

# La [des]protección de los datos personales de las personas fallecidas\*

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universitat de Barcelona*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL «RASTRO DIGITAL». APROXIMACIÓN PERSONAL Y/O PATRIMONIAL. 1. *Protección de los datos personales y de la intimidad vs. «heredabilidad» en la práctica.* 2. *Aproximación personal y/o patrimonial a nivel legislativo.* II. LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS: EL ART. 3 DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: EL «RASTRO DIGITAL». APROXIMACIÓN PERSONAL Y/O PATRIMONIAL

El uso de internet y de las redes sociales está cada vez más extendido; ello comporta que la actividad cotidiana de cualquier persona deje hoy «rastros digitales» (correo electrónico, participación en las redes sociales, imágenes y documentos almacenados en la nube, acceso a bienes

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y desarrolla y complementa, desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, el enfoque eminentemente patrimonial adoptado por la autora en el artículo «Voluntades digitales en caso de muerte», publicado en la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 12, núm. 1 (2020), pp. 908-929. La autora pertenece al «Grup de Dret civil català» 2017 SGR 151.

y servicios que se prestan a través de internet, etc.)<sup>1</sup>. Además, los usuarios han pasado de ser meros consumidores de contenidos creados por terceros, a producirlos ellos mismos.

Tal y como destaca la STC nº 27/2020, de 24 de febrero de 2020 (FJ 3): «Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios –usuarios igualmente de la [sic] redes sociales en internet– todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos. La amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de una [sic] redes sociales en internet gracias a las prestaciones de la Web 2.0, facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión, elaboración y publicación de contenidos, de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información» (FJ 3 STC nº 27/2020, de 24 de febrero de 2020)<sup>2</sup>.

A la vez, desde una perspectiva patrimonial, cada vez que «creamos/adquirimos/obtenemos el derecho a usar o a acceder a» «bienes/contenidos» digitales, «contratamos/utilizamos» servicios digitales (con distintas finalidades: almacenamiento, acceso a contenidos, comunicación, o incluso de carácter mixto), y ello tiene contenido económico, incrementamos nuestro «patrimonio digital».

Por todo ello, cuando nos referimos al «rastros digital» de una persona debemos tener en cuenta elementos heterogéneos y cuestiones muy

1. Vid. LABOWS, Emily B., «Don't Forget to Include Your Digital Assets in Your Estate Planning – Anderson Elder Law», 8.8.2014 [<http://www.andersonelderlaw.com/2014/08/dont-forget-include-digital-assets-estate-planning/> –fecha de la consulta: 4.9.2017–]; COSTELLO, Matthew W., «The “PEAC” of Digital Estate Legislation in the United States: Should States “Like” That?», *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, 2016, p. 429; SY, Elisabeth, «The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?», *Touro Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 2016, pp. 647-648; WALDRIP, Kristen, «Accessing Digital Assets in an Estate: What Fiduciaries Need to Know», White Paper 1602, *College for Financial Planning*, 2016, p. 1; KLEIN, Sasha A., y PARTHEMER, Mark R., «Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets», *Probate and Property Magazine*, Vol. 30, Núm. 4, julio-agosto 2016 (texto disponible en: [https://www.americanbar.org/publications/probate\\_property\\_magazine\\_2012/2016/july\\_august\\_2016/2016\\_aba\\_rpte\\_pp\\_v30\\_4\\_article\\_klein\\_parthemer\\_understanding\\_fiduciary\\_access\\_to\\_digital\\_assets.html](https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2016/july_august_2016/2016_aba_rpte_pp_v30_4_article_klein_parthemer_understanding_fiduciary_access_to_digital_assets.html) [fecha de la consulta: 16.3.2018]).
2. FJ 3 STC nº 27/2020, de 24 de febrero de 2020 (JUR 2020/84828; RTC 2020/27).

diversas, tanto eminentemente personales –relacionadas con la «identidad digital»– (datos personales<sup>3</sup>, derecho a la intimidad/privacidad, secreto de las comunicaciones...), como patrimoniales, las cuales, además, suelen aparecer entremezcladas o interrelacionadas<sup>4</sup>.

Así, la aproximación al «rastreo digital» dejado por la persona al fallecer puede hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial-sucesoria, de la gestión y el destino del «patrimonio digital» tras el fallecimiento de su titular, de su «heredabilidad» o no; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad y de los datos personales, o, en general, de la protección de la personalidad pretérita del fallecido, así como de terceros que han entrado en contacto con él en la red.

Tal y como pone de relieve la STC nº 27/2020, de 24 de febrero de 2020 (FJ 3): «Es usual encontrarse que, en numerosos casos, los usuarios publican en la red social en internet no solo información sobre sí mismos, sino también de otras personas (usuarios o no) y que lo más habitual es que no hayan recabado su autorización, antes o después de hacerlo. Usualmente hay que reparar en que cuando se toma una fotografía o se graba un videoclip, no solo se está creando una imagen, sino que esta incluye datos (metadatos) sobre quién ha hecho, dónde se ha hecho o incluso qué dispositivo se ha utilizado, los cuales pueden ser conocidos por cualquiera que tenga acceso a ella». Así, «Concretamente, en Facebook, la persona, al registrarse como usuario no solo informa de su nombre y apellidos, sino en ocasiones también de su edad, dirección electrónica, estado civil, domicilio, intereses y preferencias, incluyendo en la mayoría de los

3. De acuerdo con el art. 4.1 Reglamento [UE] 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2017 [RGPD], se consideran «datos personales» «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”)»; y «se considerará persona física identificable toda persona 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». El RGPD se publicó en el DOUE L 219, 4.5.2016. Entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y es aplicable desde 25 de mayo de 2018 (art. 99 RGPD).

4. Vid. GARCÍA HERRERA, Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *Conferencias de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 399 [texto disponible en: [http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS\\_ACADEMIA/059-07-SERGIO\\_CAMARA.pdf](http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf) [fecha de la consulta: 04.10.2019]]; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales en caso de muerte», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1 (marzo 2020), pp. 910-916.

casos fotografías y vídeos de carácter personal o familiar, comentarios, estados de ánimo e incluso ideologías. A ello hay que añadir que la utilización de esta red social no solo da acceso a la información ofrecida por cada usuario, sino también a la de sus contactos. Es obvio entonces que el usuario de la red social, solo por el hecho de serlo, puede verse abocado a perder el poder de decisión acerca de qué, cómo, dónde y cuándo desea que se difundan sus datos de carácter personal (entre los que debemos incluir la imagen). En la era digital, el almacenamiento en la nube, los perfiles en diferentes redes sociales y las numerosas y variadas aplicaciones de mensajería instantánea instaladas en los dispositivos o distintas cuentas de correo electrónico son instrumentos personales y profesionales utilizados por la mayor parte de los ciudadanos en su día a día. Pero el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en internet no significa de manera más absoluta... que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la LO 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE» (FJ 3 STC nº 27/2020, de 24-febrero-2020)<sup>5</sup>.

Como destaca DI PIZZO las plataformas digitales de comunicación ofrecen un conjunto de servicios de distinta tipología a través de los cuales los usuarios interactúan entre ellos a partir de los perfiles que definen mediante sus propias aportaciones, de forma que la combinación de los datos que aportan tanto sobre su persona como sobre terceros posibilita la creación de *personalidades virtuales* –interconectadas entre ellas– que los gestores procesan para ser explotadas con distintos fines y obtener con ellas pingües beneficios económicos<sup>6</sup>.

De hecho, y más concretamente, en el «rastreo digital» que deja la persona al fallecer confluyen e interactúan cuestiones de Derecho de sucesiones, de Derecho contractual y de Derecho de la persona –en particular de protección de datos personales y de protección de derechos de la personalidad (especialmente de la intimidad/privacidad, póstuma o de terceros)–<sup>7</sup>.

5. FJ 3 STC nº 27/2020, de 24 de febrero de 2020 (JUR 2020/84828; RTC 2020/27).

6. DI PIZZO CHIACCHIO, Adrian, *La expansión del derecho al olvido digital. Efectos de «Google Spain» y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, Comisión Europea, 2018, p. 85.

7. Vid. NEMETH, Kristin, y MORIS CARVALHO, Jorge, «Digital inheritance in the European Union», *EuCML*, 2017, p. 253; MARINO, Giuseppe, «La “successione digitale”»,

## 1. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y DE LA INTIMIDAD VS. «HEREDABILIDAD» EN LA PRÁCTICA

La interacción de ambos puntos de vista –personal y patrimonial– queda patente en diversos casos planteados en las últimas décadas en la práctica norteamericana. En ellos se pone de manifiesto la tensión o el «tira y afloja» entre la perspectiva puramente patrimonial (de la pretendida «propiedad», «transmisibilidad» o «heredabilidad») y la perspectiva personal (de la protección de la privacidad y de los datos personales, no solo del fallecido, sino también de terceros); en este sentido, la doctrina suele referirse, por ejemplo, a los casos ELLSWORTH y AJEMIAN –ambos contra Yahoo!–, o al caso de Eric RASH y al caso STASSEN –ambos contra Facebook–<sup>8</sup>, o, también, al caso FABBRETTI<sup>9</sup> y al caso SWEZEY –ambos contra Apple–<sup>10</sup>.

Y, como no podía ser de otro modo, la cuestión se ha planteado también en Europa, donde destaca la sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018. Ante la pretensión de la madre de una menor –que había fallecido arrollada por el metro, en Berlín, en 2012– de acceder a la cuenta de Facebook de su hija con la contraseña de ésta, el Tribunal de apelación (sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31 de mayo de 2017) dio la razón a Facebook en base a la normativa de

---

ODCC 1/2018, pp. 165-202; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 90-94, 98, 100-101 y 129 (texto disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477/377> [fecha de la consulta: 2.1.2020]).

8. Al respecto, *vid.* LOPEZ, Alberto B., «Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets», *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, p. 183; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Morir en la era digital: “Voluntades digitales”, intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 126-128; CINQUE, Madalena. «L’“eredità digitale” alla prova delle riforme», *Rivista di diritto civile* 1/2020, p. 79.
9. *Vid.* MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda, «Redes sociales y voluntades digitales. “Historia digital” y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 967-968 y 976; GOLDMAN, David, «Grieving father optimistic he can crack his dead son’s iPhone» (texto disponible en: <https://money.cnn.com/2016/04/08/technology/leonardo-fabbretti-iphone/> [fecha de la consulta: 16.3.2020]).
10. *Vid.* ROTTENSTREICH, Stacie J., y BARKHORN, Karin, «What Happens to My Digital Assets on Death or Incapacity?» (texto disponible en: <https://trustbclp.com/what-happens-to-my-digital-assets-on-death-or-incapacity/> [fecha de la consulta: 16.3.2020]); FRANKFURTER, Felix, «Litigation is the pursuit of practical ends, not a game of chess» (texto disponible en: <http://www.frenchcasey.com/blog/matter-of-estate-of-swezey/> [fecha de la consulta: 16.3.2020]).

secreto de las telecomunicaciones. El Tribunal Federal alemán, en cambio, acaba dando primacía a la perspectiva sucesoria<sup>11</sup>.

La doble perspectiva, personal y patrimonial, se pone de manifiesto también en el caso de la autora iraní Marsha MEHRAN, que enfrentó a su padre contra Google<sup>12</sup>.

## 2. APROXIMACIÓN PERSONAL Y/O PATRIMONIAL A NIVEL LEGISLATIVO

Este doble enfoque, personal y patrimonial, se manifiesta también a nivel legislativo en los distintos ordenamientos que han regulado hasta hoy esta materia. Así, responde a un punto de vista esencialmente

11. Al respecto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381; NAVAS NAVARRO, Susana, «Digital content of the inheritance: Remarks on the judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the Standpoint of Spanish Law», *ERPL*, 2019, Issue 5, pp. 1159-1168; PATTI, Francesco Paolo, y BARTOLINI, Francesca, «Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform», *European Review of Private Law*, 5-2019, pp. 1181-1194; RESTA, Giorgio, «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; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 913-914. *Vid.*, también, NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado “testamento digital”», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2020, p. 62 (texto disponible también en: [https://www.academia.edu/40440458/HERENCIA\\_Y\\_PROTECCION\\_DE\\_DATOS\\_DE\\_PERSONAS\\_FALLECIDAS\\_A\\_PROPÓSITO\\_DEL\\_MAL\\_DENOMINADO\\_TESTAMENTO\\_DIGITAL\\_](https://www.academia.edu/40440458/HERENCIA_Y_PROTECCION_DE_DATOS_DE_PERSONAS_FALLECIDAS_A_PROPÓSITO_DEL_MAL_DENOMINADO_TESTAMENTO_DIGITAL_), pp. 4-5 [fecha de la consulta: 3.9.2019]; SCHMIDT-KESSEL, Martin, y PERTOT, Tereza, «“Donazione” di dati personali e risvolti successori», *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 906-908; RESTA, Giorgio, «La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali», *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 980-984 y 996; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», *op. loc. cit.*, 2019, p. 101, nota 50; MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, «Redes sociales y voluntades digitales. “Historia digital” y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, p. 967; CINQUE, Maddalena. «L’“eredità digitale”...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 85-87. En cuanto a la sentencia del Tribunal de apelación de Berlín (*Kammergericht*), de 31 de mayo de 2017, relativa al mismo caso, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, n.º 1, pp. 415 y 421.
12. *Vid.* LOPEZ, Alberto B., «Posthumous privacy...», *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 185-186; MARINO, Giuseppe, «La “successione digitale”», *ODCC* 1/2018, p. 171; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 913-914; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales: disposiciones *mortis causa*», *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, y ARROYO AMAYUELAS, Esther (Dirs.), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2020, p. 213.

patrimonial, de la sucesión o de la administración de la herencia –aunque sin descuidar la protección de la privacidad, tal y como pone de manifiesto el contraste con sus precedentes<sup>13</sup>–, por ejemplo, la Ley Modelo estadounidense aprobada por la *Uniform Law Commission* en 2014 (*Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*) y modificada en 2015 (*Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* [RUFADAA]<sup>14</sup>), que ha sido adoptada por la mayoría de Estados de Estados Unidos, con singularidades<sup>15</sup>. Un enfoque similar es el adoptado por la *Uniform Access to Digital Assets by Fiduciary Act* (UADAF), aprobada en 2016 por la *Uniform Law Conference of Canada* (ULCC)<sup>16</sup>. En la misma línea, reforzando, si cabe, el enfoque personal, se encamina el Informe final (147) *Access to digital records upon death or incapacity* de la *Law Reform Commission* del Estado australiano de Nueva Gales del Sur, presentado en el Parlamento el 5 de marzo de 2020<sup>17</sup>.

En el contexto europeo, la Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, por la que se regula la ejecución en el ordenamiento jurídico portugués del RGPD europeo, aborda la cuestión, en cambio, desde la perspectiva de la protección de datos personales (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto).

Por su parte, la legislación francesa (primero a través de la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*<sup>18</sup>, y, posteriormente, a través de la *Ordonnance* nº 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018) ha modificado la Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, y enfoca también la

13. Al respecto, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Morir en la era digital...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 107-153  
–especialmente pp. 131-137–.
14. Texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> (fecha de la consulta: 10.9.2019). Sobre la RUFADAA y sus precedentes, *vid., in extenso*, GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Morir en la era digital...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 130-137.
15. Encuanto a los Estados que han promulgado leyes basadas en la RUFADAA, *vid.* <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22>.
16. Texto disponible, en inglés: [https://www.ulcc.ca/images/stories/2016\\_pdf\\_en/2016ulcc0006.pdf](https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf) (fecha de la consulta: 12.12.2019); y en francés (*Loi Uniforme Sur L'accès Des Fiduciaux Aux Biens Numériques* [2016]): [https://www.ulcc.ca/images/stories/2016\\_pdf\\_fr/2016chlc0006.pdf](https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_fr/2016chlc0006.pdf).
17. *Access to digital records upon death or incapacity, Report 147, Law Reform Commission, New South Wales*, diciembre 2019 (texto disponible en: <https://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Reports/Report%20147.pdf> [fecha de la consulta: 16.3.2020]).
18. Al respecto, *vid., in extenso*, GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Morir en la era digital...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 137-140.

cuestión desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal. Ahora bien, en defecto de instrucciones dejadas por el fallecido o de mención contraria en las mismas, prevé que los herederos puedan actuar en la medida necesaria para organizar y gestionar la sucesión (arts. 84-86 Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en su redacción conforme a la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018).

El legislador italiano adopta también la perspectiva de la protección de datos personales en el nuevo art. 2 *terdecies* del Código en materia de protección de datos personales (introducido por el Decreto legislativo de 10 de agosto de 2018, n. 101); sin embargo, este precepto prevé que, en el caso que el interesado haya prohibido ejercer los derechos a los que se refieren los arts. 15 a 22 RGPD, dicha prohibición no tendrá efectos perjudiciales para el ejercicio por parte de terceros de derechos patrimoniales derivados del fallecimiento del interesado.

Por lo que respecta a la legislación española, la LVD catalana (Ley catalana 10/2017, de 27 de junio de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña [CCCat]), adopta un punto de vista esencialmente patrimonial, de la administración de la herencia.

La LVD catalana se ha visto afectada por la STC n.º 7/2019, de 17 de enero de 2019<sup>19</sup>, la cual, sin embargo, se ha limitado a declarar inconstitucionales determinados preceptos de la misma relativos al Registro de voluntades digitales en base a la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los Registros públicos<sup>20</sup>.

Desde la perspectiva de la protección de la intimidad/privacidad del fallecido, la regla por defecto de la que parte la LVD catalana, de no acceso al contenido de las cuentas y archivos digitales, salvo que el causante lo haya establecido o se obtenga autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat), la hace prácticamente irreprochable. Sin embargo, en la medida que el legislador catalán rehúye ocuparse de la cuestión desde la perspectiva del tratamiento de los datos personales –supongo que, básicamente, por razones de índole

19. RTC 2019/7; BOE núm. 39, de 14.2.2019.

20. Sobre la LVD y la STC n.º 7/2019, de enero de 2019, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 919-924. A favor de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, antes de que se dictara la STC, *vid.* SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 435-439.

competencial<sup>21</sup>— cabe pensar que un prestador de servicios podría escudarse en la protección de los datos personales de terceros al amparo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPD-PGDD] y del RGPD (*vid.*, en particular, el art. 15.4 RGPD), para negarse a llevar a cabo las medidas solicitadas por el *albacea digital*, el *heredero* o el *albacea universal* (*vid.* art. 411-10.1 y 5 CCCat); e, incluso, que podría incurrir en responsabilidad en caso de no hacerlo<sup>22</sup>. Y lo mismo cabría plantear desde la perspectiva de la protección de la intimidad/privacidad, especialmente de terceros<sup>23</sup>.

Por su parte, la LOPDPGDD parte, en principio, de un enfoque eminentemente personal, de la protección de datos de las personas fallecidas (art. 3 LOPDPGDD). Sin embargo, ya el propio art. 3.1.II LOPDPGDD prevé que si la persona fallecida ha prohibido acceder a sus datos o lo prohíbe la ley, ello «no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante»<sup>24</sup>. Además, la misma LOPDPGDD adopta un punto de vista esencialmente patrimonial —en relación al acceso, utilización, destino y supresión de los «contenidos digitales» del fallecido— al regular el derecho al mal llamado «testamento digital» (art. 96 LOPDPGDD).

Pese a la rúbrica, el art. 96 LOPDPGDD («Derecho al testamento digital») no se está refiriendo a un testamento en forma digital; no prevé una nueva forma testamentaria, digital, que el Derecho estatal contempla en supuestos muy excepcionales, y el Derecho catalán no admite más allá de lo previsto para el testamento cerrado en el art. 421-14.2, al final, CCCat. En el ámbito estatal, los arts. 64.3.II y 65 LN, en la redacción dada a los mismos por la LJV, aluden a testamentos otorgados en forma oral, y admiten que la voz o el audio o el vídeo se encuentre grabada en un soporte magnético o digital

21. Hay que tener en cuenta que Cataluña tiene escasas competencias en materia de protección de datos de carácter personal (limitadas exclusivamente a la protección de datos personales en poder de las Administraciones públicas catalanas; no puede regular, por lo tanto, la materia con carácter general): arts. 31 y 156 EAC (2006). Además, el Estado español tiene competencia exclusiva en materia de régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21 CE). La Generalitat de Catalunya dispone de unas competencias muy residuales en materia de telecomunicaciones (arts. 84.2.1, 137.2, 140.7 EAC 2006).
22. *Vid.* RUDA GONZÁLEZ, «Vida más allá de la muerte (digital)...», p. 235.
23. *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitals...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 923-924; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitals: disposicions...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 226-227.
24. Al respecto, *vid.* OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 115-116.

duradero. Lo previsto en estos preceptos de la LN resulta aplicable a los testamentos en peligro inminente de muerte o en caso de epidemia otorgados oralmente, previstos en los arts. 700 a 704 CC<sup>25</sup>, así como a los testamentos especiales militar y marítimo otorgados en forma oral de acuerdo con los arts. 720 y 731 CC. Suele entenderse que también puede resultar aplicable, por ejemplo, en el caso del testamento «hilburuko» o en peligro de muerte que regulan los arts. 22 y 23 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco [LDCV] –si bien el art. 23.2 LDCV prevé que el testamento se acabe «escribiendo»–<sup>26</sup>.

A continuación me centraré en la regulación española relativa a los datos personales de las personas fallecidas, prevista en la LOPDPGDD<sup>27</sup>.

## II. LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS: EL ART. 3 DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

El uso por las personas físicas de las redes sociales y, en general, de los servicios de la sociedad de la información comporta que la información personal de éstas continúe siendo objeto de tratamiento, difusión y acceso por parte de terceros tras su muerte.

Al respecto, el art. 2.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999,

25. La DF 1ª LJV ha dado nueva redacción a los art. 703 y 704 CC.

26. Al respecto, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de successions», *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català*, Institut de Dret privat europeu i comparat/Universitat de Girona (coord.), Girona: Documenta Universitaria, 2017, pp. 604-606. *Vid.*, también, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 411-413; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 95-96; SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 420-421.

En Estados Unidos, la *Uniform Law Commission* aprobó en 2019 la Ley Uniforme de Testamentos Electrónicos, que prevé, con ciertas cautelas, la posibilidad de realizar un testamento electrónico. *Vid.* ULC, «Uniform Electronic Wills Act», 20.11.2019 [accessible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments> (fecha de la consulta: 16.3.2020)]. Al respecto, *vid.*, HIRSCH, Adam J., «Technology adrift: in search of a role for Electronic Wills», *Boston College Law Review*, Vol. 61, 2020, pp. 1-43.

27. En cuanto al enfoque patrimonial, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 924-929; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales: disposiciones...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 217-219 y 229-234.

de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD), tras afirmar que «[E]ste reglamento *no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*», permite que «personas vinculadas al fallecido» «por razones familiares o análogas», previa acreditación del óbito, puedan dirigirse a los prestadores de servicios solicitando, «cuando hubiere lugar a ello», la *cancelación* de los datos.

El art. 2.4 RLOPD permite, así, que «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o análogas» puedan dirigirse al prestador de servicios para comunicar el fallecimiento y cancelar el servicio o el tratamiento de datos, pero no reconoce a estas personas ninguna otra facultad en relación al tratamiento *post mortem* de los datos personales del fallecido<sup>28</sup>.

Posteriormente, la aprobación del RGPD ha llevado al legislador español a intentar adaptar su legislación a la nueva normativa comunitaria, dando lugar a la LOPDPGDD (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre)<sup>29</sup>. En este sentido, hay que tener en cuenta que, si bien el considerando 27 del RGPD establece que «[E]l presente Reglamento *no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas*», el mismo considerando añade que «[L]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas».

En este contexto, la LOPDPGDD, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley el tratamiento de los datos de personas fallecidas, «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3» (art. 2.2.b LOPDPGDD), dedica el art. 3 LOPDPGDD a los «datos de las personas fallecidas». Por otra parte,

28. Vid. MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las leyes orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Cizur Menor [Navarra]: Editorial Aranzadi, S. A. U., 2018, pp. 153-154.

29. Con el objetivo de intentar adaptar la legislación española a la nueva normativa comunitaria, el Gobierno impulsó un Proyecto de Ley Orgánica –el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal [PLOPD] (*Boletín Oficial de las Cortes Generales [BOCG], Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017*)–, que debía sustituir a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 (LO 15/1999, de 13 de diciembre) y adaptar nuestro sistema al de los países del entorno. Dicha iniciativa ha dado lugar a la LOPDPGDD. Vid. Exposición de Motivos (III, § 5) PLOPD y Preámbulo (III, § 5) y art. 1 LOPDPGDD. Sobre el Proyecto, cuyo tenor, por lo que aquí interesa, era bastante distinto del texto definitivamente aprobado, *vid., in extenso*, GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Morir en la era digital...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 148-152. Hay que tener en cuenta que el RGPD, por su naturaleza de Reglamento europeo, tiene aplicabilidad directa en todos los Estados miembros sin necesidad de transposición a través de una norma nacional. Vid. GIL GONZÁLEZ, Elena, «Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?», *Diario La Ley*, núm. 9050, 27.9.2017.

desde la perspectiva del acceso a los «contenidos» digitales *de*<sup>30</sup> las personas fallecidas gestionados por terceros, y en términos muy similares a los del art. 3 LOPDPGDD, el art. 96 LOPDPGDD alude al mal llamado «testamento digital»<sup>31</sup>.

En cuanto a los datos personales de las personas fallecidas, tal y como destaca el Preámbulo (V, § 3) LOPDPGDD, el art. 3 LOPDPGDD permite a *las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*, así como a *sus herederos* –del fallecido–<sup>32</sup> dirigirse al responsable o encargado del tratamiento de datos personales al objeto de solicitar el «acceso» a los mismos y, en su caso, su «rectificación o supresión» (art. 3.1.I LOPDPGDD).

En general, se ocupa del «derecho de acceso del afectado» el art. 13 LOPDPGDD, que, en cuanto a su ejercicio, remite al art. 15 RGPD, dedicado al «derecho de acceso del interesado». Según el art. 15.3 RGPD, «[E]l responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento» y, conforme al párrafo siguiente: «[E]l derecho a obtener copia mencionado en el apartado 3 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros» (art. 15.4 RGPD).

Los derechos de rectificación y supresión se encuentran regulados, respectivamente, en los arts. 14 y 15 LOPDPGDD, los cuales, en cuanto al ejercicio de estos derechos, remiten, a su vez, a los arts. 17

30. Aunque, literalmente, el art. 96 LOPDPGDD utiliza la preposición «sobre» («acceso a contenidos... *sobre* personas fallecidas»), parecería que debe tratarse de contenidos «de» personas fallecidas, que pertenecían a personas fallecidas. La rúbrica de la DA 7ª PLOPD –que constituye el precedente del art. 96 LOPDPGDD– era «Acceso a contenidos *de* las personas fallecidas» y en el primer párrafo aludía al acceso «a contenidos gestionados por prestadores de servicios... *a favor* de personas que hayan fallecido...» (BOCG, *Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017, p. 40).

31. *Vid.* epígrafe anterior. Desde la perspectiva de lo previsto en el art. 96 LOPDPGDD en relación a los contenidos digitales del fallecido gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 924-929; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales: disposiciones...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 228-234.

32. Hay que entender que el art. 3 LOPDPGDD, como también el art. 96 LOPDPGDD, se refiere a los herederos del fallecido, no de «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho». Según el art. 3.1 PLOPD: «Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, 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...». La referencia a las «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» se añadió durante la tramitación parlamentaria.

33. Al respecto, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”...», *op. loc. cit.*, 2018, pp. 437-438.

(«Derecho de supresión» [«el derecho al olvido»])<sup>34</sup> y 18 RGPD («Derecho a la limitación del tratamiento»).

«Como excepción», las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho* y los herederos del fallecido 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<sup>35</sup>; dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a datos de carácter patrimonial del causante (art. 3.1.II LOPDPGDD)<sup>36</sup>.

El Proyecto (PLOPD) partía de la misma regla de acceso por defecto –a no ser que la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente o así resultara de la ley– en relación a los herederos, pero no se refería a las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*<sup>37</sup>. Al añadirse la referencia a las mismas, sin precisión alguna al respecto, durante la tramitación parlamentaria, se ampliaron en exceso las categorías de personas legitimadas.

La referencia a las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho* se añadió tanto en el art. 3 LOPDPGDD como en el art. 96.1.a LOPDPGDD, ni el art. 3 PLOPD, ni tampoco la DA 7<sup>a</sup>.I.a PLOPD se referían a ellas<sup>38</sup>. El Grupo Parlamentario Socialista propuso suprimir el art. 3 PLOPD (enmienda núm. 250) y añadir una nueva Disposición adicional 2<sup>a</sup> bis (enmienda núm. 316), que

34. El legislador europeo vincula así el derecho al olvido al derecho de supresión de datos personales. Tal y como destaca DI PIZZO CHIACCHIO, el derecho al olvido constituye una manifestación necesaria e improrrogable del derecho de supresión (cancelación) de nuestro tiempo; es una manera de intentar hacer frente a la difusión permanente y universal de la información personal en internet cuando puede lesionar los derechos e intereses de los interesados (DI PIZZO CHIACCHIO, Adrian, *La expansión del derecho al olvido...*, op. cit., 2018, pp. 53 y 64).

35. El Grupo Parlamentario de Ciudadanos (enmienda núm. 71, al art. 3 PLOPD) propuso, sin éxito, invertir la regla en cuanto al acceso a los datos personales, en el sentido de prever que «el derecho de acceso a los datos personales solo podrá realizarse cuando la persona fallecida lo hubiese autorizado expresamente» (BOCG, *Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018).

36. Este inciso final no constaba en el art. 3 PLOPD. Sí aparecía ya, en cambio, en el art. 3.1.II según el Informe de la Ponencia. Experimentó una evolución similar el inciso final del art. 96.1.a.II LOPDPGDD, relativo a los «contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto», el cual, no constando en la DA 7<sup>a</sup> PLOPD, sí aparecía ya en el Informe de la Ponencia. Vid. BOCG, *Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017, y BOCG, *Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-3, 9.10.2018. En relación a este inciso, vid. OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», op. loc. cit., 2019, pp. 115-116.

37. Vid. EM, IV, § 3, PLOPD.

38. Vid. BOCG, *Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017.

incorporaba ya una referencia a «[L]as personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas»<sup>39</sup>.

El hecho de que, durante la tramitación parlamentaria, se añadiera, tanto en el texto definitivo del art. 3 LOPDPGDD, como en el del art. 96.1.a LOPDPGDD, la referencia a «[L]as personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» quizá fue –especialmente por lo que respecta al art. 3 LOPDPGDD– por mimetismo con lo previsto en el art. 2.4 RLOPD («personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas»); sin embargo, las facultades que atribuye este último precepto son mucho más limitadas, únicamente dirigidas a *notificar el óbito y solicitar*, «cuando hubiere lugar a ello», la *cancelación* de los datos. El art. 3 LOPDPGDD vigente, en cambio, les permite «solicitar el acceso a los datos personales... y, en su caso, su rectificación o supresión», y el 96.1.a LOPDPGDD les legitima para «acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión». También pudo influir el art. 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, si bien se trata de una legitimación con un alcance mucho más limitado (LBAP)<sup>40</sup>.

*También pueden solicitar el acceso a los datos personales del fallecido y, en su caso, su rectificación o supresión, con arreglo a las instrucciones recibidas<sup>41</sup>, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado*

39. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.4.2018.

40. Según el art. 18.4 LBAP: «Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros». Al respecto, *vid.* el Dictamen CNS 8/2019 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos [texto disponible en: [https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions\\_Cercador/Dictamens/2019/Documents/es\\_cns\\_2019\\_008.pdf](https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2019/Documents/es_cns_2019_008.pdf) (fecha de la consulta: 19.9.2019)]. La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, no se refiere expresamente al supuesto de personas fallecidas, si bien en su art. 3 («El titular del derecho a la información asistencial»), párrafo 1, prevé que «El titular del derecho a la información es el paciente. Debe informarse a las personas a él vinculadas en la medida en que éste lo permita expresa o tácitamente».

41. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los «mandatos» (*cf.*, sin embargo, art. 1732.3º Código civil español y art. 622-33.1.c CCCat, que consideran extinguido el mandato por fallecimiento

*expresamente* (art. 3.2 LOPDPGDD). El art. 3.2 LOPDPGDD no se refiere al *albacea testamentario*, al que sí aludía, en cambio, el art. 3 PLOPD; ello parecería dar a entender que éste no estará legitimado si no ha sido expresamente designado para ello. Por el contrario, en cuanto al acceso a los «contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información», el art. 96.1.b LOPDPGDD –como anteriormente la DA 7ª.I.b PLOPD– continúa aludiendo al *albacea testamentario*, además de a la *persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente*<sup>42</sup>.

En cualquier caso, nótese que el hecho de haber designado expresamente personas o instituciones –conforme al art. 3.2 LOPDPGDD– no excluye la legitimación que otorga a las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho* y a los *herederos* el art. 3.1 LOPDPGDD. Esto mismo puede predicarse, en cuanto a los contenidos digitales, respecto del art. 96.1.a y b LOPDPGDD, a la luz del cual también pueden quedar al descubierto datos personales y, en general, relativos a la intimidad/privacidad del fallecido, e incluso de terceros que han entrado en contacto con él en la red.

Por otra parte, y además, en caso de personas fallecidas menores de edad, según la LOPDPGDD, estas facultades podrán ejercerse *también* por sus *representantes legales*, en el marco de sus competencias, por el *Ministerio Fiscal* (art. 3.3.I LOPDPGDD)<sup>43</sup>; y en caso de fallecimiento de personas con discapacidad 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– (art. 3.3.II LOPDPGDD)<sup>44</sup>.

En relación a los «contenidos gestionados por prestadores de servicios», el art. 96.2 LOPDPGDD añade que todas las personas legitimadas según el art. 96.1 LOPDPGDD 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

---

del mandante –esto mismo puede reprocharse al art. 96.3 LOPDPGDD) e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos (art. 3.2.II LOPDPGDD). Según el art. 96.3 LOPC el registro podrá coincidir con el previsto en el art. 3 LOPDPGDD.

42. Así, la referencia al «albacea», que aparecía tanto en el art. 3.2 PLOPD como en la DA 7ª.I.b PLOPD, se mantiene en el art. 96.1.b LOPDPGDD en relación al acceso a los contenidos, pero no en el art. 3.2 LOPDPGDD en relación al acceso a los datos personales del fallecido.
43. *Vid.*, en el mismo sentido, en cuanto a los «contenidos gestionados por prestadores de servicios», el art. 96.1.c LOPDPGDD. *Vid.*, en relación al PLOPD, el art. 3.3.I y la DA 7ª.I.c PLOPD.
44. *Vid.*, en cuanto a los «contenidos gestionados por prestadores de servicios», el art. 96.1.d LOPDPGDD; y, en relación al PLOPD, el art. 3.3.II y la DA 7ª.I.d PLOPD.

de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma (art. 96.2.II LOPDPGDD). La idea de supresión sin dilación evoca lo previsto, en materia de protección de datos personales, en el art. 17.1 RGPD en relación al derecho de supresión («derecho al olvido»).

El art. 74.g LOPDPGDD (al igual que hacía el art. 74.g PLOPD) considera infracción leve «El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta ley orgánica».

Así, la LOPDPGDD parte, en relación a los datos de las personas fallecidas –como también en cuanto a los «contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información»–, de una legitimación de «acceso» como regla, salvo prohibición expresa del fallecido o establecida en una ley.

Parte, además, de una legitimación muy amplia, que alcanza, con carácter general –dejando a un lado el caso de los menores de edad o de las personas con discapacidad fallecidas (art. 3.3 LOPDPGDD)–, a los *herederos*, las *personas vinculadas con el fallecido por razones familiares o de hecho*, y a las *personas o instituciones especialmente designadas por el fallecido*, sin establecer prelación alguna entre ellos<sup>45</sup>. Esto contrasta con lo previsto en las legislaciones francesa (art. 85 de la Ley de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018) o portuguesa (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto), así como, desde una perspectiva distinta –esencialmente patrimonial, y no de protección de datos–, en la regulación catalana (art. 411-10 CCCat), o incluso en la legislación española sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4 LOPDH).

El art. 85.II Ley francesa de 1978, relativa a la informática, en su redacción de 2018, legitima a los herederos del interesado «a falta de instrucciones o de una declaración en contrario en dichas instrucciones».

Según el art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, los derechos sobre los datos personales de las personas fallecidas, son

45. En relación al art. 3 PLOPD –que, tal y como hemos indicado, y a diferencia del art. 3 LOPDPGDD, no aludía a «las personas vinculadas con el fallecido por razones familiares o de hecho»–, MINERO ALEJANDRE consideraba criticable «que la legitimación de albacea testamentario, persona expresamente designada y herederos no se prevea de manera clara, en cascada y con carácter excluyente» (MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem...*, op. cit., 2018, p. 166).

ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para este fin o, *en su defecto*, por los herederos.

La regulación catalana únicamente legitima al heredero o al albacea universal en caso de falta de designación específica de un *albacea digital*. Vid. art. 411-10.5 CCCat.

Por lo que respecta al ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, el art. 4 LOPDH establece una prelación clara, prefiriendo, en primer lugar, a la persona designada por el fallecido en su testamento antes que al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos. Y faltando todos prevé que el ejercicio de las acciones corresponda al Ministerio Fiscal.

De hecho, parecería lógico que, en caso de persona expresamente designada, quedaran excluidas las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*, a no ser que se planteara la posibilidad (por la que yo abogaría) de eliminar directamente la referencia a las mismas del art. 3 LOPDPGDD –así como del art. 96 LOPDPGDD–. Convendría, en definitiva, restringir el elenco de personas legitimadas y priorizar las personas expresamente designadas por el fallecido respecto de los otros legitimados, que, como mínimo, convendría restringir a herederos y/o albaceas<sup>46</sup>.

Además, si el fallecido no ha dejado instrucciones, podría valorarse la posibilidad de acotar más las facultades de herederos y/o albaceas, en la línea prevista, por ejemplo, por la legislación francesa.

Según el art. 85.II Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la *Ordonnance* n.º 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018 –cuyo precedente es el art. 40-1.III de la misma Ley de 1978 relativa a la informática en su redacción conforme a la Ley n.º 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–: «En l'absence de directives ou de mention contraire dans ces directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre II dans la mesure nécessaire: 1.º A l'organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et

46. GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 924-929.

au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers; 2<sup>o</sup> A la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour.— Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en application du précédent alinéa.— Les désaccords entre héritiers sur l'exercice des droits prévus au présent II sont portés devant le tribunal de grande instance compétent».

En contraste con ello, la LOPDPGDD prevé, en general, una legitimación muy extensa en cuanto a facultades, pues permite *acceder* a los datos personales del fallecido y, en su caso, solicitar su *rectificación* o *supresión* (*cfr.*, en cambio, el art. 2.4 RLOPD, que permitía tan solo solicitar, «cuando hubiere lugar a ello», la *cancelación* de los datos)<sup>47</sup>.

Permitir la intervención concurrente de tantas personas legitimadas *ex lege*, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto –salvo prohibición expresa por parte del fallecido o establecida por una Ley–, y con facultades tan amplias, además de resultar excesivo y suponer divulgar en exceso los datos personales del fallecido –vulnerando las expectativas de privacidad del usuario medio de internet, que puede verse obligado a manifestar expresamente su voluntad en contra para evitarlo<sup>48</sup>–, puede plantear problemas desde un punto de

47. En relación al PLOPD, y teniendo en cuenta el art. 2.4 RLOPD, GARCÍA HERRERA precisaba: «la reclamación dirigida por las personas facultadas al efecto al responsable del tratamiento de los datos de su causante no supone, en la práctica, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión, sino que tendrá por objeto comunicar a éste la inexactitud del contenido del fichero para que, en su caso, proceda a la oportuna rectificación o supresión de datos»; y añade: «estos derechos de acceso, rectificación o supresión son derechos personalísimos y, en cuanto tales, únicamente pueden ser ejercitados por su titular, extinguiéndose en consecuencia por su muerte» (GARCÍA HERRERA, Vanessa, «El tratamiento de datos de personas fallecidas», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2018).

48. SANTOS MORÓN lo había denunciado, en cuanto a los contenidos digitales, en relación al PLOPD, el cual establecía la regla de acceso por defecto, pero no se refería a la «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» (*vid.* SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”...», *op. loc. cit.*, 2018, p. 438). Con el texto finalmente aprobado, esta crítica resulta aún más oportuna. *Vid.*

vista práctico, y puede dar lugar a intervenciones contradictorias<sup>49</sup>. Estas críticas pueden extenderse también a lo previsto en el art. 96 LOPDPGDD en relación al contenido digital integrado en la herencia; en este sentido, el hecho de que, por ejemplo, se reconozca una legitimación *ex lege* a favor de personas distintas de los herederos para decidir sobre su supresión, o incluso sobre su destino o utilización (art. 96.1 LOPDPGDD), puede resultar conflictivo y dar lugar a decisiones contrapuestas e incluso incompatibles<sup>50</sup>.

Pero es que, además, permitiendo el acceso por defecto a los datos y contenidos del fallecido, pueden quedar al descubierto datos y contenidos relativos a terceros, que no deberían verse afectados (arg. ex art. 15.4 RGPD)<sup>51</sup>.

En contraste con lo previsto en la LOPDPGDD, quizá resultaría preferible partir, como regla, del «no acceso» a los datos personales o a los contenidos digitales del difunto, salvo que éste haya manifestado su voluntad en otro sentido<sup>52</sup>, tal y como establecen, en cuanto a los «contenidos», el art. 411-10.5 CCCat o, respecto de los «contenido de las comunicaciones electrónicas», la Sección 7 RUFADAA<sup>53</sup>.

En definitiva, en cuanto a las personas fallecidas, la LOPDPGDD parece más una ley de «desprotección de datos», que de protección de los mismos.

---

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *op. loc. cit.*, 2019, p. 387.

49. En este sentido, tal y como destaca OTERO CRESPO en relación al art. 3 LOPDPGDD, esta ley no prevé cómo resolver los potenciales conflictos en caso de concurrencia de varios legitimados. Como indica esta autora, «[L]a cuestión no es baladí, porque estos legitimados pueden llegar a plantear idénticas pretensiones (por ejemplo, la rectificación) o peticiones incompatibles (por ejemplo, dos legitimados solicitan e modo contradictorio uno la rectificación y otro la supresión de datos)» (OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 114-115).
50. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *op. loc. cit.*, 2019, pp. 423; PATTI, Francesco Paolo, y BARTOLINI, Francesca, «Digital Inheritance...», *op. loc. cit.* 2019, p. 1185; NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos...», *op. loc. cit.*, p. 78; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”...», *op. loc. cit.*, 2019, p. 123; GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 924-929.
51. GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 924-929.
52. *Vid.* SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”...», *op. loc. cit.*, 2018, p. 438; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *op. loc. cit.*, 2019, p. 386.
53. GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Voluntades digitales...», *op. loc. cit.*, 2020, p. 929.

### III. CONCLUSIONES

La generalización de la actividad en entornos digitales aconseja prever qué ocurre con el rastro digital que deja tras de sí la persona cuando fallece. A nivel legislativo, ello implica tener en cuenta tanto cuestiones patrimoniales-sucesorias, relativas a la gestión y/o el destino del patrimonio digital; como también aspectos personales, relacionados fundamentalmente con la protección de la intimidad/privacidad y de los datos personales tanto del fallecido como de terceros. Estos enfoques, personal o patrimonial, o ambos, se reflejan en las distintas legislaciones que a día de hoy han abordado esta materia; y el predominio de uno u otro ha condicionado la respuesta que se ha dado, desde un punto de vista práctico, a determinados casos concretos.

Por lo que respecta a la legislación española, la LVD catalana adopta una perspectiva esencialmente patrimonial. No ocupándose, pues, la LVD, de la vertiente personal, cabe pensar que un prestador de servicios podría escudarse en la protección de los datos personales o de la intimidad/privacidad de terceros para negarse a ejecutar las medidas instadas por el albacea digital, el heredero o el albacea universal.

Por su parte, en la LOPDPGDD estatal confluyen tanto el enfoque personal –de la protección de datos de las personas fallecidas–, como el patrimonial –relativo a los contenidos digitales–. En cuanto a los datos personales del fallecido –como también en cuanto a sus contenidos digitales–, esta ley parte de la regla de acceso por defecto, y establece una legitimación muy amplia en cuanto a facultades y demasiado extensa en cuanto a personas legitimadas, sin establecer prelación alguna entre ellas. Esto, que puede generar problemas desde un punto de vista práctico, contrasta con lo previsto en la LVD catalana y en otras legislaciones de nuestro entorno. En este punto, la LOPDPGDD se revela, en definitiva, más como una ley de desprotección de datos personales, que no de protección de los mismos.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión mortis causa en el patrimonio digital», *Conferencias de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, pp. 375-432 [texto disponible en: [http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS\\_ACADEMIA/059-07-SERGIO\\_CAMARA.pdf](http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf) [fecha de la consulta: 04.10.2019]].
- CINQUE, Maddalena. «L'“eredità digitale” alla prova delle riforme», *Rivista di diritto civile* 1/2020, pp. 72-100.

- COSTELLO, Matthew W., «The “PEAC” of Digital Estate Legislation in the United States: Should States “Like” That?», *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, 2016, pp. 429-449.
- DI PIZZO CHIACCHIO, Adrian, *La expansión del derecho al olvido digital. Efectos de «Google Spain» y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, Comisión Europea, 2018.
- FRANKFURTER, Felix, «Litigation is the pursuit of practical ends, not a game of chess» (texto disponible en: <http://www.frenchcasey.com/blog/matter-of-estate-of-swezey/> [fecha de la consulta: 16.3.2020]).
- GARCÍA HERRERA, Vanessa,
  - «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017.
  - «El tratamiento de datos de personas fallecidas», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2018.
- GIL GONZÁLEZ, Elena, «Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?», *Diario La Ley*, núm. 9050, 27.9.2017.
- GINEBRA MOLINS, M. Esperança,
  - «La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de successions», *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català*, Institut de Dret privat europeu i comparat/Universitat de Girona (coord.), Girona: Documenta Universitaria, 2017, pp. 559-625.
  - «Voluntades digitales: disposiciones *mortis causa*», *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, y ARROYO AMAYUELAS, Esther (Dirs.), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2020, pp. 209-235.
  - «Morir en la era digital: “Voluntades digitales”, intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 107-153.
  - «Voluntades digitales en caso de muerte», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1 (marzo 2020), pp. 908-929.

- GOLDMAN, David, «Grieving father optimistic he can crack his dead son's iPhone» (texto disponible en: <https://money.cnn.com/2016/04/08/technology/leonardo-fabbretti-iphone/> [fecha de la consulta: 16.3.2020]).
- HIRSCH, Adam J., «Technology adrift: in search of a role for Electronic Wills», *Boston College Law Review*, Vol. 61, 2020, pp. 1-43.
- KLEIN, Sasha A., y PARTHEMER, Mark R., «Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets», *Probate and Property Magazine*, Vol. 30, Núm. 4, julio-agosto 2016 (texto disponible en: [https://www.americanbar.org/publications/probate\\_property\\_magazine\\_2012/2016/july\\_august\\_2016/2016\\_aba\\_rpte\\_pp\\_v30\\_4\\_article\\_klein\\_parthemer\\_understanding\\_fiduciary\\_access\\_to\\_digital\\_assets.html](https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2016/july_august_2016/2016_aba_rpte_pp_v30_4_article_klein_parthemer_understanding_fiduciary_access_to_digital_assets.html) [fecha de la consulta: 16.3.2018])
- LABOWS, Emily B., «Don't Forget to Include Your Digital Assets in Your Estate Planning – Anderson Elder Law», 8.8.2014 [<http://www.andersonelderlaw.com/2014/08/08/dont-forget-include-digital-assets-estate-planning/>, fecha de la consulta: 4.9.2017-].
- LOPEZ, Alberto B., «Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets», *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016, pp. 183-242.
- MARINO, Giuseppe, «La “successione digitale”», *ODCC* 1/2018, pp. 165-202.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las leyes orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Cizur Menor [Navarra]: Editorial Aranzadi, S. A. U., 2018.
- MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda, «Redes sociales y voluntades digitales. “Historia digital” y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 955-977.
- NAVAS NAVARRO, Susana,
  - «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado “testamento digital”», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2020, pp. 59-88 (texto disponible también en: [https://www.academia.edu/40440458/HERENCIA\\_Y\\_PROTECCI%C3%93N\\_DE\\_DATOS\\_DE\\_PERSONAS\\_FALLECIDAS\\_](https://www.academia.edu/40440458/HERENCIA_Y_PROTECCI%C3%93N_DE_DATOS_DE_PERSONAS_FALLECIDAS_)

A\_prop%C3%B3sito\_del\_mal\_denominado\_testamento\_digital [fecha de la consulta: 3.9.2019].

- «Digital content of the inheritance: Remarks on the judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the Standpoint of Spanish Law», *ERPL*, 2019, Issue 5, pp. 1159-1168.
- NEMETH, Kristin, y MORIS CARVALHO, Jorge, «Digital inheritance in the European Union», *EuCML*, 2017, p. 253.
- OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 89-133 (texto disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477/377> [fecha de la consulta: 2.1.2020]).
- PATTI, Francesco Paolo, y BARTOLINI, Francesca, «Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform», *European Review of Private Law*, 5-2019, pp. 1181-1194.
- RESTA, Giorgio,
  - «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.
  - «La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali», *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 975-996.
- ROTTENSTREICH, Stacie J., y BARKHORN, Karin, «What Happens to My Digital Assets on Death or Incapacity?» (texto disponible en: <https://trustbclp.com/what-happens-to-my-digital-assets-on-death-or-incapacity/> [fecha de la consulta: 16.3.2020])
- SANTOS MORÓN, María José, «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, nº 1, pp. 413-438.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin, y PERTOT, Tereza, «“Donazione” di dati personali e risvolti successori», *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 899-916.
- SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 417-440.

- Sy, Elisabeth, «The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?», *Touro Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 2016, pp. 647-677.
- WALDRIP, Kristen, «Accessing Digital Assets in an Estate: What Fiduciaries Need to Know», White Paper 1602, *College for Financial Planning*, 2016.

Aranzadi