



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LOS
BIENES DIGITALES**

Autora: María Corcelles Ortega

4ºE-1

Área de Derecho civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2022

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I. LOS BIENES DIGITALES.....	4
CAPÍTULO II. LAS REGLAS DE SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL CÓDIGO CIVIL.....	6
1. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.....	6
2. EL TESTAMENTO.....	7
3. TIPOLOGÍA.....	7
4. CONTENIDO.....	8
CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DE LOS BIENES DIGITALES.....	9
1. EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS.....	10
2. EL DERECHO AL TESTAMENTO DIGITAL	12
CAPÍTULO IV. VALORACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.....	14
1. LA DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS CON ACCESO A LOS DATOS Y A LOS CONTENIDOS DIGITALES	14
2. LA AMPLITUD DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA EL ACCESO A LOS DATOS PERSONALES O A LOS CONTENIDOS DIGITALES A FALTA DE MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL FALLECIDO.....	16
3. «TESTAMENTO DIGITAL» Y «TESTAMENTO ONLINE».....	19
4. SOBRE EL ALBACEA.....	21
5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS BIENES EXTRAPATRIMONIALES DEL DIFUNTO	23
CAPÍTULO V. EL TESTAMENTO DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA.....	25
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, OBRAS DOCTRINALES	32
1. LEGISLACIÓN.....	32
2. JURISPRUDENCIA.....	34
3. OBRAS DOCTRINALES	34
4. RECURSOS DE INTERNET.....	38

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ANPD: *Agencia Nacional de Protección de Datos*

CC: *Código Civil*

CCCat: *Código Civil de Cataluña*

CE: *Constitución Española*

CFAA: *Computer Fraud Abuse Act*

ECPA: *Electronic Communications Privacy Act*

LO: *Ley Orgánica*

LOPDGDD: *Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales*

LOPDP: *Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*

LOPCDH: *Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

LOPDH: *Ley Orgánica de Protección del derecho al honor*

LPI: *Ley de Propiedad Intelectual*

PEACA: *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act.*

RD: *Real Decreto*

RD-L: *Real Decreto Ley*

RDL: *Real Decreto Legislativo*

RUFADA: *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*

STC: *Sentencia del Tribunal Constitucional*

SSTC: *Sentencias del Tribunal Constitucional*

TC: *Tribunal Constitucional*

TIC: *Tecnologías de la Información y de la Comunicación*

TR: *Texto Refundido*

TRLPI: *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*

ULC: *United law Communion (ULC)*

UFADAA: *Uniform Fiduciary to Digital Assets Act*

RUFADAA: *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*

INTRODUCCIÓN

Internet se ha convertido en una realidad presente en nuestra vida. Una gran parte de nuestra actividad personal (en su esfera más privada), y de nuestra actividad profesional y económica se desarrolla en la Red. De ahí que la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) hayan adquirido una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad.

A día hoy nadie duda de las ventajas y oportunidades que la transformación digital de nuestra sociedad ofrece a la ciudadanía, pero también todos somos conscientes de los riesgos y problemas derivados de su uso.

Uno de esos problemas es determinar que sucede con todo aquello que una persona realiza cuando se conecta a la red después de que muera y se extinga su personalidad (art. 32 Código Civil, en adelante, CC). Dentro de la red, las personas se comunican con amigos, familiares, compañeros..., envían y reciben mensajes, manifiestan sus opiniones, almacenan todo tipo de archivos como fotos, música, o videos, comparten estos archivos en redes sociales, y, también, contratan sobre todo tipo de bienes y servicios, gestionan su patrimonio (cuentas bancarias) o invierten en distintos activos (criptomonedas, cartera de valores...)

Es muy frecuente que las personas más allegadas desconozcan todos o parte de estos bienes digitales y/o las claves de acceso para poder gestionar esos bienes (cuentas bancarias online, cuentas en plataformas de vídeo o música, archivos almacenados en la nube, perfiles en redes sociales, etc.). Ello complica la aplicación de las reglas sobre sucesión *mortis causa* establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En este trabajo se pretende realizar un estudio del régimen jurídico aplicable a la transmisión *mortis causa* de los bienes digitales. Para ello comenzaremos con el análisis del objeto de nuestra investigación -los bienes digitales-, de las normas de nuestro ordenamiento jurídico que regulan la sucesión *mortis causa*, en general, y la sucesión en los bienes digitales en particular, valorando esa regulación. Finalmente compararemos los sistemas jurídicos español y el americano. El sistema jurídico americano ha sido más extenso desarrollando cual es el futuro de esos bienes una vez que su titular ha fallecido.

CAPÍTULO I. LOS BIENES DIGITALES

Los expertos no logran encontrar una definición donde englobar todos los bienes digitales y es por esto por lo que cada autor delimita de manera diferente dicho concepto.

Los bienes digitales o “*digital assets*” son *bienes, recursos o activos digitales que constituyen toda la información inmateral en forma de datos, textos, imágenes o softwares que pueden o no tener un valor económico determinado* (Ordelin Font, Oro Boff, 2019, p.11). La lista de bienes digitales es por tanto muy amplia, desde cuentas de correo electrónicos, páginas webs, o cuentas de redes sociales hasta aplicaciones de pago o criptomonedas. En definitiva, como define Lee (Lee, 2015, p.660) *son todo aquello que una persona mantiene almacenado en un archivo digital, ya se encuentre en un dispositivo determinado o en otro lugar, a través de un contrato con el propietario, lo que incluye el almacenamiento en la nube*. Sin embargo, el autor Oliva León (Olivia León, 2016, p.71) entiende que los *bienes digitales son los bienes inmateriales comercializados a través del canal web/móvil y que son esencialmente los datos personales de los usuarios de las empresas*. Por su parte, Santos Morón (Santos Morón, 2018, p.416) incluye dentro del concepto de los bienes digitales *tanto las cuentas on line como los contenidos de todo tipo alojados en un ordenador, en la nube o en un servidor perteneciente a un tercero con el que se mantiene una relación contractual, siempre que tales contenidos sean de carácter digital*.

Por último, según la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (en adelante, RUFADAA), se considera como bien digital *cualquier registro electrónico en el que una persona tenga un derecho o un interés, lo que no incluye el activo o pasivo subyacente a menos que este activo o pasivo sea en sí mismo un registro electrónico. Se considera registro electrónico cualquier información que ha sido almacenada electrónicamente, incluyendo aquella que no ha sido inventada aún. Dentro de los registros electrónicos podemos encontrar la información almacenada en la computadora de un usuario y otros dispositivos digitales; los contenidos subidos a sitios web; así como el catálogo o contenido de una comunicación electrónica, entre otros*.

El hecho de que los autores no se pongan de acuerdo en una definición hace a su vez que sea más complejo englobar todos los bienes digitales en una sola categoría. Ante esta diversidad, autores como Lee (Lee, 2015, pp.660 y 661) hacen una propuesta de clasificación entre bienes personales, redes sociales, financieros y negocios.

El primer tipo de activos y los más comunes son los personales, este tipo de bienes son

aquellos que se encuentran en un sitio web o en cualquier dispositivo electrónico del propietario de dichos activos. Entre ellos se encuentran las fotografías, correos electrónicos o vídeos, mensajes, listas de música, audiolibros.

En segundo tipo de bienes son los relacionados con las redes sociales *Instagram*, *Facebook* o *Twitter*, *LinkedIn*... Hoy en día estas se usan para la comunicación entre las personas o instituciones, esta comunicación se puede establecer de diversas maneras. En *Instagram* los usuarios se comunican mediante fotos, en *twitter* mediante textos cortos y en *LinkedIn* mediante la publicación del perfil profesional, como sería el currículum.

El tercer tipo son los que engloban los activos financieros, es decir, aquellas aplicaciones bancarias o cuentas financieras que permiten a los usuarios realizar transacciones como envío de dinero o pagos de manera digital sin que dicha persona tenga que acudir al banco cada vez que quiera disponer de sus ingresos. Además, estas aplicaciones bancarias cuentan con un servicio de asesoría digital programado para resolver los problemas que puedan tener los usuarios, agilizando así el trabajo de los bancos.

Por último, se encuentran las cuentas comerciales, utilizadas para la práctica comercial, pedidos, y preferencias de clientes, direcciones, almacenamiento de documentos o nombres de dominio.

Todos estos bienes tienen en común que solo se pueden gestionar como información inmaterial en el entorno digital como fotos, videos textos, *software*, etc. Estos constituyen los activos digitales de una persona, independientemente de que posean o no un valor económico. En nuestra opinión, a esta propiedad deberíamos otorgar la definición de bienes digitales.

Dicho esto, un determinado bien digital no tiene por qué estar encasillado en una única clasificación. Un ejemplo sería la aplicación de *Instagram*. *Instagram* es una red social, que fue creada con la finalidad de que sus usuarios compartiesen fotos o videos de sus gustos o incluso de su día a día y comentar en las fotos o videos ajenos. Sin embargo, con el paso de los años *Instagram* evolucionó y en torno a los años 2015 y 2016 algunas personas empezaron a ganar dinero por cada foto o video que subían. Hoy en día esto se considera una profesión, estas personas son “*Influencers*” y su principal fuente de ingresos es subir fotos y videos a *Instagram* narrando a sus “seguidores” lo que hacen en el día a día, enseñando la ropa que llevan o los sitios a donde van a comer. Por lo que *Instagram* ya no es solo una red social, sino que también es un trabajo para muchas personas.

A efectos de nuestro estudio es importante distinguir también dentro de los bienes

digitales entre aquellos que por su carácter son intransmisibles por lo que se extinguen con la muerte de su titular, de aquéllos que son transmisibles tras la muerte del titular. También es importante distinguir los que son bienes digitales puramente personales de aquéllos otros que tienen un contenido patrimonial. Entre los bienes personales se haya toda la información que una persona proporciona para el acceso a una cuenta digital (datos personales) y el contenido o material creado o almacenado por los usuarios que puede tener naturaleza muy personal y estar protegido por los derechos a la intimidad y al honor consagrados en nuestra Constitución. También hay que tener en cuenta que el contenido de la cuenta puede ser generado por el propio usuario y tener carácter artístico (creaciones intelectuales), y que puede o no haber sido difundido a través de plataformas a quienes ceden sus derechos de autor y éstas pueden hacer llegar a cualquiera de sus clientes. Estos contenidos pueden estar protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI). Los bienes de contenido patrimonial integran lo que algunos llaman patrimonio digital. García Herrera lo define como *la parte integrante del patrimonio que identifica el conjunto de relaciones jurídicas de tal carácter (digital) valorables desde un punto de vista patrimonial, es decir, se compone de todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico.* (García Herrera, 2018, p.1).

CAPÍTULO II. LAS REGLAS DE SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL CÓDIGO CIVIL

1. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

La locución latina *mortis causa* significa “por causa de muerte” y es la subrogación que hacen los sucesores (herederos y legatarios) en el patrimonio del fallecido a causa de su muerte.

La sucesión *mortis causa* podría definirse como una serie de normas que regulan el destino de las relaciones jurídico-privadas transmisibles de una persona cuando fallece (art. 667 CC). Dicho esto, con la muerte no solo suceden fenómenos de sustitución en la titularidad de las relaciones jurídico-privadas, sino que también otras se crean *ex novo* a raíz de este fallecimiento. En otras palabras, el Derecho de sucesiones español hace referencia a qué ocurre con los bienes, derechos y obligaciones de una persona cuando

esta muerte, ya que nuestro ordenamiento jurídico no admite que un patrimonio quede sin titular (art. 661 CC), por ello el proceso sucesorio comienza en el exacto momento de la muerte del causante (art. 661 CC). La fijación del momento inicial del proceso sucesorio es de gran trascendencia porque es precisamente al abrirse la sucesión cuando el llamado a la herencia ha de cumplir los requisitos esenciales para poder suceder (arts. 758 y 766 CC).

La sucesión mortis causa puede ser ordenada por el causante en testamento (se habla entonces de sucesión testada o voluntaria). De no otorgarse testamento, o si esté fuera nulo o incompleto, nuestro ordenamiento jurídico establece la denominada sucesión intestada. Es la ley la que señala, mediante una serie de normas, quién debe ser llamado a suceder al causante (arts. 912 y siguientes CC).

2. EL TESTAMENTO

El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (art. 667 CC). Para otorgar testamento el testador debe tener la necesaria capacidad, lo que se debe apreciar en el momento de otorgar el testamento (art. 666 CC) y el testamento debe otorgarse en la forma que la ley determine. En principio pueden testar todos aquellos a los que la ley no se lo prohíba expresamente. No pueden testar los menores de 14 años ni las personas que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello (art. 663 CC). Los mayores de 14 años pueden testar, excepto en el caso en el que se utilice la forma ológrafa de testamento, para lo que el causante ha de ser mayor de edad. Las personas con discapacidad podrán otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, puedan comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias (art. 665 CC).

3. TIPOLOGÍA

El testamento es un acto formal por lo que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el Código Civil (art. 687 CC). Por su forma, los testamentos se clasifican en comunes o especiales. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo, el otorgado en pandemia y el

hecho en país extranjero. El testamento común puede ser ológrafo, abierto o cerrado. El primero de ellos viene regulado en los artículos 688 y siguientes del Código civil. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue. Sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad, y al ser un documento privado para que se califique como testamento debe someterse a la adverbación y protocolización notarial. El testamento abierto es la forma más habitual de hacer testamento. Es un documento público pues debe ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento (art. 679 CC). El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. El testador ha de expresar su voluntad, oralmente o por escrito, al notario, el cual debe redactar el testamento con arreglo a su voluntad y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento (art. 695 CC). Una vez redactado el notario deberá leer en voz alta lo escrito para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad (art. 699 CC). Por último, el testamento es cerrado, cuando el testador, entrega al notario su última voluntad en sobre cerrado. De conformidad con el art. 708 CC: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código.” Es de destacar que tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, el apartado 3 del artículo 706 CC, establece la posibilidad de que el testamento se haya “redactado en soporte electrónico”, en cuyo caso, “deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”.

4. CONTENIDO

En el testamento el causante dispone de su patrimonio designando la persona o personas que han de sucederle a “título universal”, como herederos, o “a título particular”, como legatarios. El heredero, sucesor a “titular universal”, no recibe únicamente el activo del causante, es decir, sus bienes y derechos, sino también su pasivo; sus deudas y obligaciones. Respecto de los legatarios, sucesores a título particular, su herencia constituye un elemento o un conjunto de elementos en particular, sin que le corresponden

ninguna deuda hereditaria, salvo en los concretos supuestos previstos en el Código civil. Por otro lado, al hacer su testamento el causante debe respetar los derechos de los llamados herederos forzosos a la “legítima”, una porción de bienes de los que el testador no puede disponer porque la ley los reserva para determinados parientes cercanos y que está regulada en los art. 806 y ss del CC.

Por último, cabe mencionar la posibilidad que tiene el testador de nombrar un ejecutor testamentario. La conocida figura del albacea. Por su relevancia, será objeto de un estudio más detallado por nuestra parte en los capítulos posteriores. En cuanto al contenido del testamento, el testador es libre de disponer de todo su patrimonio excepto de los bienes y derechos intransmisibles, pues como señala el artículo 657 CC “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona *que no se extingan con su muerte*”.

El Código Civil no menciona, ni distingue, por tanto, entre bienes *analógicos* y bienes *digitales*. Fuera del Código Civil sí existe una norma jurídica que regula la sucesión *mortis causa* sobre los bienes digitales que pasamos a examinar.

CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DE LOS BIENES DIGITALES

Aunque la herencia abarca todos los bienes, derechos y obligaciones, sin distinción de su naturaleza digital o analógica, la aparición de los activos digitales ha generado la necesidad de crear normas que reglamenten las particulares características de su gestión *mortis causa*.

Hasta el año 2018 no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma referente a la sucesión *mortis causa* en los bienes digitales, aunque si se contemplaba el tratamiento de “datos” de las personas fallecidas, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*. En su artículo 2 apartado 4 se indicaba que las personas vinculadas “por razones familiares o análogas” a una persona fallecida podían dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo y solicitarles cuando hubiere lugar a ello, la “cancelación” de los datos.

Esta situación cambia con la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales*, (en adelante, LOPDGDD), dictada

para adecuar nuestro ordenamiento a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos*.

La nueva legislación contiene en dos artículos distintos lo relativo al tratamiento de datos de personas fallecidas (art. 3 LOPDGDD) y el tratamiento del llamado testamento digital (art. 96 LOPDGDD).

En principio el art. 3 se refiere a la gestión *post mortem* de los “datos personales”, protegidos como derecho fundamental (art. 18,4 CE), y, el art. 96 se refiere a la gestión *post mortem* de “contenidos digitales” de las personas fallecidas. Ahora bien, el contenido de los dos artículos está entrelazado pues en muchas ocasiones, tal y como ya se señaló, el conocimiento de la propia existencia de bienes integrantes de la herencia, esto es, de contenidos digitales, se hace depender del tratamiento de ciertos datos personales, como claves de acceso (Martínez Martínez, 2019, p. 181).

1. EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Conforme al apartado 1 del artículo 3, *las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos* podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento *al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión*. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior *no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley*. Si bien, dicha prohibición *no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante*.

Por otro lado, establece el apartado 2, que también pueden solicitar el acceso a los datos personales del fallecido, y en su caso, pueden solicitar su rectificación o supresión, *las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello*, lo que deberán hacer *con arreglo a las instrucciones recibidas*. El apartado 2 termina con la previsión de que *mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos*.

Por último, si el fallecido es un menor, conforme al apartado 2, las facultades de acceso, rectificación o supresión *podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en*

el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. Si el fallecido es una persona con discapacidad, las facultades de acceso, rectificación o supresión también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

La LOPDGDD no define que hay entender por datos personales. Sí lo hace el Reglamento (UE) 2016/679, que define como datos personales “toda información sobre una persona física, identificada o identificable”, *Se considerará persona física identificable toda persona física cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea, o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona [art. 4.1].* Junto a ello, el artículo 7 alude a aquellos datos personales *que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida o la orientación sexual de una persona física.*

Esta noción de datos personales parece ser la asumida también por nuestro Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, conforme a la cual : ... *el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de datos personales sean o no íntimos cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado, porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o*

de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza para el individuo (FJ. 6).

2. EL DERECHO AL TESTAMENTO DIGITAL

El artículo 96 LOPDGCC configura lo que denomina “testamento digital”, como *un derecho digital de los ciudadanos*, y determina las reglas para acceder a los *contenidos digitales* de las personas fallecidas que estuvieran siendo *gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información*.

Conforme a la primera de estas reglas pueden acceder a dichos contenidos cuatro categorías de sujetos.

En primer lugar, pueden acceder, *las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, que podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión*. Como excepción, al igual que en el artículo 3, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, *cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley*. *Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto*.

También, *el albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello*, podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada, y, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

Conforme a la segunda de las reglas, las personas legitimadas para el acceso a los contenidos digitales podrán decidir también *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. Termina estableciendo la obligación del responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil, de proceder sin dilación a la misma.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 96, reproduciendo el contenido del artículo 3 recuerda que *mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos. Dicho registro podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.*

Por último, el artículo 96 en su último apartado, recoge la posibilidad de que las CCAA con derecho civil foral o especial desarrollen lo dispuesto en este artículo, como ya había hecho el legislador catalán en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. En su artículo 6, que introduce un nuevo artículo 411-10 en el Código civil de Cataluña, se prevé que *el causante pueda expresar sus voluntades digitales antes de fallecer y designar a una persona para ejecutarlas, que actuará ante los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de que no hubiera realizado tal designación, corresponderá al «heredero» o «albacea universal» la ejecución de tales voluntades. Y, si estas no se hubieran otorgado, serán también los herederos o el albacea universal quienes podrán adoptar ciertas disposiciones en relación con las cuentas activas del causante en los términos que prevé el propio precepto.* (Hay que tener en cuenta la STC de 7/2019, de 17 de enero, en la que se ha declarado la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales del Parlamento de Cataluña. En concreto, aquellos referidos al nuevo Registro electrónico de voluntades digitales).

Para terminar el análisis de lo dispuesto en el artículo 96 conviene hacer algunas presiones sobre el objeto de su regulación, esto es, el acceso a los “contenidos digitales” de las personas fallecidas que se hallen bajo el poder y gestión de un “prestador de servicios de la sociedad de la información”.

La Ley no dice lo que debe entenderse por contenidos digitales, si bien el hecho de que condicione su aplicación a que estén bajo el poder o gestión de un prestador de servicios de la sociedad de la información, nos sirve para excluir a aquellos que el fallecido conserve en soporte físico como el disco duro de su ordenador o en un pen drive. Por ello,

la titularidad de estos archivos y sus contenidos se regirán por las reglas de la sucesión ordinaria que debería recaer en principio sobre la persona que hubiera recibido en la sucesión la propiedad de ese medio tangible (a saber, el heredero o el legatario). En el mismo sentido señala Santos Morón que *cuando los bienes digitales se almacenan en soportes físicos, como en un DVD o un disco duro, el destino de los mismos seguirá al de su soporte. En consecuencia, tras el fallecimiento del titular de estos, los datos serán accesibles por el heredero por la adquisición de la propiedad de los soportes* (Santos Morón, 2018, p.420).

Por otro lado, los contenidos digitales deben ser algo distinto a los datos personales introducidos en el formulario que las plataformas obligan a cumplimentar antes de abrir una cuenta o un perfil, y a todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza para el individuo (fotografías, audios, textos, videos ...). En este sentido señala Martínez que *en principio el art. 3 se refiere a la gestión post mortem de los datos personales, protegidos como derecho fundamental (art. 18,4 CE), y, el art. 96 se refiere a la gestión post mortem de cualquier dato no personal en formato digital referido a personas fallecidas* (Martínez Martínez, 2019, p. 180).

CAPÍTULO IV. VALORACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Son muchos los interrogantes y las críticas que pueden hacerse a la nueva regulación.

La primera hace referencia a la técnica empleada por el legislador para estructurar el régimen jurídico de la “herencia digital”, pues parte de la premisa de que la persona fallecida no ha designado ni dado instrucciones para gestionar su herencia digital, y lo que hace es determinar que personas pueden hacerlo, estableciendo un círculo muy amplio de sujetos a los que otorga un acceso a datos y contenidos sin restricciones, y que no tiene precedentes en otros textos legislativos de nuestro entorno.

1. LA DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS CON ACCESO A LOS DATOS Y A LOS CONTENIDOS DIGITALES

En efecto, la LOPDGDD parece haber invertido la regla general que acogen otros textos legislativos, según la cual lo primero es la voluntad del causante, que puede designar a una persona para que se dirija a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información y, solo en defecto de esta designación, podrán actuar los sujetos legitimados por la ley. Como ejemplo puede citarse la Ley 10/2017, de 27 de junio, *de las voluntades digitales* de Cataluña, que en su artículo 6 dispone que el causante pueda expresar sus voluntades digitales antes de fallecer y designar a una persona para ejecutarlas, que actuará ante los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de que no hubiera realizado tal designación, corresponderá al «heredero» o «albacea universal» la ejecución de tales voluntades.

Lo cierto es que la LOPDGDD en realidad sí establece la prevalencia de la voluntad del causante a la hora de decidir sobre la gestión de sus datos y de sus contenidos digitales, aunque de la confusa técnica de redacción de los artículos 3 y 96 parece deducirse otra cosa.

De la interpretación conjunta de los párrafos 1 y 2 de los artículos 3 y 96 de la LOPDGDD (prácticamente idénticos en su redacción) puede deducirse que el causante puede designar expresamente a una *persona o institución* (o a un *albacea testamentario* en caso de acceso a los contenidos digitales), que será quién solicite, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos y a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. En tal caso, quedarán excluidos del acceso los parientes y demás legitimados si el causante lo hace constar expresamente en el nombramiento. En segundo lugar, el causante puede no designar a nadie y limitarse a prohibir el acceso a los sujetos mencionados en el apartado 1, si bien, con la salvedad de que el heredero siempre *tendrá derecho a acceder a los contenidos que formen parte del caudal relicto*. Por último, solo en el caso de que el sujeto no realice ninguna manifestación de voluntad entraría en juego la legitimación de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho. No determina la Ley la forma en la que debe expresarse la manifestación de voluntad del causante para designar y dar las instrucciones a las personas llamadas a gestionar sus datos y contenidos, o para excluir de su acceso a determinadas personas. Si es un albacea testamentario la designación y las instrucciones se incluirán en el testamento (art. 892 CC). Si es otra persona o institución, la ley habla simplemente de “mandatos” o “instrucciones” y remite a un futuro real decreto en el que *se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en*

su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica (art. 96.4 LOPDGDD).

En la actualidad existen empresas tecnológicas (*Mi legado digital*) que ofrecen servicios de aseguramiento de archivos digitales, custodia de contraseñas, o perfiles de redes sociales y que ofrecen la posibilidad de rellenar formularios en los que se designa a un administrador nombrado por el interesado (que llaman “albacea digital”) al que se comprometen a entregar el formulario a la muerte de sus clientes.

2. LA AMPLITUD DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA EL ACCESO A LOS DATOS PERSONALES O A LOS CONTENIDOS DIGITALES A FALTA DE MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL FALLECIDO

Por otro lado, la regulación de la LOPDGCC ha sido criticada tanto por lo amplitud del círculo de las personas legitimadas para tratar los datos de las personas fallecidas o para gestionar los contenidos digitales, como por la ampliación de las facultades de tales personas legitimadas en comparación con la situación anterior.

En efecto, cualquier familiar, la pareja de hecho y los herederos puede tratar los datos y gestionar los contenidos digitales de la persona fallecida. Dado que la ley no establece ninguna prelación entre ellos, en principio cualquier pariente, aunque no sea cercano y no este llamado a suceder al fallecido, puede acceder a sus datos y con ello a sus cuentas o redes y a su contenido. La única excepción, como hemos visto, es que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente, en cuyo caso se prohibiría el acceso a los datos todos aquellos que no tengan la cualidad de heredero, que siempre tiene derecho a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. Además, respecto de los menores y las personas con discapacidad (artículo 96.2.c, y d), la LOPDGDD señala que estas facultades podrán ejercitarse «también» por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal. Por tanto, en el caso de los menores la legitimación de los representantes legales se añade a la que poseen las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, lo cual resulta bastante difícil de entender, desde el momento en que no se establece una jerarquización entre todos ellos. Lo mismo sucede en el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, en relación con las cuales se dispone que estas facultades podrán ejercerse «también» «por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales

facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

No hay duda de que la amplitud de los sujetos legitimados para el acceso a los datos o a los contenidos digitales puede hacer peligrar los derechos sucesorios de los herederos o legatarios de la persona fallecida, pues el artículo 96 LOPD no precisa que las personas vinculadas por razones familiares o de hecho sean quienes estén llamados a suceder al causante y, por tanto, a recibir por vía sucesoria sus contenidos digitales. *Esta última advertencia es importante, ya que si bien en el marco del artículo 3 tratábamos el tema del destino que había de darse a los datos de las personas fallecidas, que son «activos» –por así decirlo– «intransmisibles», los contenidos digitales a los que se refiere el artículo 96 LOPDGGG pueden serlo o no. Aquellos que verdaderamente lo sean (v. gr. archivos alojados en una nube, generados por la persona fallecida o descargados de algún servicio) deberán integrarse en el caudal relicto. Y, si esto es así, ¿tiene sentido que las personas vinculadas al fallecido por razones «familiares» o «de hecho» puedan impartir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información las «instrucciones que estimen oportunas» sobre su «supresión»? (Moralejo Imbernó, 2021, p.258)*

Por otro lado, a diferencia de la normativa anterior que solo permitía el tratamiento de datos de la persona fallecida para su “cancelación” (art. 2.4 Real Decreto 1720/2007), en la actualidad se permite también el acceso a las cuentas, lo que permite a cualquier de ellos conocer su contenido, lo que puede vulnerar el derecho a la intimidad no solo de la persona fallecida sino también de personas distintas al fallecido, y el derecho de estos terceros a la protección de sus datos personales, pues entre tales contenidos se incluyen, por ejemplo, sus cuentas de correo electrónico o las comunicaciones que puede haber mantenido con terceros (*WhatsApp*) o en redes sociales (*Facebook, Twitter...*). Por otro lado, si recordamos lo previsto en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la protección de los datos personales “alcanza” a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado, porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas

circunstancias constituye una amenaza para el individuo» (FJ. 6). En la medida en que el contenido al que se acceda permita conocer datos que permita identificar a una persona distinta del fallecido y que sirvan para confeccionar su perfil ideológico, sexual, o económico..., tal acceso no debería estar permitido (o debería estar muy restringido) en protección de los datos de terceros que pudieran contener.

Parece más adecuado el tratamiento dado a este tema por el legislador francés que, en la *Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital*, reconoce prioridad a la voluntad del causante, que puede designar a la persona que él quiera para ejecutar sus instrucciones sobre la *conservación, cancelación y comunicación de sus datos personales, una vez que haya fallecido. A falta de designación, serán exclusivamente los «herederos» quienes podrán solicitar la ejecución de esas directrices. En defecto de instrucciones, esos mismos herederos estarán legitimados para ejercitar tales derechos, pero solo “en la medida necesaria para la organización y regulación de la sucesión del difunto”* (Artículo 63 Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, que introduce nuevo artículo 40-1 en la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978).

En parecidos términos puede citarse también la Ley Catalana *de voluntades digitales*, que, para el caso de que el causante no haya dado instrucción alguna, determina que *la persona a quien corresponde ejecutarlas «no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales», salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial* (art. 411-10.6 del Código civil de Cataluña). Respecto de los herederos, del albacea universal o de la persona legitimada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales en caso de muerte, solo puedan solicitar al prestador de servicios de la sociedad de la información que les entregue una copia de los archivos digitales que se encuentren en sus servidores “si procede”, *lo que debe ser entendido en el sentido de que exista previa autorización del causante o de que sean estos los beneficiarios mortis causa de tales archivos* (Morlalejo Ibernón, 2020, p.262).

En este sentido merece destacarse lo dispuesto en derecho norteamericano, en concreto en a la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* de 2014, a la que haremos alusión en el Capítulo V de trabajo, que permite que la persona designada por el causante (fiduciario) pueda gestionar sus archivos informáticos, pero le prohíbe el acceso a comunicaciones electrónicas como correos, mensajes y cuentas en redes sociales, salvo que el causante lo hubiera autorizado en testamento, trust, poder u otro archivo. *La Section 8 dispone, en efecto, lo siguiente: «Unless the user prohibited disclosure of digital*

assets or the court directs otherwise, a custodian shall disclose to the personal representative of the estate of a deceased user a catalogue of electronic communications, of the user...» Como señala Moralejo, *ante la posibilidad de que se hallare igualmente involucrada la intimidad de terceros y, en general, el secreto de las comunicaciones, la ley americana establece que el fiduciario solo podrá tener acceso a la lista de mensajes enviados y recibidos, lo que incluye la dirección de correo electrónico del interlocutor de la persona fallecida, pero no el contenido mismo del mensaje (es el llamado «catálogo de las comunicaciones»)*. (Moralejo Ibernón, 2020, p.261, nota 25)

3. «TESTAMENTO DIGITAL» Y «TESTAMENTO ONLINE».

Es necesario hablar de si existe o no un testamento digital, ya que, la doctrina se encuentra muy dividida sobre su admisibilidad. A favor, Giner Gandía, fundadora de *Mi legado digital*, que define el testamento digital como el *documento legal que permite a una persona dar instrucciones acerca de qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca* (Giner Gandía, 2016, p.57). Por el contrario, otros autores como Lluch Cerdá consideran que el testamento digital, independiente del testamento tradicional, no existe debido a que no es trascendente el formato o ubicación (Lluch Cerdá, 2016, p.18).

Las distintas posiciones pueden explicarse porque la expresión “testamento digital” puede interpretarse en un doble sentido según se entienda referida al contenido del documento o a la forma de celebración. Si lo referimos al contenido del documento, testamento digital es la parte del testamento común u ordinario destinada a ordenar la sucesión en los bienes digitales del otorgante. Si atendemos a la forma, testamento digital es un testamento en el cual la declaración de las últimas voluntades del otorgante se realiza por medios digitales. A este “nuevo” tipo de testamento se le suele llamar también testamento “on line”.

Hoy en día, no existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de realizar un testamento on-line, pues como ya se ha señalado en el Capítulo III, el testamento es un acto formal (art. 687 CC) y el “testamento on-line” no está reconocido, ni puede reconducirse, a ninguna de las clases o tipos de testamentos ordinarios o especiales regulados en nuestro Código Civil. Cosa distinta es que existan empresas tecnológicas (la más conocida, *Testamentaria*) que entre sus servicios incluyan la posibilidad de crear el testamento “on-line” si bien en todos los casos, el proceso termina con la firma del testamento redactado ante un notario. También es cierto que tras la reforma operada en el

Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, el apartado 3 del artículo 706 CC, establece la posibilidad de que el testamento se haya “redactado en soporte electrónico”, en cuyo caso, “deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”. Dada la ubicación sistemática de esta norma, no hay ninguna duda de que la misma se refiere a una forma de redactar las disposiciones de última voluntad del otorgante en los testamentos notariales cerrados. No cabe hablar tampoco en este caso de testamento “*on line*”.

Por otro lado, como ya hemos señalado, existen empresas tecnológicas que además de ofrecer servicios de aseguramiento o custodia de claves o archivos digitales, ofrecen la posibilidad de redactar o rellenar formularios o documentos, que a veces llaman testamentos digitales, y que se comprometen a entregar a un administrador nombrado por el interesado (“albacea digital) a la muerte de sus clientes. Pero, como señala Martínez, *nada asegura que las empresas digitales que ofrecen este tipo de servicios sigan existiendo tras el fallecimiento de las personas que hayan contratado los mismos*. De ahí que se haya puesto de relieve la importancia de la intervención de un notario en el otorgamiento de las disposiciones de última voluntad, pues su participación otorga un mayor grado de seguridad jurídica tanto en lo referente a la autenticidad del contenido de las últimas voluntades del causante, como en cuanto a la comprobación de la identidad y la capacidad del otorgante (Martínez Martínez, 2019, p.201).

Dicho esto, siguiendo a Álvarez Lata si admitimos la existencia del testamento digital, es necesario determinar si las disposiciones sobre bienes digitales son parte del contenido material del testamento o, este es solo un vehículo formal para realizar estas. Si elegimos la primera opción, ello supondría que estas disposiciones se entenderán del mismo modo que las del testamento tradicional, y se le aplicarán sus reglas, en especial en lo referente a la revocación, capacidad del testador, o vicios del consentimiento, entre otras; mientras que, si escogemos la segunda y entendemos que el testamento no más que un vehículo formal de incorporación de tales disposiciones, estas seguirán el régimen jurídico que les es correspondiente según su naturaleza, como los negocios que son, (Álvarez Lata, 2002, p.114).

Ello es importante porque la inclusión de los activos digitales personales en el testamento no tiene en cuenta la diferencia que existe entre la capacidad para testar y la capacidad para ser titular de bienes digitales, debido a que la primera, como se mencionó en el capítulo II, es un derecho que se obtiene a partir de los catorce años (o dieciocho, en el

concreto supuesto del testamento ológrafo) y la segunda varía en dependencia de los términos y condiciones establecidos en la regulación del servicio brindado, en el caso de algunas redes sociales, por ejemplo, la edad es de trece años.

4. SOBRE EL ALBACEA

Es necesario mencionar que, entre las personas legitimadas para la gestión de los contenidos digitales tras el fallecimiento de su titular, aparece mencionada la figura del albacea testamentario (art. 96.1.b LOPDGDD). Lo mismo sucede en otras legislaciones. En Francia se reconoce que en virtud de las directivas puede designarse una persona responsable para la ejecución del testamento, quien tiene el derecho de tomar nota de dichas directivas, así como solicitar su implementación a prestadores de servicios que controlan dichos datos (art. 40-1 Ley 2016-1321). En Estados Unidos existe el “fiduciario” para referirse tanto al albacea como al sucesor (§ 2.14 RUFADAA, 2015). En la legislación catalana, el artículo 411-10 del Código civil de Cataluña se establece que por voluntades digitales en caso de muerte deben entenderse “las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas.”

Se ha discutido si el albacea al que se refiere la LOPDGCC es una figura distinta de la del albacea regulado en el Código Civil. En este sentido, Márquez Villén considera que se trata de un albacea, que tiene las mismas características que un albacea tradicional, solo que, en vez de gestionar un patrimonio corriente, gestiona un patrimonio con bienes digitales y por lo tanto deberá aplicar el régimen legal que corresponde (Márquez Villén, 2016, p.2). Esta precisión es importante pues de equiparar la figura del albacea testamentario con cualquier designado para ejecutar la última voluntad del causante (al que algunos llaman albacea digital o albacea 2.0) corremos el riesgo de asimilar y confundir la figura del albacea testamentario con la del ejecutor a la que hacen referencia los mismos artículos 3.1 y 96.1.c de la LOPDGDD.

El albacea testamentario solo puede nombrado por medio de un testamento según establece el artículo 892 del Código Civil y las facultades que puede ostentar un albacea son todas aquellas que le haya conferido el testador (art. 901 CC), y a falta de determinación de las mismas por parte del causante, las previstas en el art. 902 CC, entre las que destacan la vigilancia de la ejecución de lo ordenado en testamento, pues como señala Albaladejo García, *la única misión del albacea no es ejecutar la voluntad del*

causante, sino que a su vez se le encomienda vigilar que los demás ejecuten el testamento. A su vez también se le encomienda defender la voluntad testamentaria contra quien la ataque o intente infringirla. (Albaladejo García, 1990, p.3). En este sentido la expresión “albacea digital” solo será técnicamente correcta, como señala Martínez, atendiendo a la distinción entre albacea universal (aquél al que le han sido conferidas todas las funciones relativas a la ejecución de la herencia) o albacea particular (si solo se le ha conferido la gestión de un asunto determinado). En este contexto, consideramos que la única persona que, en nuestra opinión, podría ser considerada como albacea digital en sentido técnico-jurídico sería aquel sujeto encargado de la gestión de los datos personales y los contenidos digitales del causante y nombrado necesariamente en testamento. En este caso, el «albacea digital» vendría a constituir un albacea particular al que se le confiere un encargo especial, el de la ejecución de las voluntades digitales, figura compatible con el albacea universal que haya podido instituirse en testamento para el desarrollo del resto de funciones que le son propias (Martínez Martínez, 2019, p.199).

Cuestión distinta es la de si el albacea necesita tener conocimientos respecto de la tecnología para poder ejecutar su labor. En opinión de Lluch Cerdá es necesario que el albacea comprenda el alcance de su labor, los medios que precisa y cómo puede ejecutarlo. Asimismo, entiende que, estos no son más que los recursos técnicos necesarios para ejecutar las instrucciones y decisiones del causante, por lo que deben ser provistos de conjunto con recursos legales y financieros (Lluch Cerdá, 2016, p.20). Por el contrario, la mayoría de los expertos entienden que no es necesario que el albacea sea experto en dicha materia, un ejemplo de ello sería el notario Francisco Rosales De Salamanca Rodríguez que entiende que el albacea digital es un mero gestor (Rosales De Salamanca Rodríguez, 2015).

Por último, se ha suscitado la cuestión de qué ocurriría si llega a haber un conflicto entre el albacea o el gestor y el heredero. El artículo 7 CCCat establece que, en defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona. Sin embargo, este artículo no establece con claridad quién prevalece en caso de se produzca cualquier tipo de contradicción entre los herederos y el tercero designado para cumplir con las voluntades del causante. El notario Luis Fernández-Bravo Francés entiende que es el heredero, al ser legítimo, quién prevalece sobre el albacea o el administrador de la herencia (Fernández-Bravo Francés, 2015, p.23). En cambio, la legislación francesa reconoce que en ausencia de una designación o, a menos que se indique lo contrario, en el caso de la muerte de la

persona designada, los herederos tienen derecho a conocer las directivas y solicitar su implementación a dichos prestadores de servicios (art. 40-1 Ley N° 2016-1321).

En cuanto al alcance de sus competencias que tiene el albacea sobre los activos digitales del causante, según Santos Morón *esta estrictamente delimitado por aquello que el causante haya dejado por escrito en su testamento para así garantizar y preservar la intimidad y el honor del causante* (Santos Morón, 2018, pp.426 y 438).

5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS BIENES EXTRAPATRIMONIALES DEL DIFUNTO

Por lo que se refiere al destino de los bienes digitales de carácter más íntimo o personal (directamente protegidos por el derecho al honor y a la propia imagen) se han mantenido distintas posturas.

La primera de ellas, dejar esta cuestión al libre arbitrio de los términos y condiciones establecidos por los prestadores de servicios. El principal problema que plantea esta teoría es que los citados prestadores de servicios no suelen hacer referencia en sus términos y condiciones a qué ocurre con los bienes digitales una vez su titular haya fallecido. Si éste no ha sido precavido especificando cuál sería su deseo en caso de fallecimiento, dichos bienes digitales quedan expuestos a que el prestador del servicio siga tratando los datos del titular ya fallecido. Un ejemplo de lo mencionado sería *Facebook*, ya que, esta red social brinda la posibilidad de convertir la cuenta en conmemorativa, y permitir la designación de una persona para que administre la cuenta denominada “contacto de legado”. Esta persona podría ser designada en un testamento o documento similar en la que se expresara claramente el consentimiento de divulgar el contenido de la cuenta en caso de fallecimiento o incapacidad. Sin embargo, no es claro que se aplique en otros productos y servicios de *Facebook, Inc.*, con los que se comparte infraestructura, sistemas y tecnologías como *Instagram* y *WhatsApp* (Ordelin Font, Oro Boff, 2019, p.11).

Para otro grupo de autores, sin embargo, los bienes digitales de carácter personal, si bien no se incluyen en la herencia, sí que pueden ser considerados parte de la *memoria pretérita*, entendida como *el conjunto de enfoques y análisis que conducen a establecer la supervivencia de algún aspecto extrapatrimonial de la personalidad de la persona fallecida, los legitimados para tutelarlos y las acciones para hacerlo* (Leiva Fernández, 2018). Al analizar la memoria pretérita entendemos que, aunque esta, en sí, no se pueda

heredar sí que se forma una legitimación especial para la protección de los derechos de la personalidad. Por eso la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia, en su Preámbulo establece que, *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*. Es muy importante no confundir estos derechos de la personalidad con los poderes que puedan ser otorgados para velar y proteger la memoria pretérita, que además puede llevar consigo la protección de derechos en obras póstumas o incluso la disposición de la imagen del fallecido incluyendo incluso sus memorias (Rovira Sueiro, 1997, pp.503 y 504).

El hecho de que los derechos de carácter personal sean intransmisibles y por ello no se incluyan en la herencia hace, en opinión de Cobas Cobiella, que tanto la memoria pretérita como las acciones que son reconocidas para su defensa únicamente sean tratadas en el ámbito del derecho procesal y no desde el derecho sustantivo, (Cobas Cobiella, 2013, pp.117-120). A su vez otros autores como Álvarez Lata defienden también esta idea y argumentan que la defensa de la imagen, el honor y la defensa de los derechos morales del autor son dos supuestos de sucesión anómala que no se contemplan dentro de la sucesión hereditaria (Álvarez Lata, 2002, pp.113-132).

Es oportuno precisar que lo que trata la memoria pretérita es hacer frente a cualquier agresión que se pudiera producir sobre los derechos de la personalidad del fallecido. Esta protección debe hacerse desde el respeto a cualquier aspecto privado del titular de estos derechos (Maldonado Ramos, 2018). Como ha reconocido la doctrina, en el caso de la memoria pretérita la ofensa debe recaer sobre la *memoria defuncti*, que significa derecho al honor *post mortem*, a su vez, también puede afectar al derecho al honor, intimidad e imagen de familiares o personas con una relación estrecha con el fallecido, ya que, podría darse el caso en el que se vulnerase el propio derecho de los familiares a la vez que el de la memoria del fallecido, dejando así abierta la posible indemnización por el daño moral ocasionado. En este sentido, puede citarse la STS 201/2019, 3 de abril de 2019. ECLI ES: TS-2019-972, Ponente Rafael Saraza Jimena, en la que se desestima el recurso de casación interpuesta contra una sentencia en la que se condenaba por intromisión ilegítima en el derecho al honor motivada por unos mensajes vejatorios publicados en la red social Facebook tras la muerte de un torero. Afirma el Tribunal Supremo, que *como acertadamente afirmaba la sentencia de primera instancia, las manifestaciones de la demandada violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto*,

especialmente por el momento en que se profirieron y por el tono vejatorio empleado (FJC 4).

Para Cobas Cobiella, lo que se repara es el daño moral que se les puede ocasionar a los parientes más próximos y cercanos al mismo, con fundamento en el principio universal de respeto a los que han fallecido, basados en principios de moral, decencia y discreción, así como el recuerdo y la imagen de quien ya no está (Cobas Cobiella, 2013, p.121). Por lo tanto, es de vital importancia distinguir si el daño se ha producido antes o después del fallecimiento. Si este se ha producido antes, la indemnización formará parte de la herencia, si por el contrario el daño se ha producido *postmortem*, dicha indemnización no formará parte de la herencia y deberá cubrir todos los gastos devengados del proceso y los imprescindibles para reparar las ofensas (Alonso Pérez, 2003).

Siguiendo a Alonso Pérez, *la sede final de la memoria siempre está en los vivos, y de forma dinámica en quienes, por lazos hereditarios, parentales o de amistad salen en su defensa si es ofendida o ultrajada* (Alonso Pérez, 2003). Sin embargo, no está realmente definido en nuestro ordenamiento jurídico, si las ofensas a la memoria pretérita pueden ser solo sufridas por las personas que han sido señaladas por el fallecido o también por aquellas que son detalladas en la ley Orgánica 1/1982 para el ejercicio de la acción, y en defecto de dicha designación o habiendo renunciado la persona designada para cumplir con dicho encargo, “(...) parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal en defensa de los intereses que tiene legalmente encomendados.

Cabría por lo tanto reconocer al titular de los datos personales el control sobre dichos datos y por ello, facultarle para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. De esta manera se le permite al titular de dichos datos saber quién tiene estos datos y para qué pueden ser utilizados, pudiendo, por lo tanto, oponerse al uso que este tercero pudiese hacer. Habiendo recopilado toda esta información, podría concluirse que siempre hay que acatar la voluntad del fallecido con respecto al uso de su privacidad, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de los proveedores de servicios en Internet.

CAPÍTULO V. EL TESTAMENTO DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA

Sentimos que es de gran importancia comparar todo lo que llevamos visto del sistema jurídico español con el sistema jurídico americano. En Estados Unidos todo lo relacionado con la herencia y los bienes digitales o (*digital assets*), es un tema muy discutido que ha cobrado bastante popularidad.

El primer problema que se planteó en relación con la transmisión *mortis causa* de los *digital assets* fue la dificultad en el acceso a las cuentas de los fallecidos. La primera vez que un conflicto sobre el acceso externo a una cuenta se resuelve a través de los tribunales (*Karen Williams versus Facebook*), fue cuando la madre de Loren Williams, que tenía 22 años cuando murió en un accidente de moto en 2005, buscó acceso a la cuenta de su hijo después de su muerte tras enterarse que tenía un perfil en la red social Facebook. Karen, la madre de Loren, contactó con Facebook para pedirles que no borrarán la cuenta de su hijo. Por separado, obtuvo su contraseña a través de un amigo de su hijo; sin embargo, poco después de iniciar la sesión la cuenta fue bloqueada. Tras negociar con la compañía se llegó a un acuerdo y se obtuvo una orden judicial para dar efecto al acuerdo y permitir que Karen Williams accediera a la cuenta, por un período de 10 meses. Tras este caso, fueron muchas las familias (Sahar Daftary, quien murió en una caída desde el balcón de un apartamento en Manchester, Inglaterra, en 2008; Janna Moore Morin, quien murió en Nebraska en 2009 después de ser atropellada por una quitanieves; Benjamin Stassen, quien se quitó la vida en 2010; Eric Rash, un joven de 15 años de Virginia que se quitó la vida en 2011; Juliana Ribeiro Campos, periodista brasileña fallecida en 2012..), que a través de los medios de comunicación hicieron llamamientos para acceder a cuentas de familiares. Estos llamamientos provocaron una respuesta emocional de la audiencia y, por lo tanto, recibieron una amplia cobertura. *Una familia en duelo en disputa con Facebook a menudo es noticia nacional o internacional*. (McCalling, 2014, p.120 y nota 80).

El segundo problema que se planteaba en la transmisión *mortis causa* de los *digital assets* son los numerosos obstáculos que se le ponen al causante a la hora de transmitir sus bienes digitales a sus herederos. Como ejemplo se suele citar el problema del artista Bruce Willis, que quería dejar a sus hijas en herencia las canciones que tiene en la plataforma digital de *iTunes*, pero los términos y condiciones de esta plataforma no se lo permitían. Señala Wong, en las conclusiones de su trabajo sobre este caso particular, que a la pregunta de si podrá Bruce Willis dejar su colección de *iTunes* a sus hijos, la respuesta, a la vista de la regulación legal de la materia vigente en 2013, es sí y no. Con respecto a la música digital y los libros electrónicos, deben distinguirse dos tipos de activos: la propia

cuenta, con un proveedor de servicios como *iTunes* o *Amazon.com*, y el contenido digital que los usuarios compran a través de esos proveedores. El contenido digital es transferible a los sobrevivientes de un usuario fallecido si las copias legales de ese contenido se encuentran en dispositivos físicos, como *iPods* o lectores electrónicos *Kindle*. Por tanto, concluye, *por el momento, los sobrevivientes solo pueden disfrutar del contenido digital en dispositivos en los que se colocaron originalmente las copias*. Por lo que se refiere a las cuentas de *iTunes*, *Amazon.com*, *Barnes & Noble* y *Google*, concluye que no son transferibles a otro usuario. *El control de estas cuentas, si no el acceso completo, podría ser posible, sin embargo, si los servicios permiten que un usuario consienta en dejar a otro usar la cuenta. Además, si las leyes estatales cambian y permiten albaceas digitales para acceder a las cuentas, entonces el albacea digital podrá disponer del contenido de las cuentas de acuerdo con los deseos de los fallecidos. ... en el futuro es posible incluso ver leyes uniformes para abordar el control de cuentas de usuarios fallecidos, pero esa posibilidad está a bastantes años de distancia* (Wong, 2013, pp.760 y 761).

Las propuestas de la doctrina norteamericana ante tales problemas, en espera de una legislación uniforme sobre la materia, pasaban por respaldar una planificación patrimonial del propio sujeto: *las cuentas y los contenidos deben verse simplemente como activos digitales que deben ser ordenados por representantes personales después de la muerte* (Mc Callig, 2014, pp.138 y 139). *..., le corresponde a cada individuo crear un plan patrimonial. Al formar un plan patrimonial digital, el individuo articula lo que él o ella quiere que suceda con sus cuentas a la muerte, y también designa un albacea digital que puede llevar a cabo esos deseos (...it behooves every individual to create a digital estate plan. By forming a digital estate plan, the individual both articulates what he or she wants to have happen with his or her accounts at death, and also designates a digital executor who can carry out those desires)*. (Wong, 2013, p. 761).

Pero estas precisiones chocaban con algunas normas federales. Por un lado, porque el hecho de hacer esa planificación digital que incluya el nombramiento de un representante (fiduciario, albacea digital) al que se suministra las claves de acceso, podría entrar en contradicción con lo dispuesto en la *Computer Fraud and Abuse Act* (en adelante, CFAA). La CFAA, que está codificada en 18 US Code § 1030, fue promulgada en 1986 para combatir diversas formas de "delito informático" (la piratería o "hackeo", esto es, la intrusión en sistemas informáticos) y castiga por acceder a sabiendas a un ordenado sin autorización, o *excediendo del acceso autorizado* y obtener información protegida. *El problema surge con la figura del fiduciario, ya que, se entiende que este tiene una*

legitimación genérica para gestionar los bienes del causante, pero de acuerdo con la CFAA, esta legitimación genérica podría no ser suficiente para que se entienda que el fiduciario está autorizado. Es por esto por lo que también se entiende que se está accediendo sin autorización cuando el causante le está proporcionando información relevante a su digital asset, como sería su contraseña, a un tercero, ya que, se está vulnerando así los términos y condiciones de la compañía y por ello viola lo establecido en la CFAA (Santos Morón, 2018, p.427).

Por otro lado, hay una norma que impide a los proveedores de servicio desvelar los datos de usuarios de comunicaciones electrónica, la *Stored Communications Act* (en adelante, SCA). Esta Ley está recogida en el 18 U.S. Code. § 2701. Fue promulgada como Título II de la *Ley de Privacidad de Comunicaciones electrónicas* de 1986 (*Electronic Communications Privacy Act* ECPA) y establece sanciones penales para cualquier persona que acceda intencionalmente sin autorización a una instalación a través de la cual se proporciona un servicio de comunicación electrónica o... *exceda intencionalmente una autorización para acceder a esa instalación y, por lo tanto, obtenga, altere o Impida el acceso autorizado a una comunicación alámbrica o electrónica mientras se encuentre en almacenamiento electrónico en dicho sistema.* Dicho esto, la única manera en la que la SCA permite que un particular pueda acceder a estos *digital assets* es si el titular de ellos le otorga al sujeto privado o a un tercero, un consentimiento lícito, en inglés un “*lawful consent*”, *por un usuario de ese servicio con respecto a una comunicación de o destinada a ese usuario* (18 U.S.C. § 2702(b)).

Para entender bien como se aborda la sucesión *mortis causa* de los bienes digitales en Estados Unidos es imprescindible hablar de la *United law Communion* (ULC). La Comisión de Ley Uniforme (también conocida como la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes), establecida en 1892, se crea para investigar, redactar y promover la promulgación de leyes estatales uniformes en áreas de la ley estatal donde la uniformidad es deseable y práctica. Haciendo uso de esa prerrogativa la UCL publicó en 2014 su *Uniform Fiduciary to Digital Assets Act* (UFADAA), con la finalidad de facultar a los “fiduciarios” la gestión, el acceso y la distribución de los bienes digitales de una persona. La UFADAA permite planificar la disposición de los activos digitales, permite nombrar a un fiduciario y, *también permite que, si una persona omite la planificación mortis causa, el mismo fiduciario que puede disponer de los bienes materiales de la persona puede manejar el activo digital de la*

persona, distribuyendo aquel activo entre los herederos o disponiendo del activo digital como considere oportuno. (Martínez Espín, 2015, p.12)

La UFADAA fue introducida en numerosos estados americanos a lo largo de 2015 pero solo llegó a aprobarse como ley estatal en el estado de Delaware. *Aunque fueron muchas las empresas que participaron en la elaboración de la UFADAA, la mayoría de esas mismas empresas comenzaron a oponerse a ella en los Estados que intentaron adoptarla como ley propia. Estas grandes empresas basaban sus argumentos en la necesidad de proteger la intimidad de sus usuarios, ya que, si se le dejaba al fiduciario o a un tercero administrador, que accediese a el contenido de los activos digitales de los usuarios se estaría vulnerando la expectativa de los fallecidos de que no se compartiese su información tras su muerte* (Santos Morón, 2018, p.429).

Debido a este rechazo por parte de las grandes empresas en el sector tecnológico, *Netchoice*, compuesta por empresas relativas al comercio electrónico, en las que se incluyen *Google, Facebook* o *Ebay* elaboró una propuesta alternativa, la denominada *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act* (PEACA). *Esta propuesta solo permite al fiduciario acceder a los digital assets del causante y a los contenidos de dichas comunicaciones con una orden judicial que debe constatar además, en el segundo caso, entre otras circunstancias, que la revelación de contenidos fue consentida por el difunto en su testamento y dicha revelación no viola ninguna ley federal* (Santos Morón, 2018, p.429).

En 2015, al año siguiente de haberse publicado la UFADAA se publicó la denominada *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA). Mientras la UFADAA de 2014 *permitía a los fiduciarios el acceso por defecto a toda la información digital, la reforma de la Ley protege el contenido de comunicaciones electrónicas sin el consentimiento del usuario. Los fiduciarios podrán tener acceso al contenido digital salvo que sea prohibido por el usuario* (Martínez Espín, P.,2015, p. 12). Esto es, *en la nueva versión (RUFADAA) los fiduciarios tienen acceso al catálogo de comunicaciones electrónicas del usuario (lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de e-mail), salvo que éste haya establecido lo contrario (Section 8). Ahora bien, para acceder a los contenidos es necesario el consentimiento expreso del difunto (Section 7).* (Santos Morón, 2018, p.429).

La RUFADAA en las secciones 4-7 regula el acceso de los *fiduciarios* distinguiendo según el tipo de fiduciario, estableciendo diferentes reglas *basadas en la supuesta*

intención del titular de la cuenta y en la aplicación de otras leyes estatales y federales (Martínez Espín, 2015, p.13).

Fiduciario es, conforme a las definiciones contenidas en la Sección 2, un representante legal o sucesor, curador, agente o fideicomisario (administrador). A su vez, un Agente es un apoderado o representante que goza de un poder temporal o indefinido, según la definición contenida en la sección segunda citada.

Todos los *fiduciarios* tienen la condición de “autorizados” a efectos de lo dispuesto tanto en la *Computer Fraud and Abuse Act*, como de la *Stored Communications Act*, pero como hemos dicho, cada uno de los distintos tipos de fiduciarios (representante legal o sucesor, curador, agente o fideicomisario), está sujeto a reglas diferentes basadas en la supuesta intención del titular de la cuenta y en la aplicación de otras leyes estatales y federales.

A título de ejemplo, respecto del representante legal de un difunto (sección 4) se presume que éste tiene acceso a todos los activos digitales del mismo salvo si son contrarios a la voluntad expresada por el difunto en el testamento o si así lo ordenara un tribunal. De este modo, tiene el derecho de acceso a: a) El contenido de una comunicación electrónica que el proveedor pueda revelar en virtud de la USC; b) cualquier catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el difunto; y c) cualquier otro activo digital en el que al morir el difunto tenía un derecho o interés.

Un ejemplo de acceso a los activos digitales por el representante legal del difunto sería el siguiente: D muere con un testamento que no dice nada con respecto a los activos digitales. D tiene una cuenta bancaria para la que D recibió sólo estados de cuenta electrónicos. D ha almacenado las fotos en una cuenta de Internet en la nube, y D tiene una cuenta de correo electrónico. El representante legal tiene necesidad de acceder a los estados de las cuentas bancarias, a la cuenta de fotos, y a los correos electrónicos. El representante legal de los activos de D cuenta con autorización para acceder a las declaraciones bancarias y álbumes de fotos de D, que ambos caen bajo la definición de la Ley de un "activo digital". Esto significa que si estas cuentas están protegidas por contraseña o no disponible para el representante legal, entonces el banco y el servicio cuenta de fotos deben dar acceso al representante legal cuando la solicitud se hace de conformidad con la Sección 9. Si el acuerdo de términos de servicio permite a D transferir las cuentas electrónicamente, el representante legal de D podrá utilizar este procedimiento para la transferencia también. El representante legal de D también puede solicitar al proveedor del servicio de cuenta de correo electrónico el acceso a los correos electrónicos enviados o recibidos por D. La Electronic Communications Privacy Act

(ECPA) permite que el proveedor de servicios entregue el catálogo de comunicaciones electrónicas al representante legal. El proveedor de servicios también debe proporcionar al acceso al representante legal para el contenido de una comunicación electrónica enviada o recibida por D si al proveedor de servicios se le permite, bajo 18 USC Sección 2702 (b), revelar el contenido. El banco puede entregar el catálogo de comunicaciones electrónicas o el contenido de una comunicación electrónica para el que es el iniciador o el destinatario ya que el banco no está sujeto a la ECPA. (Martínez Espín, 2015, p.14). Para terminar, quiero señalar que, hoy en día, al menos 48 estados y las Islas Vírgenes de EE. UU. han promulgado leyes que abordan el acceso al correo electrónico, cuentas de redes sociales u otras cuentas de sitios web, u otros activos almacenados electrónicamente, en caso de incapacidad o muerte de una persona. De los 49 estados, 46 han adoptado la Ley Uniforme de Acceso Fiduciario a Activos Digitales (UFADAA) de la Comisión de Ley Uniforme (ULC) (2014) o la versión revisada de UFADAA (2015).

CONCLUSIONES

Es una realidad innegable, que cada vez más hacemos uso de internet y de todo aquello que nos ofrece el mundo digital. Incorporamos a nuestra rutina dispositivos electrónicos ya sean *tablets*, teléfonos móviles u ordenadores en los que literalmente almacenamos contenidos que forman parte de nuestro día a día, ya sea en el plano profesional como en el plano privado, contratando servicios en diferentes soportes digitales.

Diferenciamos entre contenidos digitales cuyo valor será meramente sentimental (videos, fotos, cuentas en redes sociales, blogs, páginas webs) y contenidos que pueden generar beneficios económicos, a través de los derechos de autor (música, fotografías, libros) o por el carácter patrimonial del contenido del archivo. Por lo tanto, no sería exagerado admitir que muchos de los ciudadanos de esta sociedad tienen toda una vida almacenada en una nube virtual.

A este contenido lo llamamos huella digital, determina la personalidad y las peculiaridades del poseedor de todo aquello almacenado en la nube. La gran velocidad a la que avanza el mundo digital, generando así una gran cantidad de contenido, en teoría debería haber obligado a nuestro ordenamiento jurídico a dar respuesta a todas las cuestiones que se presentan en la custodia tanto de los bienes digitales como de la huella digital. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no aborda toda la cuestión de los bienes digitales en la herencia, ya que, a medida que la sociedad ha ido evolucionando,

el legislador no ha ido regulando estas materias a la par, únicamente ha hecho ciertos apuntes sobre las cuestiones más relevantes. De hecho, hay algunos aspectos que el legislador español no ha resuelto, o que sí ha resuelto pero la solución no resulta acertada en la práctica. Un ejemplo de ello sería la excesiva amplitud del círculo de sujetos legitimados para acceder y conocer los bienes digitales de una persona fallecida y la amplitud de sus facultades, que puede llegar a atentar contra la intimidad y contra el derecho a la protección de datos no solo del causante sino de terceros, lo que contrasta con lo dispuesto en este punto en el derecho norteamericano, mucho más avanzado que el español en este campo.

Es por ello por lo que es imprescindible dar una respuesta acertada a todo lo relacionado con este tema, porque llegará un punto en el que toda la información relevante y valiosa de una persona se guarde en la red. Además, como se puede apreciar en los últimos años, han surgido muchos trabajos basados totalmente en bienes digitales, como sería el caso de las redes sociales, lo que hace que hoy en día una foto puede valer miles de euros. El admitir que podríamos dejar todo el contenido virtual que hemos creado a lo largo de nuestra vida o al que por lo menos hemos accedido, podría ser el principio de una regulación mucho más extensa y ambiciosa en todo lo concerniente a la huella y al patrimonio digital.

BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, OBRAS DOCTRINALES

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española (CE), 1978

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2015: *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (con notas y comentarios). (Disponible <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>; última consulta: 04/04/2022)

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

Ley 34/2002, DE 11 DE JULIO DE 2002, de *Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, Boletín Oficial del Estado No. 294, 6 de diciembre de 2018.

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*, Boletín Oficial del Estado, No. 173, viernes 21 de julio de 2017.

Loi no. 2016-1321 du 7 de Octobre *pour une République Numérique*, (disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id#JORFARTI000033203260>; última consulta: 01/04/2022)

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*.

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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos*.

Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015), redactado por the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws y aprobado en la Conferencia Anual, Williamsburg, Virginia July 10-July 16, 2015. (Disponible en <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>; última consulta: 04/04/2022)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el *Código Civil*, publicado en la Gaceta de Madrid, N° 206, de 25 de julio de 1889.

Real Decreto Legislativo 1/1996 por el que se Aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*

2. JURISPRUDENCIA

STC 292/2000, de 30 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de PDCP, (disponible http://hj.tribunalconstitucional.es/esES/Resolucion/Show/4276#complete_resolucion; última consulta: 25/03/2022)

STC de 17 de enero de 2019 sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, ponente magistrado Andrés Ollero, con el voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1184958&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=30/1/2019; última consulta: 20/03/2022)

STS 201/2019, 3 de abril de 2019. ECLI ES: TS-2019-972, Ponente Rafael Saraza Jimena.

3. OBRAS DOCTRINALES

Albaladejo García, M. (1990). “Sección undécima. De los albaceas o testamentarios”, en Comentario al Código Civil español, tomo XII, Vol 2º: Artículos 892 a 911 del Código Civil, 2ª edición.

Alonso Pérez, M. (2003). “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, Ponencia presentada en el Tercer Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, (disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>; última consulta: 18/03/2022)

Álvarez Lata, N. (2002). “Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 6, pp. 113-132. (Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61894038.pdf>; última consulta: 18/03/2022)

Alventosa del Río, J. y Cobas Cobiella, M. E. (2017). “Derecho de sucesiones”. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.

Cobas Cobiella, M. E. (2017). Sucesión testada. En J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella (dirs.). *Derecho de sucesiones* (pp. 398-509). Valencia: Tirant lo Blanch

Fernández-Bravo Francés, L. (septiembre-octubre 2016). «La herencia digital», *Escritura Pública*, p. 23.

García Herrera, V. (2018). Disposición mortis causa del patrimonio digital. *La Ley*, 9315, pp. 1-4.

Giner Gandía, J. (2016). El testamento digital sí existe y ya ha llegado. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 56-60). *Juristas con Futuro*. (Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>; última consulta: 14/03/2022)

Lee, Jeehyeon (Jenny), (2015). “Death and Live Feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Assets”, *Columbia Business Law Review*, No. 654.

Leiva Fernández, Luis F. P. (2018). “La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido”, en *La Ley*, 22/10/2018, 8.

Llopis Benlloch, J. C. (2016). “Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe”, en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coords.), *Testamento ¿digital?*, *Juristas con Futuro*, recuperado el 11 de noviembre de 2019, (disponible en <http://www.juristasconfuturo.com/desafios-legales/ebook-no-1-testamen>; última consulta: 22/03/2022)

Lluch Cerdá, C. (2016). “El reto de una muerte digital... digna”, en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, *Juristas con futuro*.

McCallig, D. (2014). “Facebook after death: an evolving policy in a social network”, *International Journal of Law and Information Technology*, Volume 22, Issue 2, Summer 2014, Pages 107–140, (disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eat012>; última consulta: 18/03/2022)

Maldonado Ramos, I. (2018). “Y ahora... ¿el testamento digital?” en *El Notario del S. XXI*, N°76.

Márquez Villén, F. J. (2016). “Testamento digital Nuevas tecnologías y Derecho”, publicaciones de *In Diem abogados*. (Disponible en <https://www.in-diem.com/>; última consulta: 19/03/2022)

Martínez Espín, P. (2015). “El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de los sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la Ley Modelo Americana sobre el acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA) “, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015, pp. 7-24, (disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>; última consulta: 30/03/2022)

Martínez Martínez, N. (2019). Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD. *Derecho Privado y Constitución*, 35, 169-212. (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.05>; última consulta: 23/02/2022)

Moralejo Imbernó, N. (2020). “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales” *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, pp. 241-281.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (2015). *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (con notas y comentarios). (Disponible <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>; última consulta: 02/04/2022)

Oliva León, R. (septiembre 2016). “Derecho e identidad digital post-mortem”, en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, Edición especial, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro, España.

Pérès, C. (2016). “Les donnés à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique”, *Recueil Dalloz*, 2016, enero, no 2, p. 92, nota 20.

Reglero Campos, F (Coord.) (2002). “Lecciones de responsabilidad civil”, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Rosales de Salamanca Rodríguez, F. (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 26-38). Juristas con Futuro. (Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>; última consulta: 17/03/2022)

Rovira Suerio, M. E. (2002). «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en Reglero Campos, Fernando (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 411- 434.

Santos Morón, M. J. (2018). “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 1, marzo.

Slaughter, M. (2015). “The Barriers of Facebook's Terms of Service Agreement: Hardships Placed on Fiduciaries Access to Digital Assets”, en *Information & Communications Technology Law*, Volumen 24.

V. Blackly; S.A. Klein and M. R. Parthemer, (2016) “Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets”, *Probate and Property Magazine*, vol. 30, no 4, p. 2 de la versión impresa.

Wong, C. (2013). Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children? Inherability of Digital Media in the Face of EULAs. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 29 (4), 703-761. (Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>; última consulta: 01/04/2022)

4. RECURSOS DE INTERNET

Francisco Rosales De Salamanca Rodríguez, 2015,

<https://www.notariofranciscorosales.com/testamento-digital/> Fecha de última consulta:
20 marzo de 2022

Luis Fernández-Bravo Francés, 2015,

<https://www.notariosenred.com/2015/09/testamento-legado-herencia-digital/> Fecha de
última consulta: 28 marzo de 2022

[https://www.uniformlaws.org/committees/community-
home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22](https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22)

<https://trustandwill.com/learn/what-is-rufadaa> Fecha de última consulta: 24 marzo de
2022

