolización y registro.

La articulación de la relación entre testamento y otros documentos de designación de ejecutor digital se relega, por tanto, al futuro reglamento por Real Decreto (cuando debería ser por ley, ya que incidirá en la eficacia de los testamentos, regulada en el Código civil). Entre las varias soluciones posibles, *en 2017 el legislador catalán*, correctamente, dio primacía al cauce establecido legalmente para ordenar las últimas voluntades (allí testamento, codicilo o memorias testamentarias), hasta el

⁹² Ya el CONSEJO DE ESTADO, en sus consideraciones evacuadas el 26 de octubre de 2017 en relación el Anteproyecto de LOPD sugería modificar la referencia al «mandato expreso» a la persona elegida para ejecutar estas instrucciones por no haber la figura del mandante *post mortem* debido al art. 1732; la sugerencia fue asumida por el Ministerio de Justicia al presentar el proyecto de Ley. Sin embargo, en la versión finalmente aprobada de los arts. 3.2 *in fine* y 96.3 LOPD se sigue haciendo referencia a esos «mandatos» en otro apartado al que no objetó el Consejo de Estado.

punto de que aun permitiendo la plasmación en un documento de voluntades digitales (que debía inscribirse en el Registro electrónico creado), éste sólo desplegaría su eficacia «a falta de disposiciones de última voluntad» (411-10.3 CCCat); por lo tanto, habiendo testamento, incluso aunque éste no contenga previsiones sobre el contenido digital o las que tenga fuesen compatibles con las del documento de voluntades digitales registrado, éste carecerá de toda eficacia. Ahora bien, como antes se apuntó, la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019⁹³ declaró inconstitucionales y nulas las previsiones del Código Civil catalán relativas al Registro catalán de voluntades digitales y, con ellas, las relativas a dicho documento extratestamentario que, en el diseño legal aprobado, sin registro carecen de toda virtualidad.

Por apurar las soluciones comparadas, la *norma francesa de 2016*, revisada en 2019 (que parte de la intransmisibilidad de los derechos relacionados con datos personales) permite que las directrices sobre el ejecutor y sus instrucciones no estén en testamento, sino en un documento depositado ante un tercero de confianza e inscritas en un Registro único; si esas directrices sólo contienen instrucciones pero no designan su ejecutor, los herederos serán los encargados de ejecutarlas⁹⁴. En el *Derecho norteamericano*, la RUFADAA trata de combinar las herramientas ya puestas a disposición por los operadores con los variados cauces de designación de los fiduciarios (por cédula de *trust* los *trustees*, por *power of attorney* los representantes, por testamento o en el procedimiento de *probate* los *executors* o *administrators*, etc.). El orden de prelación que se fija en esta norma⁹⁵ es el siguiente: 1º) la manifestación de voluntad del usuario mediante los instrumentos ofrecidos por el proveedor del servicio (que prevalece respecto a lo dicho en el testamento, si la voluntad comunicada al operador podía revocarse o modificarse); 2º) A falta de lo anterior (que por ahora sólo ofrecen algunas empresas como «legado de contacto» o fórmulas similares), el testamento (o el *trust*, poder u otro documento de voluntades digitales), que prevalece sobre las condiciones generales de la contratación del proveedor de servicios⁹⁶; 3ª) Si el usuario no previó nada, serán de aplicación las

⁹³ *Vid. supra*, nota 32.

⁹⁴ Arts. 85-I y 85-II LIFL.

⁹⁵ Sección 4 RUFADAA.

⁹⁶ Según la secc. 4.b RUFADAA, «*A user's direction under subsection (a) or (b) [es decir, por medio de los instrumentos provistos por la plataforma o mediante testamento o documento de últimas voluntades] overrides a contrary provision in a terms-of-service agreement that does not require the user to act affirmatively and distinctly from the user's assent to the terms of service*».

condiciones generales establecidas por el proveedor del servicio, los conocidos términos de servicio o ToS.

Sólo como un lejano eco, imperfecto, de estas soluciones puede leerse el inciso del art. 96.2 LOPD, en el que se establece que las personas legitimadas para gestionar los contenidos digitales del difunto «podrán decidir acerca del *mantenimiento o eliminación* de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones». Sobre el *acceso* a esos contenidos digitales (y a los datos personales del finado *ex art.* 3 LOPD), el art. 96.1, como ya hemos visto, establece que esas personas legitimadas carecerán de tal facultad sólo si el causante lo ha prohibido expresamente (o así lo establece una ley), aunque no se fija ninguna prelación entre las diversas fórmulas para sentar esa prohibición (en la plataforma del operador, en testamento o en documento de voluntades digitales). Sería ciertamente conveniente que el anunciado Real Decreto de desarrollo de la LOPD contemplase este extremo.

3.2.4. *Registro de actos de última voluntad digital*

Finalmente, en cuanto a las disposiciones testamentarias sobre contenidos digitales (voluntades digitales), visto es que la legislación catalana estableció un *Registro electrónico ad hoc* –declarado inconstitucional por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019– y que la LOPD de 2018 menciona el («en su caso») *registro* de los «mandatos e instrucciones» del fallecido sobre sus datos y contenidos digitales. Nuevamente su regulación se remite a Real Decreto. Al respecto sólo diré dos cosas: 1) Que plasmar en su integridad el contenido del documento (con los datos personales de las cuentas, las claves, etc.) puede entrañar más problemas que soluciones. 2) Que el registro idóneo parece ser el Registro de Actos de Última Voluntad o un registro gestionado por éste, como ocurrió con el Registro de contratos de seguro de cobertura de fallecimiento creado por la Ley 20/2005, de 14 de noviembre. De esta manera, igual que con los beneficiarios de un testamento o de un seguro, se podría conocer la existencia de beneficiarios de los contenidos digitales o de la identidad del encargado de disponer sobre ellos. Que el Registro de Actos de Última Voluntad parece idóneo (sin revelar contenido) lo demuestra que el posible documento de instrucciones (extratestamentarias) debe coordinarse con el testamento, lo que requiere que albaceas y herederos conozcan de su existencia; y ese registro da información sobre la existencia o inexistencia de disposiciones

mortis causa [como las donaciones *mortis causa*] y no sólo de testamentos. Dado el carácter transfronterizo tan característico también de las sucesiones digitales, resultaría conveniente que iniciativas como la Asociación de la Red Europea de Registros Testamentarios (ARERT) adoptasen alguna previsión al respecto igualmente⁹⁷.

4. EL SUCESOR DIGITAL Y EL ALBACEA DIGITAL

4.1. Ejecutor y beneficiario: las categorías clásicas del Código civil

La distinción entre beneficiario de la sucesión y executor de la última voluntad debe tenerse especialmente presente también en este ámbito. En efecto, las reglas sucesorias del Código civil establecen la preferencia del albacea en la ejecución testamentaria cuando hubiese sido nombrado para ello por el testador⁹⁸; a falta de albacea, el heredero es el executor natural de la última voluntad del difunto, como se infiere del art. 911 CC. Y éste es el esquema que cabe defender en relación con el patrimonio digital transmisible del causante. No parece ser esta la solución de la LOPD en relación con datos personales y con contenidos digitales, como vamos a ver y ello puede ser problemático por la interrelación entre la auténtica herencia/patrimonio digital y la protección de la personalidad pretérita del fallecido. Una vez más vuelve a demostrarse la conveniencia de adoptar criterios claros sobre la interacción de ambos planos y, o bien se defiende segregar claramente el alcance de ambas regulaciones, CC y LOPD, o, como sería probablemente preferible, se acentúa la mejor coordinación de ambas y la conveniencia de aplicar el esquema sucesorio también este caso (en relación con el acceso, mantenimiento o supresión de contenidos digitales, dejando incólume el régimen específico de la Ley 1/1982 y concordantes cuando lo producido sea una intromisión ilegítima a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen relacionados con la personalidad pretérita del fallecido).

El testador podrá deslindar al legitimado ante terceros para la ejecución de sus instrucciones en relación con bienes y servicios digitales transmisibles (el albacea) y la persona o personas que obtendrán el provecho patrimonial de las gestiones del albacea (recibir el dinero electró-

⁹⁷ <http://www.arert.eu/>

⁹⁸ Y de ahí la obligación de dar cuenta los albaceas de su encargo a los herederos *ex* art. 907 CC.

nico o los *bitcoins*), que podrán ser el o los herederos o bien concretos legatarios en función del contenido digital en cuestión, a los que, por lo demás, podrá hacer también transmisión directa de los instrumentos precisos para disfrutarlos (claves). Por cierto, que el heredero en el patrimonio digital lo será no sólo en el activo sino también en *el pasivo digital*, de manera que, a falta de aceptación a beneficio de inventario, también habrá de asumir las deudas generadas por gastos, compras o inversiones *on line*, deudas de juego *on line*, pago de suscripciones de servicios no cancelados (servicios de ocio o profesionales, nombres de dominio, etc.).

En cualquier caso, quien tenga las funciones de ejecución testamentaria deberá *ajustarse a las instrucciones del testador*, que podrán ser de signo *conservativo* (blogs, mensajes, archivos y documentos digitales) o de signo *destructivo* (por su deseo de eliminar toda o parte de su identidad digital).

4.2. Nuevas facultades de los legitimados para gestionar los datos y contenidos digitales del fallecido según la LOPD

Según la LOPD, ¿cuáles son las *facultades que por defecto* corresponden a herederos, albaceas testamentarios, personas de confianza designadas como suerte de «mandatarios *post mortem*» y el amplio catálogo de personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho? Nada menos, salvo que lo haya prohibido expresamente el causante (o lo prohíba una ley), «acceder», «rectificar» o «suprimir» los datos personales o los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, o dar instrucciones «sobre su utilización o destino» (v. gr., mantener o eliminar los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales»). Es decir, nada menos que algo muy similar a los derechos ARCO que tenía el titular de los datos personales en vida. Como ya dije al principio, se requiere un debate maduro sobre regla y excepción⁹⁹: a mí me parece preferible que la legitimación

⁹⁹ Durante la tramitación parlamentaria hubo un conato de invertir la regla (o, más bien, al menos, de deslindar la posibilidad de rectificación o supresión por los herederos como regla general, pero no el acceso salvo autorización expresa) que, ni excitó el debate especialmente ni prosperó: se trataba de la enmienda nº 71 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (*BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A, nº 13-2, de 18.4.2018, pp. 47-48). En ese momento aún figuraba como redacción del art. 3 LOPD que los herederos (sólo, o el albacea o persona designada por el causante)

para ejercer esas facultades provenga del difunto y no que por defecto la ley conceda tal acceso a falta de prohibición expresa del causante¹⁰⁰. No se ha reflexionado lo suficiente sobre este vuelco importante.

Repasemos brevemente de dónde veníamos: el *Reglamento de desarrollo de la LOPD, Reglamento (RD) 1720/2007, de 21 diciembre (art. 2.4)* permitía que las personas vinculadas al fallecido pudieran dirigirse a los responsables del tratamiento de los datos para notificarles el óbito (aportando acreditación suficiente) y solicitar la *cancelación* de los datos. Pero ninguna otra facultad. El repaso de las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) confirma¹⁰¹ que ni esas personas ni los herederos contaban con el «derecho de acceso» propio de la legislación de protección de datos sino sólo, en el caso de los herederos, con el acceso a los datos personales relacionados con su condición hereditaria, es decir, como parte del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y las acciones para su determinación y defensa. Esta acertada previsión se recoge ahora en la LOPD en estos términos: si el fallecido o la ley prohibiesen el acceso a los datos personales o contenidos digitales, «*dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante*». Este deslinde resulta particularmente oportuno (para conocer cuentas bancarias *on line*, saldos en plataformas, facturas por correo electrónico, etc.). Algo similar prevé la ley francesa de 2016¹⁰². Sin embargo, la admisión sin matices ni limitación de ningún tipo al «acceso» a los datos y contenidos digitales del fallecido (y la vaga remisión a prohibiciones legales) supone, desde mi punto de vista, un exceso que en ocasiones podrá provocar ataques incluso a la dignidad de la persona fallecida.

podrán solicitar la rectificación o supresión de los datos personales del fallecido. La enmienda, con la escueta y exclusiva justificación de «mejora técnica», añadía: «*no obstante, el derecho de acceso a los datos personales sólo podrá realizarse cuando la persona fallecida lo hubiese autorizado expresamente*». Paralelamente, la enmienda n° 93 del mismo grupo parlamentario (*ibidem*, p. 67) proponía una modificación similar en la entonces Disposición Adicional 7ª (actual art. 96 LOPD).

¹⁰⁰ En la misma línea, defiende la inversión de regla y excepción (ya respecto al Proyecto de LOPD) SANTOS MORÓN, M. J., «La transmisibilidad *mortis causa* de los bienes digitales», en Kindl, J., Arroyo Vendrell, T., Gsell, B. (dirs.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 159-160.

¹⁰¹ Especialmente, Resoluciones de 17.11.2012, 20.2.2013 y 4.3.2013. *Vid.* su análisis en MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁰² Art. 85-II.1° LIFL: en ausencia de directrices, la ley permite a los herederos ejercer esos derechos «en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión del difunto», es decir, «a fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia».

4.3. Sujetos legitimados para gestionar los datos y contenidos digitales del fallecido según la LOPD: crítica

Y así llegamos a la previsión, desde mi punto de vista, más desafortunada de la LOPD, que es la *legitimación a un número amplísimo de personas al acceso* a los datos personales y contenidos digitales del causante sin ningún tipo de prelación u orden entre ellas (salvo prohibiciones expresas del finado), lo cual podrá generar importantes conflictos. Examinemos esa regla y cómo se ha llegado a ella:

- Tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de LOPD y durante buena parte de su tramitación parlamentaria, los únicos legitimados para acceder (y rectificar/suprimir) datos y contenidos eran, por defecto, los herederos¹⁰³ y «también» el albacea testamentario y la persona o institución a la que el fallecido hubiese designado.
- En la versión finalmente aprobada de la LOPD se agregó, en un momento muy postrero de la tramitación parlamentaria¹⁰⁴, junto a estas tres potenciales personas distintas, «*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*» («así como», anfibológicamente, «sus herederos» [¿de quien, de esas personas como en LO 1/82, o del fallecido?]). Todo este colectivo de personas sin ninguna prelación ni restricción puede presentarse ante el responsable del tratamiento de datos o plataforma digital a título individual, de consuno o con designios contradictorios.

¹⁰³ Como señaló el catedrático (y ex Director de la Agencia Española de Protección de Datos) J. L. PIÑAR MAÑAS en su comparecencia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el día 27 de febrero de 2018 en relación con el Proyecto de LOPD (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 2018, n° 448, pp. 20-21), el art. 3 «pretende ser exquisitamente respetuoso con el Código Civil y, por eso, se señala que serán los herederos los que en su caso puedan ejercer esos derechos», sin perjuicio de que pueda nombrar a una persona para que los ejerza en su nombre; «La ley no quiere en absoluto sustituir la regulación que contiene el Código Civil, tan solo se refiere a esa situación respecto de datos personales que en principio no formarían parte de la herencia». Téngase en cuenta que el primer borrador de la LOPD, que el Ministerio de Justicia adoptaría como Anteproyecto de Ley, fue elaborado a requerimiento de este Ministerio por la Comisión General de Codificación, en ponencia dirigida por el prof. PIÑAR MAÑAS y con participación activa en las sesiones de trabajo de la actual Directora de la AEPD (propuesta final de la Comisión General de Codificación de 19.5.2017: *vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, op. cit.*, p. 59).

¹⁰⁴ En concreto, ello sucedió a raíz de la enmienda n° 312 del Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG. Congreso de los Diputados*, de 18 abril 2018, serie A, n° 13-2, p. 197), aceptada y asumida en el Informe de la Ponencia el 4 de octubre de 2018 (*BOCG. Congreso de los Diputados*, de 9 octubre 2018, serie A, n° 13-3, pp. 13 y 49). *Vid. supra* nota 72.

- Dado que estaba en juego la protección de datos personales, tan ligada al derecho fundamental a la intimidad, se debió de pensar que los legitimados para actuar debían en cierta forma coincidir con los legitimados para defender la *memoria defuncti* en el art. 4 de la LO 1/1982 (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos)¹⁰⁵; probablemente se pensó también que la situación presentaba cierta analogía con el acceso al historial médico de personas fallecidas¹⁰⁶, por lo que la expresión de las personas legitimadas se calca realmente del art. 18 de la Ley 41/2002. Esta decisión expansiva merece crítica por las siguientes razones:
- a) Los bienes jurídicos defendidos son muy distintos en las tres normas: en la LO 1/82 la legitimación amplia se justifica en la defensa frente a lesiones a la intimidad, honor o imagen del fallecido; en el acceso a la historia clínica los contenidos a los que se puede acceder están muy restringidos y debe existir alguna justificación relacionada con riesgos de salud para ello. Acceder a las cuentas de plataformas o redes sociales del causante nada tiene que ver con esto.
 - b) En la LO 1/82 al menos se prima como único legitimado a la persona designada por el causante para defender su personalidad pretérita; esto no ocurre, desgraciadamente, en la LOPD (el fallecido deberá prohibir expresamente el acceso a todos los demás legitimados).
 - c) El *elenco amplio de la LO 1/82* viene siendo *criticado* por un sector de la doctrina al que me sumo, que considera que sólo los herederos (o la persona expresamente designada por el causante) deberían contar con esa autorización defensiva¹⁰⁷. Más aún, *el ordenamiento se ha mostrado, sin razón, incoherente* a la hora de reconocer esa legitimación: en la propia LO 1/82 si se trata de una sucesión procesal en la demanda entablada en

¹⁰⁵ La doctrina ha venido criticando no sólo la ausencia de los herederos en este elenco, así como lo idóneo que hubiese sido que sólo éstos tuviesen tal legitimación (*vid. supra*), sino también lo inapropiado de no establecer ningún orden de prioridad o prelación entre los legitimados *ex lege*: en este sentido, por todos, ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ Una referencia al paralelismo de ambos tipos de instrucciones previas y su constancia en un registro obra (aun sin mención concreta a la cuestión de los encargados o legitimados para cumplirlas) en la citada «*Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de LOPD*» del Ministerio de Justicia de 10 noviembre 2017, Madrid, p. 26.

¹⁰⁷ *Vid. supra*, notas 48 y 105.

vida por el perjudicado por una intromisión en su intimidad u honor, son los herederos los únicos que pueden continuar el procedimiento; en la LO 2/1984, que recoge el derecho de rectificación, no son los parientes los autorizados a interponer la acción sino los herederos del perjudicado aludido (¡ni siquiera a quien el fallecido designó como ejecutor!); en el TR-LPI, obviamente los sucesores en los derechos patrimoniales del autor son los herederos (art. 42), pero es que en los tres derechos morales que no se extinguen (paternidad, integridad y divulgación), los únicos legitimados para su defensa son el designado por el autor o sus herederos¹⁰⁸.

Para hacer del todo patente esta incoherencia y comprobar lo interrelacionado que en el mundo digital está lo personal y lo patrimonial (por lo cual conviene también hacer coincidir las legitimaciones) pensemos en el *ejemplo* de que el fallecido tuviese alojado en un servicio de almacenamiento en la nube una novela inédita (o un político, pongamos Alfonso Guerra y unas memorias explosivas inéditas, o Bill Gates o Mark Zuckerberg). Con las normas en vigor, a falta de prohibiciones de acceso expresas del fallecido, todas las personas mencionadas podrían solicitar acceder al servidor (el archivo contiene datos personales); ahora bien, el único legitimado para decidir la divulgación de la obra póstuma es aquel a quien el testador confió la defensa de sus derechos morales de autor (v. gr., un agente literario, una fundación, un partido político y mediante disposición de última voluntad), que pueden no ser siquiera los propios herederos (a los que esa decisión de divulgación beneficiará, sin duda, pues los réditos de la publicación y todos los derechos patrimoniales les corresponderán, así como de derecho de transformación). Pero al poder acceder a la cuenta de *Dropbox* o *Drive*, parientes incluso lejanos y allegados de todo tipo (a los que pueden no gustar las memorias), estarán legitimados incluso para suprimir contenido digital; por lo que puede que, *de facto*, las decisiones no las tomen las personas a las que en derecho correspondía hacerlo. Este ejemplo demuestra que el acceso a datos personales no sigue necesariamente las mismas coordenadas que la protección de la intimidad y que se convive con otras normas, como las de propiedad intelectual (similares conflictos pueden pensarse en relación con la defensa de la imagen del

¹⁰⁸ Para un examen reciente de los problemas derivados de la tutela *post mortem* de los derechos de autor y la interrelación entre derechos patrimoniales y morales, MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 172 y ss.

fallecido y los derechos de explotación de ésta en el mundo digital); todo lo cual requiere una mayor coherencia normativa en la delimitación de los encargados de velar los intereses personales y los patrimoniales del causante.

5. VALORACIÓN, REPARTO, PARTICIÓN DEL CAUDAL RELICTO DIGITAL

Obviamente, *para valorar los bienes digitales habrá que tener conocimiento de su existencia*, lo cual justifica el acceso (limitado) a esas cuentas por parte de los herederos (como ahora autoriza la LOPD), no de cualquier otra persona.

A la hora de incluir contenido digital como parte del activo (o pasivo) hereditario habrá que circunscribirse a bienes digitales o a relaciones de sesgo patrimonial transmisibles (*bitcoins*, bibliotecas musicales, ingresos por publicidad en blogs o por accesos/reproducciones, etc.). La inmaterialidad de lo digital no ha de impedir su avalúo. Aunque, naturalmente, se produzcan problemas con algunos bienes, como las criptomonedas, por su volatilidad y fácil devaluación o revalorización según el momento que se tenga en cuenta para su cómputo.

Por lo demás, algunos abogados especializados en nuevas tecnologías, ya han comenzado a pensar en el diseño de algunas estrategias discutibles para emplear activos como las monedas virtuales con el objetivo de vaciar los derechos legales de los legitimarios: por ejemplo, declarar en el impuesto de patrimonio varios millones de euros en *bitcoins* que no existen, legar *bitcoins* a un legitimario al que se facilita una clave errónea o no se le facilita, programar *bots* para que liquiden y transfieran los *bitcoins* a otra persona después de la muerte del titular, etc.

6. PARA CONCLUIR

No tengo ninguna autoridad ni capacidad para orientar cuál podría ser el papel del notariado en el proceloso mundo de la sucesión *mortis causa* del patrimonio digital, aunque muchos frentes han quedado abiertos (servicios de alojamiento digital de contraseñas, posibilidad de promover cambios hacia auténticos testamentos digitales, etc.); pero sobre todo, en presente, tienen ya sobre la mesa la tarea de asesoramiento de algunos clientes con importantes activos digitales, pues tanto la tarea de

fedatario del otorgamiento del testamento como de custodio de los documentos que se les confíen les siguen correspondiendo. A tal efecto, bueno sería que cada Notaría contase con un sencillo protocolo o estrategia de asesoramiento para hacer pensar en primer lugar al potencial testador si quiere disponer algo sobre sus contenidos digitales (y qué consecuencias tiene no hacerlo) y, en segundo lugar, para dejarle claro qué es transmisible y qué no lo es y qué límites introducen las diversas leyes a esas últimas voluntades digitales.

Hasta aquí lo poco que yo he podido aclarar (o enturbiar) sobre el presente digital desde una perspectiva civilista. Me resulta arduo resistirme a plantear más preguntas aún sobre un futuro en el que, por ejemplo, el reconocimiento facial irá cobrando más relevancia como clave de acceso y prueba de identidad, o en el que la inteligencia artificial podrá acaso revivir la personalidad pretérita al aprender de los datos del difunto («inmortalidad digital»), como en uno de los devastadores capítulos de la serie *Black Mirror*¹⁰⁹.

Pero dejemos las cuestiones de futuro del cielo digital y pisemos el terreno del mundo digital actual: sólo con una buena cartografía jurídica saldremos de su laberinto, que se reconstruye cada día.

Muchas gracias.

¹⁰⁹ «Ahora mismo vuelvo», *Be right back* (cap 2, 2ª temporada). Ya hay alguna aplicación que publicita la posibilidad de hablar con el difunto a través del rastro digital que dejó en vida (una suerte de inmortalidad digital, una identidad evolutiva, un robot capaz de asumir la identidad de personajes históricos, etc.). Un ejemplo sería www.eter9.com, que aprendería mediante inteligencia artificial del usuario de una red social mientras está vivo para interactuar tras su muerte en la misma red social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M., «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 2003, pp. 1-41 (disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>).
- ARTZ, M., «Das Schicksal eines Facebooks-Accounts – Gedanken zum Umgang mit höhpersönlichen Daten nach dem Tod eines Facebooks Nutzers», en KINDL, J., ARROYO VENDRELL, T., GSELL, B., *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 161-172.
- BANTA, N. M., «Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death», *Fordham Law Review*, 83-2, 2014, pp. 799-854.
- BANTA, N. M., «Property Interests in Digital Assets: The Rise of Digital Feudalism», *Cardozo Law Review*, 38, 2017, pp. 1099-1157
- BERLEE, A., «Digital inheritance in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 6, 2017, pp. 256-260.
- BLOCK, M., «Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses», *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 217, 2017, pp. 370-417.
- BUDZIKIEWICZ, C., «Digitaler Nachlass», *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 218, 2018, pp. 558-593.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 abril 2010, caso *Fundación Gala-Salvador Dalí*)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4-1, 2012, pp. 234-244.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)», en LAUROBA LACASA, E. (Dir.), *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, pp. 325-361.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad», en CASTILLO PARRILLA, J. A., CASTAÑOS CASTRO, P. (cords.), *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.
- CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales: una necesidad europea*, Dykinson, Madrid, 2018.

- CERVANTES VENDRELL, C., *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisibilidad de los derechos de imagen*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CERVANTES VENDRELL, C., Protección *post mortem* del derecho a la imagen: el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí», *Almacén de Derecho*, 30 junio 2016 (disponible en: <http://almacenederecho.org/proteccion-post-mortem-del-derecho-la-imagen-caso-la-fundacion-gala-salvador-dali/>).
- COBAS COBIELLA, M. E., «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión», *Revista Boliviana de Derecho*, 15, 2003, pp. 112-129.
- COSTELLO, M. W., «The ‘PEAC’ of Digital Estate Legislation in the United States: Should States ‘Like’ That?», *Suffolk University Law Review*, 9, 2016, pp. 429-449.
- EDWARDS, L., HARBINJA, E., «‘What happens to my Facebook profile when I die?’: Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death», en CARPE, V., MACIEL, C. (Dirs.), *Digital Legacy and Interaction: Post-Mortem Issues*, Springer, 2013.
- GARCÍA HERRERA, V., «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad Civil*, 7-8, 2017, pp. 64-72 (Smarteca, pp. 1-10).
- GARCÍA HERRERA, V., «El tratamiento de datos de personas fallecidas», *Actualidad Civil*, 5, 2018 (versión electrónica en Smarteca), pp. 1-14.
- GARCÍA MÁZ, F. J., «Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías. El Blockchain y otras cuestiones digitales. La función notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, 106, 2018, pp. 153-238.
- GINEBRA MOLINS, M. E., «Morir en la era digital: ‘Voluntades digitales’, intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 107-153.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «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*, 5, 2016, pp. 201-238.
- HARBINJA, E., *Legal aspects of Transmission of Digital Assets on Death*, tesis doctoral, University of Strathclyde, 2017,
- HARBINJA, E., «Digital Inheritance in the United Kingdom», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 6, 2017, pp. 253-256.
- HUALDE SÁNCHEZ, J., «La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Bienes de la personalidad (XIII*

- Jornadas de la APDC*), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2008.
- LÓPEZ, A. B., «Posthumous Privacy, Decedent Intent, and Post-Mortem Access to Digital Assets», *Geo. Mason Law Review*, 24-1, 2016, pp. 183-242.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «La transmisión hereditaria de archivos digitales», *Blog*, 10 julio 2014 (disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>).
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en OLIVA LEÓN, R., VALERO BARCELÓ, S. (Dirs.), *Testamento ¿digital?*, E-book, Juristas con futuro, 2016, pp. 45-60.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «4º Congreso de los Notarios de Europa: la protección de los consumidores en el ámbito digital», *Diario La Ley*, 12184/2017, pp. 3-4.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «¿Regula la herencia digital el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal?», *Blog*, 27 marzo 2018 (disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1438/73/regula-la-herencia-digit...oyecto-de-ley-organica-de-proteccion-de-datos-de-caracter-personal>).
- MACKENRODT, M. O., «Digital inheritance in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1, 2018, pp. 41-47.
- MAESCHAELCK, B., «Digital Inheritance in Belgium», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1, 2018, pp. 37-41.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos digitales», en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-77.
- MARTOS CALABRÚS, M. A., «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P. (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones: »Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2014, pp. 929-944.
- MINERO ALEJANDRE, G., *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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- OLIVA LEÓN, D., VALERO BARCELÓ, S., *Testamento ¿Digital?*, E-book, Juristas con Futuro, 2016 (disponible en www.juristasconfuturo.com).
- POHLE, J., «Data Privacy Legislation in the European Union Member States – A Practical Overview (parts I and II)», *Computer Law Review International (CRi)*, 4, 2018, pp. 97-116, y *Cri*, 5, 2018, pp. 133-147.

- PRENAFETA, J., «Legado digital ante notario», Blog, 24 febrero 2014 (disponible en <http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>).
- RESTA, G., «La morte digitale», en *Diritto dell'informazione de dell'informatica*, 39-6, 2014, pp. 891-920.
- RESTA, G., «Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 5, 2018, pp. 201-204.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Comentario al art. 700 del Código civil», en Cañizares, A. *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, II, pp. 460-468.
- ROSALES DE SALAMANCA, F., «El mito de la herencia digital», *Blog*, 3 septiembre 2018, pp. 1-5 (disponible en: <https://www.notariofranciscorosales.com/el-mito-de-la-herencia-digital/>).
- RUDA GONZÁLEZ, A., «Más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», *Managing Risk In the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 29-30 de junio de 2017, UOC/Huygens Editorial, Barcelona, 2017, pp. 226-239.
- SALVADOR CODERCH, P., «El título de heredero», *Revista de Derecho Notarial*, 1985, pp. 399-423.
- SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.
- SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada 'herencia digital': ¿necesidad de regulación? Estudio del Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10-1, 2018, pp. 413-438 (disponible en www.uc3m.es/cdt).
- SANTOS MORÓN, M. J., «La transmisibilidad *mortis causa* de los bienes digitales», en KINDL, J., ARROYO VENDRELL, T., GSELL, B., *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 143-160.
- SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales. Marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, LXXI-2, 2018, pp. 417-440.
- SY, E., «The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology?», *Touro Law Review*, 2016, 32, pp. 647-677.
- WALKER, M. D., «The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age», *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 52, 2017, pp. 51-78.

- WÜSTHOF, L., «Germany's Supreme Court Rules in Favour of 'Digital Inheritance'», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 5, 2018, pp. 205-208.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J. M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, tomo II, pp. 1366-1498.