



DATE DOWNLOADED: Tue Apr 19 12:30:23 2022

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](https://heinonline.org)

Citations:

Bluebook 21st ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, Digital Wills in case of Death, 12 Cuadernos DERECHO Transnacional 908 (2020).

ALWD 7th ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, Digital Wills in case of Death, 12 Cuadernos Derecho Transnacional 908 (2020).

APA 7th ed.

Ginebra Molins, M. (2020). Digital wills in case of death. Cuadernos de Derecho Transnacional, 12(1), 908-929.

Chicago 17th ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, "Digital Wills in case of Death," Cuadernos de Derecho Transnacional 12, no. 1 (March 2020): 908-929

McGill Guide 9th ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, "Digital Wills in case of Death" (2020) 12:1 Cuadernos Derecho Transnacional 908.

AGLC 4th ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, 'Digital Wills in case of Death' (2020) 12(1) Cuadernos de Derecho Transnacional 908

MLA 9th ed.

Ginebra Molins, M. Esperanca. "Digital Wills in case of Death." Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12, no. 1, March 2020, pp. 908-929. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

M. Esperanca Ginebra Molins, 'Digital Wills in case of Death' (2020) 12 Cuadernos Derecho Transnacional 908

Provided by:

Universitat de Barcelona. CRAI

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

VOLUNTADES DIGITALES EN CASO DE MUERTE*

DIGITAL WILLS IN CASE OF DEATH

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Barcelona

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5229>

Resumen: La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastros digitales”. Esto obliga a plantear: ¿Qué ocurre con nuestro “rastros digitales” cuando morimos? ¿Puede la persona prever algo al respecto?

El hecho de que en el “rastros digitales” puedan verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial, determina que la aproximación al “rastros digitales” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial-sucesoria, de la gestión y/o el destino del patrimonio digital; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad y/o de los datos personales tanto del fallecido como de terceros. Este doble enfoque se refleja en la práctica y también en la legislación comparada, europea y norteamericana. Más concretamente, es esta una materia en la que confluyen cuestiones de Derecho de sucesiones, de Derecho contractual y de Derecho de la persona –en particular, relativas a la protección de datos personales y a la protección de la intimidad/privacidad póstuma y de terceros–. Así, por lo que respecta al punto de vista patrimonial, si bien en principio no es posible hablar de la “herencia digital” como algo distinto de la “herencia analógica”, ello no obsta a que deban tenerse en cuenta ciertas especificidades que rodean y/o afectan a ciertos “bienes digitales”, en algún caso tributarias del Derecho de contratos.

En este contexto, la persona puede ordenar sus “voluntades digitales”, previendo disposiciones sucesorias (nombrando “sucesores digitales”) y/o no sucesorias (ya sea designando “albacea/s digital/es” o bien quien va a poder actuar en relación a la protección de sus datos personales y/o al ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen).

Por lo que respecta a la legislación española, la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, adopta una perspectiva esencialmente patrimonial, previendo la posibilidad de designar un “albacea digital” para que actúe ante los prestadores de servicios digitales con los que el causante tenga cuentas activas. El hecho de que la norma catalana se muestre plenamente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios contrasta con las soluciones adoptadas al respecto en otros ordenamientos. Por otra parte, la regla por defecto de no acceso al “contenido” de las cuentas y archivos digitales, salvo que el causante lo haya establecido o se obtenga autorización judicial, aproxima la Ley catalana a lo previsto en otros sistemas.

En la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, confluyen tanto el enfoque personal –de la protección de datos de las personas fallecidas–, como el patrimonial –relativo a los “contenidos digitales”– (en el mal llamado “testamento digital”). Esta ley parte de la regla de acceso por defecto a los contenidos digitales o a los datos personales del fallecido, 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

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català de la Universidad de Barcelona (2017 SGR 151).

problemas en la práctica, contrasta con lo previsto en la Ley catalana y en otras legislaciones de nuestro entorno. La Ley Orgánica 3/2018 se revela, así, más como una ley de desprotección de datos y de contenidos digitales, que no de protección de los mismos.

Palabras clave: rastro digital, bienes/activos digitales, contenidos digitales, patrimonio digital, herencia, voluntades digitales, protección de datos personales, acceso, protección de la intimidad.

Abstract: A person's daily activity on the net leaves a "digital trail". This makes us consider: What happens with our "digital trail" when we die? Can the person foresee anything about it?

The fact that the "digital trail" may involve both purely personal and patrimonial aspects determines that the approach to the "digital trail" left by the person upon his or her death can be made either from an eminently patrimonial-successory perspective, focused on the management and destination of the digital heritage; or from an eminently personal perspective, centred in the *post mortem* protection of privacy and/or personal data, both of the deceased and of third parties. This dual approach is reflected in practice and also in comparative European and American legislation. More specifically, this is an area in which questions of inheritance law, contract law and personal law –in particular the protection of personal data and the protection of posthumous and third party privacy– converge. Thus, from the patrimonial point of view, although it is not possible to speak of "digital heritage" as something different from "analogue heritage", certain specificities surrounding and/or affecting certain "digital assets", in some cases related to contract law, must be taken into account.

In this context, the person can order his or her "digital wills", providing for successional arrangements (naming "digital successors") and/or non-successional arrangements (either designating "digital executor/s" or the person able to act in relation to the protection of their personal data and/or the exercise of civil protection actions for honour, privacy or image).

Regarding the Spanish legislation, the Catalan Law 10/2017 of 27 June on digital wills adopts an essentially patrimonial perspective, providing for the possibility of appointing a "digital executor" to act before digital service providers with whom the deceased has active accounts. The fact that the Catalan law is fully respectful of the content of the contract signed between the deceased user and the service provider contrasts with the solutions adopted in this regard in other legal systems. Moreover, the default rule of no access to the "content" of the digital accounts and files, unless the deceased had established it or judicial authorisation had been obtained, brings the Catalan law closer to what is provided for in other systems.

In the Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data and the guarantee of digital rights, both the personal approach –of the protection of data of deceased persons– and the patrimonial approach –related to "digital contents"– (in the wrongly called "digital will") converge. This law is based on the rule of access by default to digital contents or to the personal data of the deceased, and establishes a very broad legitimisation in terms of powers and too extensive in terms of legitimised persons, without establishing any priority between them. This, which may cause problems in practice, contrasts with the provisions of Catalan law and other legislation in our environment. Therefore, the Organic Law 3/2018 is rather a law of unprotection of data and digital contents than of protection of them.

Keywords: digital trail, digital assets, digital contents, digital heritage/patrimony, inheritance, digital wills, personal data protection, access, privacy protection.

Sumario: I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro "rastro digital" cuando morimos? ¿Y con nuestro "patrimonio digital"? II. "Rastro digital": "identidad digital" y "patrimonio digital". Aproximación personal y/o patrimonial. 1. Heredabilidad vs. protección de la intimidad/privacidad y de los datos personales. 2. Aproximación personal y/o patrimonial en la legislación norteamericana y europea. III. "Patrimonio digital" y herencia. IV. Las "voluntades digitales": su posible contenido sucesorio y/o no sucesorio. V. La 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. VI. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los "datos de las personas fallecidas" y el llamado "testamento digital".

I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” cuando morimos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”?

1. La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastreo digital”¹. Cada vez que creamos una cuenta o un perfil, enviamos un correo electrónico, compartimos fotos con amigos a través de redes sociales, almacenamos documentos o fotografías en la nube, accedemos a bienes y servicios que se prestan a través de internet..., estamos aumentando nuestra presencia online, nuestro “rastreo digital”². A la vez, desde una perspectiva patrimonial, “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, en la medida que todo ello tenga contenido económico, nutrimos nuestro “patrimonio digital”.

2. ¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” –en sí potencialmente eterno– cuando fallecemos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”? ¿Cuál es la suerte de los bienes y servicios digitales que dejamos al morir? ¿Qué ocurrirá con nuestras cuentas de LinkedIn o Facebook³? ¿y con las de correo electrónico? ¿Podrán nuestros seres queridos y/o herederos acceder a las mismas y a los contenidos que albergan? ¿Podrá alguien cancelarlas?

3. Hay que tener en cuenta, además, que en ocasiones los perfiles cuyo titular ha fallecido siguen interactuando en el mundo digital (publicando aniversarios, recomendando amistades...). Convendría

¹ Por lo que respecta a la sociedad española, según un estudio de febrero de este año (2019), el 92% de la población española (de entre 16 y 65 años) es internauta, de los cuales un 85% son usuarios de redes sociales; ello representa más de 25,5 millones de usuarios en nuestro país. Vid. *Interactive Advertising Bureau* (IAB. SPAIN), “Estudio anual de redes sociales 2019” (https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf [fecha de la consulta: 16.9.2019]). IAB es una asociación que representa al sector de la publicidad y la comunicación digital en España; engloba a los diferentes actores del panorama publicitario online: agencias de medios, agencias creativas, anunciantes, soportes, redes, empresas de *mobile marketing*, de vídeo, de e-mail marketing, *digital signage*, buscadores, consultoras, observadores, medios de comunicación y proveedores tecnológicos. El fin de IAB Spain, que en la actualidad cuenta con más de 200 empresas asociadas, se centra en impulsar el desarrollo de la publicidad, el marketing y la comunicación digital en España (vid. <https://iabspain.es/iab-spain/quienes-somos/> [fecha de la consulta: 16.9.2019]).

² Vid. E. B. LABOWS, “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]); M. W. COSTELLO, “The «PEAC» of Digital Estate Legislation in the United States: Should States «Like» That?”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, 2016, p. 429; E. SY, “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; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets in an Estate: What Fiduciaries Need to Know”, White Paper 1602, *College for Financial Planning*, 2016, p. 1; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “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 [fecha de la consulta: 16.3.2018]).

³ Suele decirse que en tan solo los 8 primeros años de existencia de Facebook murieron más de 30 millones de usuarios. Seguro que hoy Facebook tiene muchos más de 30 millones de perfiles de personas fallecidas (vid. K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 1; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán”, *Managing Risk In the Digital Society*, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, 2017, p. 229). Se calcula que cada minuto fallecen tres usuarios de Facebook y que en 2098 esta red social tendrá más perfiles de personas fallecidas (“zombis digitales”) que de personas vivas. Vid. D. SARABIA, “Facebook será el mayor cementerio virtual en 2098” (https://www.eldiario.es/tecnologia/Facebook-mayor-cementerio-virtual_0_499400162.html [fecha de la consulta: 19.9.2019]); “Que deviennent nos données numériques après notre mort?” (https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/facebook/que-deviennent-nos-donnees-numeriques-apres-notre-mort_2483781.html [fecha de la consulta: 12.3.2018]). Vid., también, G. RESTA, “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, p. 976; M. A. MARTOS CALABRÚS, “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO (Dir.), M. HERRERO OVIEDO (Coord.), Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer España, S. A., 2014, p. 932.

Mark ZUCKERBERG, en el *Mobile World Congress* (2016), admitió que uno de los desafíos de Facebook será administrar la inmensa cantidad de datos que acumularán dentro de treinta años, cuando buena parte de los usuarios habrán fallecido (M. PÉREZ OLIVA, “El derecho a una buena muerte... digital” [https://elpais.com/elpais/2017/03/02/opinion/1488473115_598079.html]; “Muerte digital”, *Testamenta*, <https://www.testamentoherenciasysucesiones.es/muerte-digital/>).

evitar que Twitter recomiende seguir, que Facebook proponga hacer amistad, que LinkedIn invite a conectar con personas fallecidas o a felicitarles por su aniversario en una determinada empresa...

4. ¿Podemos prever algo en torno a todo ello? ¿Qué ocurre si no prevemos nada?

II. “Rastro digital”: “identidad digital” y “patrimonio digital”. Aproximación personal y/o patrimonial

5. Cuando nos referimos al “rastro digital” de una persona debemos tener en cuenta cuestiones muy diversas, tanto eminentemente personales –relacionadas con la “identidad digital”– (datos personales⁴, derecho a la intimidad/privacidad, secreto de las comunicaciones...), como patrimoniales⁵. A su vez, desde este último punto de vista, el “patrimonio digital” comprende elementos muy dispares y heterogéneos, que pretenden aglutinarse a veces con expresiones como “bienes digitales”, “contenidos digitales”⁶, “activos/pasivos digitales”⁷, “bienes y servicios digitales”, “contenidos y servicios digitales”⁸,

⁴ De acuerdo con el art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos [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”.

⁵ Vid. V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017; S. CÁMARA LAPUENTE, “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 [fecha de la consulta: 04.10.2019]); M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 90-92 (texto disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477/377> [fecha de la consulta: 2.1.2020]).

⁶ El art. 96 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) alude a “contenidos” –gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información–, sin definir qué entiende por tales.

⁷ La *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (2015) [RUFADAA] (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]), de la *Uniform Law Commission* [ULC] define “activo digital” (“Digital asset”) –Sección 2 (10)– de forma vaga, amplia e inconcreta: “«Digital asset» means an electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record”.

La *Uniform Access To Digital Assets By Fiduciaries Act* [UADFA], adoptada por la *Uniform Law Conference of Canada* (ULCC) en 2016 (texto disponible en inglés en: https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf; y en francés en: https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_fr/2016chlc0006.pdf [fecha de la consulta: 12.12.2019]), define “digital asset” (“bien numérique” en la versión francesa) como: “a record that is created, recorded, transmitted or stored in digital or other intangible form by electronic, magnetic or optical means or by any other similar means”.

⁸ En el ámbito europeo, y desde otra perspectiva, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores (art. 2.11), define qué debe entenderse por “contenido digital” “a efectos de dicha Directiva” simplemente como “los datos producidos y suministrados en formato digital”. Partiendo de este mismo concepto, la malograda Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea –CESL [Bruselas, 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD)]– (art. 2.j) lo completaba, concretando qué debía entenderse incluido y excluido del mismo. Según el art. 2.j CESL, “contenidos digitales” son: “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor [“comprador”, según la enmienda 43 –vid. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26.2.2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, P7_TA(2014)0159–], incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes; con exclusión de: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios”. Vid., también, considerando (cndo.) 17 CESL.

Finalmente, tras la evolución del concepto “contenido digital” durante su tramitación, la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de

etc.⁹ Además, y por otra parte, cualquier expresión que se adopte debe ser flexible, a fin de poder absorber cualquier innovación que la tecnología pueda depararnos en el futuro; debe ser “a prueba de futuro” y debe permitir englobar tanto bienes como servicios¹⁰.

6. El hecho de que en el “rastreo digital” puedan verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial –que, además, aparecen entremezclados o interrelacionados– determina que la aproximación al “rastreo digital” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial-sucesoria, de la gestión y el destino de los derechos de contenido patrimonial que no se extinguen con la muerte, 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/o de los datos personales, del secreto de las comunicaciones..., o, en suma, de la personalidad pretérita del fallecido, y también de la protección de terceros que han entrado en contacto con él en la red. De hecho, una aproximación completa a esta materia debería tener en consideración tanto aspectos personales como patrimoniales. En definitiva, y más concretamente, en esta materia confluyen e interactúan, y deben tenerse en cuenta, 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 y de terceros)–¹¹.

1. Heredabilidad vs. protección de la intimidad/privacidad y de los datos personales

7. La interacción de ambos puntos de vista 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”

contenidos y servicios digitales (art. 2.1 Directiva [UE] 2019/770) –como también la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (art. 2.6 Directiva [UE] 2019/771)– ha acabado adoptando el concepto de “contenido digital” de la Directiva 2011/83/UE (art. 2.11 Directiva 2011/83/UE). Tal y como destacan los considerandos [cndos.] de las dos Directivas de 2019 (cndo. 20 Directiva [UE] 2019/770 y cndo. 13 Directiva [UE] 2019/771), ambas deben complementarse mutuamente. Así, según el art. 2.1 de la Directiva (UE) 2019/770, se entenderá por “contenido digital” “los datos producidos y suministrados en formato digital” (*vid.*, en el mismo sentido, el art. 2.6 Directiva [UE] 2019/771). A su vez, se considerará “servicio digital” (art. 2.2 Directiva [UE] 2019/770, así como art. 2.7 Directiva [UE] 2019/771): “a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o; b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”. *Vid.* cndos. 19 y 20, 21 y 22 Directiva (UE) 2019/770 y cndos. 13, 14, 15 y 16 Directiva (UE) 2019/771. Sobre el concepto, más amplio, de “contenido digital” del que partía la Propuesta de directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (PDCSDig), que incluía tanto datos como servicios, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital: «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales”, en A. MADRID PARRA (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 113-116.

⁹ Sobre la dificultad de encontrar términos omnicomprensivos, *vid.* H. CONWAY, y S. GRATTAN, “The «New» New Property: Dealing with Digital Assets on Death”, en H. CONWAY, & R. HICKEY (Eds.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 9, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 99-115 (en particular, epígrafe II); M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 92-93. CÁMARA LAPUENTE distingue cinco categorías con el fin de atrapar la diversidad de internet a efectos de delimitar qué constituye patrimonio digital heredable, qué está ligado a la identidad personal y merece tutela pero no transmisión ni acceso indiscriminado, y qué debería extinguirse o estar en todo caso vedado a los herederos y personas afines al causante: bienes digitales; servicios de almacenamiento en línea; servicios de redes sociales; servicios de comunicaciones electrónicas –como subcategoría del anterior; y puros datos (personales o no) generados por el usuario como huella digital de su paso por el mundo virtual. *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 399-408 –especialmente pp. 401-408–.

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, y aunque no debemos ceñirnos exclusivamente a los conceptos utilizados por esta Directiva, los cndos. 10 y 19 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; así como el Preámbulo (apartado 5) y el cndo. 11 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final]. Por su parte, el comentario a la Sección 2 de la RUFADAA (2015) destaca que el término “activo digital” del que parte incluye tipos de registros electrónicos (“electronic records”) actualmente existentes y aún por inventar; en definitiva, se manifiesta “a prueba de futuro”.

¹¹ *Vid.* K. NEMETH y J. MORIS CARVALHO, “Digital inheritance in the European Union”, *EuCML*, 2017, p. 253; G. MARINO, “La «successione digitale»”, *ODCC* 1/2018, pp. 165-202; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 90-94, 98, 100-101 y 129.

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). La doctrina suele referirse, en este sentido, por ejemplo, a los casos ELLSWORTH y AJEMIAN –ambos contra Yahoo!–, o al caso de Eric RASH y al caso STASSEN –ambos contra Facebook–¹². La doble perspectiva, personal y patrimonial, se pone de manifiesto también en el caso de la autora iraní Marsha MEHRAN¹³.

8. Por lo que respecta a la jurisprudencia europea, destaca la sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018. Esta sentencia, retomando la argumentación de primera instancia y en contra de la sentencia de segunda instancia, da primacía a la perspectiva sucesoria¹⁴. Así, ante el fallecimiento en 2012 de una menor, de 15 años, arrollada por el metro en Berlín, en

¹² El caso Ellsworth –contra Yahoo!– se generó debido al interés del padre de Justin Ellsworth de acceder a la cuenta de correo electrónico de su hijo, que había fallecido, con 20 años, en noviembre de 2004 en Falluja (Iraq). El caso Ajemian –también contra Yahoo!– se refiere a la disputa entre los hermanos de John Ajemian, que falleció inesperadamente en 2006, y Yahoo! por el acceso a la cuenta de correo electrónico de John. El caso de Eric Rash se debió al empeño de los padres de Eric en buscar explicaciones en su cuenta de Facebook al suicidio de su hijo, en 2011, a los 15 años. El caso Stassen, similar al anterior, fue motivado por el intento de Helen y Jay Stassen de buscar pistas del suicidio de su hijo en su cuenta de Facebook. Al respecto, *vid.* A. B. LOPEZ, “Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets”, *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, pp. 183, 199-200, 201-202 y 209; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 126-128. *Vid.*, también, T. SEARS, “Facebook sends family information about son’s page before his suicide” (<http://wtvr.com/2011/11/04/facebook-sends-family-information-about-sons-page-before-his-suicide/>); J. M. GARON, “Death in Cyberspace. Protecting digital estates”, *Ohio Lawyer* (marzo-abril 2012), p. 14; F. KUNKLE, “Virginia family, seeking clues to son’s suicide, wants easier access to Facebook”, *The Washington Post*, 17.2.2013 (https://www.washingtonpost.com/local/va-politics/virginia-family-seeking-clues-to-sons-suicide-wants-easier-access-to-facebook/2013/02/17/e1fc728a-7935-11e2-82e8-61a46c2cde3d_story.html?utm_term=.2b10d02a89d1); V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: What UFADAA Know”, *Probate & Property Magazine*, Vol. 29, Núm. 4, 2015 (disponible en: https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2015/july_august_2015/2015_aba_rpte_pp_v29_3_article_blachly_uniform_fiduciary_access_to_digital_assets_act.html [fecha de la consulta: 9.3.2018]); E. D. BARWICK, “All Blogs Go To Heaven: Preserving Valuable Digital Assets Without The Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act’s Removal Of Third Party Privacy Protections”, *Georgia Law Review*, Vol. 50, 2015-2016, pp. 607-608, 615 y 617; A. B. LOPEZ, “Death and the Digital Age: The Disposition of Digital Assets”, *Savannah Law Review*, vol. 3, Núm. 1, 2016, pp. 83-84; N. M. BANTA, “Death and privacy in the digital age”, *North Carolina Law Review*, Vol. 96, 2016 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)], pp. 963 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)]; E. SY, “The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 656, 658-659; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 236; G. W. BEYER y K. G. NIPP, “Cyber Estate Planning and Administration”, 2017, p. 3; D. HORTON, “Tomorrow’s Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism”, *Boston College Law Review*, vol. 58, 2017, pp. 543-545, 588-589 y 593; “Yahoo will give family slain Marine’s e-mail account” (http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2005-04-21-marine-e-mail_x.htm?POE=TECISVA [fecha de la consulta: 20.3.2018]); J. LAMM, “Ajemian v. Yahoo! Case Update” (<http://www.digitalpassing.com/2018/04/02/ajemian-yahoo-case-update/> [fecha de la consulta: 20.3.2018]); E. A. EPSTEIN, “Family fights to access son’s Facebook account after his suicide to finally gain closure over tragic death” (<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2153548/Family-fights-access-sons-Facebook-Gmail-accounts-suicide.html> [fecha de la consulta: 20.3.2018]); S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital»”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020, p. 82.

¹³ Marsha MEHRAN falleció en 2014 durante una estancia en Irlanda y, tras varios intentos de acceder a la cuenta de su hija, su padre acabó obteniendo de Google más de 200 documentos escritos por ella. Sobre este caso, *vid.* A. B. LOPEZ, “Posthumous privacy...”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 185-186; G. MARINO, “La «successione digitale»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 171.

¹⁴ Al respecto, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381; S. NAVAS NAVARRO, “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; F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform”, *European Review of Private Law*, 5-2019, pp. 1181-1194; G. RESTA, “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. *Vid.*, también, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación” (texto disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> [fecha de la consulta: 25.7.2019]); S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 62; M. SCHMIDT-KESSEL y T. PERTOT, “«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; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 980-984 y 996; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 101, nota 50. En cuanto a la sentencia del Tribunal de apelación de Berlín (Kammergericht), de 31 de mayo de 2017, relativa al mismo caso, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, nº 1, pp. 415 y 421.

circunstancias que hacían pensar que podía tratarse de un suicidio, y ante la pretensión de la madre de acceder a la cuenta de Facebook de su hija¹⁵, el Tribunal federal consideró transmisible la posición contractual de la hija fallecida con Facebook –en la línea apuntada ya por la sentencia de primera instancia (del *Landsgericht* de Berlín), de 17 de diciembre de 2015– y estimó que las condiciones generales que excluían dicha relación de la herencia eran abusivas, por no superar el control del contenido del § 307.1 y 2 BGB. El Tribunal de apelación (sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31 de mayo de 2017), en cambio, había dado la razón a Facebook en base a la normativa de secreto de las telecomunicaciones¹⁶.

2. Aproximación personal y/o patrimonial en la legislación norteamericana y europea

9. 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 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 precedentes¹⁷, por ejemplo, la Ley Modelo estadounidense aprobada por la *Uniform Law Commission* (ULC) en 2014 y modificada en 2015 (la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* [RUFADAA]¹⁸, que ha sido adoptada por la mayoría de Estados de Estados Unidos, con singularidades)¹⁹. Una perspectiva similar es la adoptada por la *Uniform Access to Digital Assets by Fiduciary Act* (UADAA), aprobada en 2016 por la *Uniform Law Conference of Canada* (ULCC)²⁰.

10. En cambio, la reciente Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, por la que se regula la ejecución en el ordenamiento jurídico portugués del Reglamento General de Protección de Datos europeo (Reglamento [UE] 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 [RGPD])²¹ aborda la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos personales (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto).

11. Por su parte, la legislación francesa (primero a través de la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*²², y, posteriormente, a través de la *Ordonnance* n° 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018, que modifican la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*) enfoca también la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, si bien, en ausencia 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 –especialmente art. 85.II– Ley n° 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)²³.

¹⁵ La madre había intentado, sin éxito, acceder a la cuenta con la contraseña de la hija. Facebook había convertido el perfil en una “página conmemorativa”.

¹⁶ *Vid.*, especialmente, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381.

¹⁷ Al respecto, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 107-153 –especialmente pp. 131-137–.

¹⁸ 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).

¹⁹ En cuanto a los Estados que han promulgado leyes basadas en la RUFADAA, *vid.* <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecd22>. Sobre la RUFADAA y sus precedentes, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 130-137.

²⁰ Texto disponible, en inglés: 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.

²¹ El RGPD se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* 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).

²² Al respecto, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 137-140.

²³ Art. 85.II Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en su redacción de 2018: “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° A l’organisation et au règlement de la succession du défunt. A

12. También el legislador italiano adopta 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 (art. 2-terdecies, párrafo 5, Código italiano en materia de protección de datos personales)²⁴.

13. Abogaba también por la perspectiva de la protección de datos personales el legislador suizo, en el Proyecto suizo de *Loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales* (2017)²⁵ –que proponía dar nueva redacción al art. 16 de la *Loi fédérale sur la protection des données*, dedicándolo a los datos personales de las personas fallecidas²⁶–.

14. Por lo que respecta a la legislación española, mientras que la 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 herencia²⁷, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPD], en cambio, parte, en principio, de un enfoque personal, de la protección de datos de las personas fallecidas (art. 3 LOPD); sin embargo, ya el propio art. 3.1.II LOPD 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”; además esta misma ley adopta un punto de

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 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° 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”.

²⁴ Art. 2-terdecies, párrafo 5, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, conforme al Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018: “In ogni caso, il divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonche' del diritto di difendere in giudizio i propri interessi”. En cuanto a la normativa italiana, *vid.* F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance...”, *op. loc. cit.* 2019, pp. 1181-1194; M. SCHMIDT-KESSEL y T. PERTOT, “«Donazione» di dati personali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 899-906 –en particular, pp. 902 y 905–; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 989-995.

²⁵ Texto disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6803.pdf> (fecha de la consulta: 15.1.2018). Sobre este Proyecto, *vid.* <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html> (fecha de la consulta: 5.12.2019). La *Loi fédérale sur la protection des données* que se pretendía revisar es del año 1992 (puede consultarse la versión vigente en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/index.html> [fecha de la consulta: 5.12.2019]).

²⁶ El texto del art. 16 de la *Loi fédérale sur la protection des données* propuesto –ubicado en la Sección 3 del Cap. 2 de esta Ley, cuya rúbrica es “Données des personnes décédées”– establece: “1. Le responsable du traitement accorde la consultation gratuite des données personnelles d'une personne décédée lorsque les conditions suivantes sont réunies: a) il existe un intérêt légitime à la consultation ou le demandeur a un lien de parenté directe avec le défunt, était marié, avait conclu un partenariat enregistré ou menait de fait une vie de couple avec lui au moment du décès ou il s'agit de son exécuteur testamentaire; b) le défunt n'a pas, de son vivant, interdit expressément la consultation et n'a besoin d'aucune protection particulière; c) aucun intérêt prépondérant du responsable du traitement ou d'un tiers ne s'oppose à la consultation. - 2. S'il refuse la consultation en raison du secret de fonction ou du secret professionnel, les personnes légitimées selon l'al. 1, let. a, peuvent demander à l'autorité compétente selon les art. 320 et 321 du code pénal qu'elle le délie de son secret. - 3. Les héritiers ou l'exécuteur testamentaire peuvent exiger que le responsable du traitement efface ou détruise les données personnelles du défunt, sauf dans les cas suivants: a) le défunt l'a expressément interdit de son vivant; b) l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts prépondérants du défunt, du responsable du traitement ou de tiers; c) l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts publics prépondérants”. Al respecto, *vid.* S. MÉTILLE, “Révision de la LPD: le projet du Conseil fédéral” (<https://smetille.ch/2017/09/19/revision-de-lpd-projet-conseil-federal/> [fecha de la consulta: 15.1.2018]); M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-148; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 75.

²⁷ Al respecto, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-148.

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 LOPD)²⁸.

III. “Patrimonio digital” y herencia

15. Desde un punto de vista patrimonial, los bienes que constituyen el patrimonio digital de la persona y que no se extinguen con su muerte se integran en la herencia (*vid.* arts. 659 Código civil español [CC] y 411-1 CCCat). La mayoría de herencias incorporan hoy bienes (y obligaciones) digitales²⁹.

16. No es posible hablar, en principio, de la “herencia digital” como algo distinto de la “herencia analógica”. Resulta indiferente que se trate de “bienes, derechos y obligaciones” (art. 659 CC y 411-1 CCCat) de naturaleza analógica o digital; no se trata de un tipo especial de sucesión o de herencia³⁰. Precisamente, en base a ello, hay quien considera que alguna de las nuevas regulaciones que abordan la cuestión –como la catalana– resulta innecesaria, que se trata de “leyes marketing” o que cumplen simplemente una función pedagógica.

17. Cuestión distinta es que los bienes digitales de contenido patrimonial pertenecientes al causante resulten a veces difíciles de rastrear (bitcoins, saldo positivo en un juego online o cuentas en PayPal, nombres de dominio, puntos en programas de fidelización, etc.) y que deban tenerse en cuenta

²⁸ Pese a la rúbrica, el art. 96 LOPD (“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. En el ámbito estatal, los arts. 64.3.II y 65 Ley del Notariado (LN), en la redacción dada a los mismos por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), alude a testamentos otorgados en forma oral, y admite que la voz o el audio o el vídeo se encuentre grabada en un soporte magnético o digital 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 –habiendo dado nueva redacción a los art. 703 y 704 CC la DF 1ª LJV–, 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 “hiliburuko” 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”. Al respecto, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “La incidencia 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, J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 420-421; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 411-413; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 95-96.

En USA, la *Uniform Law Commission* ha aprobado este año 2019 la Ley Uniforme de Testamentos Electrónicos, que prevé, con ciertas cautelas, la posibilidad de realizar un testamento electrónico. Al respecto, *vid.* ULC, “Uniform Electronic Wills Act”, 20.11.2019 [accessible en: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-102?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments> (fecha de la consulta: 10.12.2019)]; *vid.*, también, ULC, “Electronic Wills Act”: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71> (fecha de la consulta: 10.12.2019) y <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments> (fecha de la consulta: 10.12.2019); G. W. BEYER, “Uniform Law Commission Approves Uniform Electronic Wills Act”, 18.7.2019 [texto disponible en: https://lawprofessors.typepad.com/trusts_estates_prof/2019/07/uniform-law-commission-approves-uniform-electronic-wills-act.html (fecha de la consulta: 3.9.2019)]; K. ROBINSON, “ULC Approves Five New Acts”, 17.7.2019 [texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/digestviewer/viewthread?MessageKey=99413aa6-ac7b-4521-9aaa-0db746dd6713&CommunityKey=d4b8f588-4c2f-4db1-90e9-48b1184ca39a&tab=digestviewer> (fecha de la consulta: 3.9.2019)]; “Electronic Wills Act. Draft For Discussion Only” [texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=506a61da-e7cc-9b69-0fe1-8df8df6bf431> (fecha de la consulta: 3.9.2019)].

²⁹ *Vid.* V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2015; E. D. BARWICK, “All Blogs Go To Heaven...”, *op. loc. cit.*, 2015-2016, pp. 595-597; A. B. LOPEZ, “Death and the Digital Age...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 81; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 2; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; J. G. GORDON, “Legal Access to a Deceased Account-User’s Digital Assets”, *Los Angeles Lawyer*, junio 2017, p. 8; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 230; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 60-61.

³⁰ *Vid.* V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria...”, *op. loc. cit.*, 2017; J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 421-422; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 103.

ciertas particularidades en relación a los mismos. Al margen de que, además, determinados bienes digitales se extingan por la muerte del titular y no se integren en la herencia. Lógicamente, el heredero únicamente podrá adquirir los bienes digitales cuando el causante tuviera sobre ellos un derecho real o de crédito transmisible, que no se extinga con su muerte.

18. En principio, si se trata de un archivo digital almacenado en un soporte físico (por ejemplo, un disco duro interno o externo, un dispositivo móvil, un pendrive, un CD o DVD...) la propiedad del archivo seguirá el destino del soporte en el que se encuentre almacenado³¹; o, más exactamente, la transmisión de la propiedad del dispositivo permitirá acceder, en principio (a no ser que estén protegidos por contraseñas...), a los contenidos digitales almacenados en el mismo; si bien nada impediría distinguir. Este tipo de activos digitales son, sin embargo, los que plantean menos problemas.

19. Ahora bien, tratándose de contenidos almacenados en una cuenta o plataforma online, la cuestión se complica, puesto que, por una parte, aparece un tercero con quien el causante había establecido una relación contractual, y, por otra, cobra relevancia la idea de “acceso”. Es precisamente en estos “activos” o “contenidos” en los que suele concentrar su atención el legislador (*vid.*, por ejemplo, en este sentido, los arts. 96 LOPD y 411-10 CCCat).

20. Además, en algunos casos, la percepción o sensación de “propiedad” (y de transmisibilidad *mortis causa*) de determinados “activos” o “contenidos” digitales que pueda tener la persona no responde a la realidad; ello puede darse, por ejemplo, cuando el causante ostentaba tan solo una licencia de uso no transmisible, como suele ocurrir en caso de licencias para el uso de materiales protegidos por derechos de autor, como música, imágenes, software. Que se trate de una licencia de uso no obstaría, en principio, a la posibilidad de que se tratara de una licencia transmisible, pero con frecuencia dichas licencias se configuran expresamente como intransferibles. En este sentido, puede no resultar equiparable, a efectos de “heredabilidad”, una colección de libros o una biblioteca integrada por volúmenes en papel y otra de audiolibros o *ebooks* adquiridos a través de *Amazon*; o una colección de vinilos o de CDs y otra de música descargada a través de *iTunes*. La persona puede tener tan solo un derecho a usar dicho contenido de acuerdo con las condiciones “pactadas” con el suministrador del mismo –normalmente preestablecidas unilateralmente por el prestador de servicios y no negociados individualmente, lo cual podría dar pie a valorar si se cumplen los requisitos de incorporación al contrato y/o si pueden ser consideradas abusivas–³².

21. En cuanto a los contratos de servicios digitales, en principio, el heredero se colocará en la posición del fallecido, a menos que en el contrato se establezca lo contrario –en el sentido, por ejemplo, de que se haya configurarlo como personalísimo o intransferible, en cuyo caso no se transmitirá a los herederos–. En este sentido, los contratos de servicio pueden y suelen prever expresamente qué sucede con la cuenta tras el fallecimiento: ya sea estableciendo expresamente, por ejemplo, que se extingue (configurando el servicio como personalísimo e intransferible) y/o que la cuenta se desactiva después de un periodo determinado de inactividad; o bien dejando la cuestión a la decisión del propio usuario –expresada a través de una “online tool” que pone a su disposición el propio proveedor– o de sus herederos, que pueden optar, por ejemplo, entre la eliminación de la cuenta o que ésta continúe activa como memorial o cuenta conmemorativa. Con frecuencia las condiciones generales –o los términos del servicio (“terms of service agreements” [TOSA])– que el particular suscribió al contratar la cuenta, preestablecidas unilateralmente por el prestador de servicios y no negociadas individualmente, y que,

³¹ *Vid.* V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria...”, *op. loc. cit.*, 2017; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 408.

³² Al respecto, *vid.* V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2015; N. M. BANTA, “Death and privacy...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 965-966 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)]; J. RONDERÓS, “Is Access Enough?: Addressing Inheritability of Digital Assets Using the Three-Tier System Under the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act”, *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 18, 2016-2017, pp. 1032, 1033 y 1050-1056; A. BERLEE, “Digital inheritance in Netherlands” [ID: EuCML2017056], *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6 (2017), pp. 256-260; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 122; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 67-74.

además, suelen constituir un contenido dinámico del contrato –en el sentido que el prestador de servicios se reserva la posibilidad de modificarlos en el futuro– establecen que la misma se extingue con la muerte del titular. Pese a resultar razonable la no transmisión mortis causa en muchos supuestos, cabría plantear, sin embargo, si algunas cláusulas de este tipo pueden ser consideradas abusivas³³. En cualquier caso, en la práctica las contiendas suelen generarse no tanto por la pretensión de continuar utilizando una determinada cuenta de la persona fallecida –lo cual no procede–, sino más bien por el acceso a los contenidos albergados en la misma (imágenes, mensajes, etc.)³⁴.

IV. Las “voluntades digitales”: su posible contenido sucesorio y/o no sucesorio

22. La persona puede ordenar el destino de sus bienes digital en caso de muerte (nombrando “sucesor/es digital/es”), como puede ordenar el destino del resto de su patrimonio-herencia, analógico; y puede hacerlo en los negocios jurídicos mortis causa que ya conocemos (destacadamente, el testamento, así como, en su caso, el codicilo y la memoria testamentaria). Si el causante no ha previsto nada al respecto, el contenido digital de la herencia correrá la suerte del resto de la herencia.

23. Y, junto a disposiciones sucesorias, el causante puede prever también otras no sucesorias, a modo de instrucciones a determinadas personas (“albaceas digitales” –“albaceas particulares” [vid. arts. 894 CC y 429-12.1 CCCat]³⁵–, en tanto que ejecutores de la última voluntad del fallecido³⁶ para el entorno digital), a fin de que realicen determinadas actuaciones en relación al “rastreo digital” o a los “bienes digitales” que deja tras de sí. Ello cobrará especial relevancia en caso de cuentas o de contenidos almacenados plataformas online o redes sociales. A esta idea responde el concepto de “voluntades digitales en caso de muerte” del que parte la legislación catalana³⁷. En Derecho comparado estas designaciones e instrucciones a personas determinadas pueden constar en distintos instrumentos (vid., en este sentido, por ejemplo, la Sección 4 RUFADAA, así como, en cuanto al Derecho español, los arts. 96 LOPD y 411-10.4 CCCat³⁸). Si el causante no designa “albacea digital” (vid. 411-10.5 CCCat), o aunque lo haga (vid. art. 96 LOPD), habrá que estar a lo que resulte de la ley o, en su caso, de los términos pactados con el prestador de servicios.

24. Además, al margen del patrimonio digital, la persona también puede, a modo de disposición no sucesoria, designar la persona legitimada para proteger sus datos personales (art. 3.2 LOPD), o bien para ejercer las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen tras su fallecimiento³⁹.

³³ Vid., en relación a una cuenta de Facebook, la antes mencionada sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018. Vid., también, J. RONDEROS, “Is Access Enough?..”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 1032, 1033 y 1050-1056; A. BERLEE, “Digital inheritance...”, *op. loc. cit.*, 2017, pp. 256-260; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 67-74.

³⁴ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 387 y 410, nota 76.

³⁵ Vid. S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 77.

³⁶ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 420-421.

³⁷ Según el art. 411-10.1 CCCat: “Se entiende por voluntades digitales en caso de muerte 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”. De acuerdo con el art. 411-10.2 CCCat: “El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción.- b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas.- c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.”

³⁸ La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14.2.2019) no ha afectado al art. 411-10.4 CCCat, que continúa aludiendo al “documento de voluntades digitales” al margen del testamento, el codicilo y las memorias testamentarias. Si que han sido declarados inconstitucionales los arts. 411-10.3.b y 421.24.1 CCCat, si bien, basándose la declaración de inconstitucionalidad en la competencia exclusiva del Estado en relación a la ordenación de los Registros públicos, puede considerarse un exceso que haya afectado a la referencia al “documento de voluntades” que éstos contenían, y no sólo a su inscripción.

³⁹ Pese a la extinción de la personalidad, queda algo que proteger, ni que sea en el contexto de la *memoria defuncti* o la “memoria pretérita”. Los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen traspasan la muerte física de su titular. Vid. M. ALONSO

Esto último, según el Derecho español, debe hacerse en testamento (art. 4.1 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 [LOPDH]) y, a falta de designación, la defensa de la *memoria defuncti* corresponderá a determinados familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento –arts. 4.2 y 5.1 LOPDH–) y, en último término, al Ministerio Fiscal (art. 4.3 LOPDH). En cambio, la designación de la persona encargada de la protección de los datos personales y las instrucciones dadas a la misma no suele exigirse que consten en testamento (*vid.* el art. 85.I de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática –en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018–⁴⁰ y el art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto⁴¹, o –en sentido negativo– el art. 17.3 Ley portuguesa 58/2019⁴² y el art. 2-terdecies del Código italiano en materia de protección de datos personales⁴³, así como, también, en cuanto a la legislación española, el art. 3.2 LOPD).

V. La 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

25. Esta Ley –pionera en regular esta materia en el contexto plurilegislativo español– distingue según si la persona ha expresado o no sus “voluntades digitales en caso de muerte”, entendidas como 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 –albacea particular (art. 429-12.1 CCCat) o, en concreto, “digital” o para el entorno digital– actúe ante los prestadores de servicios digitales con

PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, Ponencia presentada en el *III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* [texto disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html> (fecha de la consulta: 3.8.2017)]; R. REY RUIZ, “La asimetría jurídica de los «derechos fundamentales» de los fallecidos: ¿una discriminación constitucional?” (texto disponible en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-asimetria-juridica-de-los-derechos-fundamentales-de-los-fallecidos-una-discriminacion-constitucional> [fecha de la consulta: 6.9.2017]); G. MINERO ALEJANDRE, *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. 31, 41 y 48-65.

⁴⁰ Art. 85.I Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en su redacción de 2018: “Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l’effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières. - Les directives générales concernent l’ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et peuvent être enregistrées auprès d’un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l’informatique et des libertés. - Les références des directives générales et le tiers de confiance auprès duquel elles sont enregistrées sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l’accès sont fixés par décret en Conseil d’Etat, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l’informatique et des libertés. - Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l’objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d’utilisation. - Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre. Le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel. - Lorsque les directives prévoient la communication de données qui comportent également des données à caractère personnel relatives à des tiers, cette communication s’effectue dans le respect de la présente loi. - La personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment. - Les directives mentionnées au premier alinéa du présent I peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés...”.

⁴¹ Art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto: “Os direitos previstos no RGPD relativos a dados pessoais de pessoas falecidas, abrangidos pelo número anterior, nomeadamente os direitos de acesso, retificação e apagamento, são exercidos por quem a pessoa falecida haja designado para o efeito ou, na sua falta, pelos respetivos herdeiros.”

⁴² Art. 17.3 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto: “Os titulares dos dados podem igualmente, nos termos legais aplicáveis, deixar determinada a impossibilidade de exercício dos direitos referidos no número anterior após a sua morte.”

⁴³ El art. 2-terdecies –párrafos 2, 3, 4 y 5– *Codice in materia di protezione dei dati personali*, conforme al Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, alude a la manifestación de una voluntad en sentido negativo, en la que el interesado haya prohibido expresamente –en una declaración escrita presentada al responsable del tratamiento o comunicada a éste– el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1 del mismo artículo. Esta voluntad deberá ser inequívoca y específica, libre e informada.

quienes el causante tenga cuentas activas (art. 411-10.1 CCCat)⁴⁴. Se están presuponiendo, por lo tanto, servicios contratados por el causante con prestadores de servicios digitales⁴⁵.

- A) Para el caso que el causante *haya manifestado sus “voluntades digitales en caso de muerte”*, la propia ley prevé, a título ejemplificativo, algunas de las facultades que pueden integrar. Según el art. 411-10.2 CCCat, “[E]l causante... puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones”⁴⁶: comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas; y/o solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, [sólo] *si procede*, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Así, con carácter general, aunque el causante haya manifestado sus “voluntades digitales”, la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios, admitiendo que puede no haber opción a la entrega de los archivos digitales; cuestión distinta es si, en su caso, tratándose de estipulaciones no negociadas individualmente, éstas pueden ser atacadas por abusivas. Al margen de ello, dentro de la posibilidad de “solicitar a los prestadores de servicios que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción”, cabría exigir el cumplimiento de aquello que el propio titular pueda haber ordenado a través de una “online tool”⁴⁷.

En cualquier caso, la opción de máximo respeto a las condiciones pactadas de la que hace gala el legislador catalán –especialmente en el art. 411-10.2.c CCCat–, supeditando la voluntad del causante a lo establecido en el contrato, contrasta con las soluciones adoptadas en otros ordenamientos. En este sentido, la Ley Modelo norteamericana de 2015 (RUFADAA) –Sección 4–, hace prevalecer la voluntad manifestada (ya sea a través de una “online tool”, o bien en testamento), por encima de las condiciones generales (TOSA). La RUFADAA establece, así, un sistema de tres niveles (“the Three-Tier System”)⁴⁸: prevalecen, por encima de todo, las instrucciones expresadas por el usuario a través de una “online tool”; subsidiariamente, si el interesado no ha proporcionado instrucciones a través de una “online tool”, rige la autorización para gestionar los “activos digitales” prevista en el testamento (o poder

⁴⁴ *Vid.*, también, art. 421-24.1 CCCat –declarado inconstitucional por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14.2.2019)–.

⁴⁵ Según la *Memòria d’avaluació de l’impacte de les mesures proposades a l’Avantprojecte de llei sobre les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya*, la regulación catalana no pretende imponer nuevas obligaciones a los prestadores de servicios, sino generar un marco de mayor seguridad jurídica para apoderar expresamente a personas distintas del titular de estas cuentas, servicios o contenidos digitales para el ejercicio de facultades inicialmente restringidas al titular.

⁴⁶ Al respecto, *vid.* A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 231; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-146. *Vid.*, también, el voto particular de la Magistrada Dra. E. ROCA TRÍAS a la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019.

⁴⁷ Del tipo, por ejemplo, del “contacto de legado” (“Legacy Contact”) de Facebook o del Administrador de cuentas inactivas de Google.

⁴⁸ *Vid.* E. SY, “The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 672-673; M. W. COSTELLO, “The «PEAC»...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 444; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 6-8; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; J. RONDEROS, “Is Access Enough?...”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 1057-1058; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age”, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Núm. 52, 2017, p. 61; N. CAHN, “The Digital Afterlife Is a Mess”, 2017, (http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2017/11/the_digital_afterlife_is_a_mess.html [fecha de la consulta: 10.12.2017]); J. G. GORDON, “Legal Access...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 8; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 996; ULC, “Comparison of the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (original UFADAA), the Privacy Expectations Afterlife and Choices Act (PEAC Act), and the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (Revised UFADAA)”, p. 3 (texto disponible en: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/Comparison%20of%20UFADAA%20PEAC%20and%20Revised%20UFADAA.pdf> [fecha de la consulta: 6.9.2017]).

o trust...); finalmente, en defecto de instrucciones –el peor pero más común de los escenarios–, rigen las condiciones generales –los TOSA– de la plataforma.

Por su parte, si bien desde la perspectiva esencialmente personal de la protección de datos, la legislación francesa prevé que las condiciones generales de la contratación contrarias a las instrucciones manifestadas por el interesado (a modo de “directives générales” o “directives particulières”) sean consideradas no escritas (art. 85.I, al final, de la Ley de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018)⁴⁹. Desde un punto de vista formal, la previsión original de que las “voluntades digitales” pudieran ordenarse, además de en los negocios jurídicos *mortis causa* que regula el Derecho catalán (testamento, codicilo y memoria testamentaria), *si la persona no había otorgado disposiciones de última voluntad* –es decir, subsidiariamente⁵⁰–, a través del “documento de voluntades digitales”⁵¹ –que debía inscribirse en el “Registro electrónico de voluntades digitales”– (vid. arts. 411-10.3 y 421-24.1 CCCat y Preámbulo II, §§ 6, 7 y 9, Ley 10/2017, de 27 de junio) se ha visto afectada por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019⁵². Esta sentencia, en base a la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros [e instrumentos] públicos (art. 149.1.8 CE), declara inconstitucional y nula, no sólo la referencia que hacían los preceptos impugnados a dicho Registro, sino también, con evidente exceso, la que hacían al “documento de voluntades digitales”⁵³. Sin embargo, continúa aludiendo al “documento de

⁴⁹ El art. 85.I, al final, Ley n° 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 Ordenanza de 12 de diciembre de 2018: “Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite”. Este precepto equivale a la redacción dada por la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*, al art. 40-1 de la Ley de 1978 relativa a la informática, actualmente derogado. En relación al mismo, vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 236. Vid., también, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 384-385.

⁵⁰ En las alegaciones del Parlamento de Cataluña sobre la suspensión de los preceptos recurridos de inconstitucionalidad se destacaba el carácter “subsidiario” del “documento de voluntades digitales” respecto de las disposiciones de última voluntad, “es decir sólo para el caso de que no se haya otorgado, ni testamento, ni codicilo ni memorias testamentarias”. Y se añadía: “En este sentido, es importante destacar que el interés del precepto es ofrecer una respuesta para proteger los derechos fundamentales de todas las personas, con especial atención al colectivo de los jóvenes por cuanto que estos no suelen otorgar testamento al no disponer de patrimonio que los obligue a ello, de modo que el precepto facilita que estos formalicen un documento de voluntades digitales, que quedaría por otro lado, sin efecto en el caso de que se otorguen disposiciones testamentarias” (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya [BOPC]* núm. 12, 8.2.2018, pp. 115-116). Según se indicaba en las alegaciones, todos los preceptos impugnados respondían a un único objetivo común: “la articulación de los mecanismos de protección jurídica para aquellas persona que *sin haber hecho testamento, codicilo o memorias testamentarias* [el destacado es mío] y para el caso de que mueran puedan disponer voluntariamente el destino de su huella digital designando mediante un documento de voluntades digitales aquella persona que se va a encargar de actuar frente a los proveedores de servicios digitales con quien el causante tuviere cuentas activas” (*BOPC* núm. 12, 8.2.2018, p. 115).

⁵¹ LLOPIS se muestra especialmente crítico con esta posibilidad. Según este autor: “No creo que sea necesario ni conveniente desarrollar un concepto paralelo [al documento público notarial], como ha hecho Cataluña con el documento de voluntades anticipadas, ni mucho menos crear una infraestructura registral para permitir la legitimación frente a terceros, pues ésta ya proviene del propio documento notarial” (J. C. LLOPIS, “La fiducia sucesoria en el ámbito digital (UFADAA)”, 25.1.2018 [texto disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/1427/73/la-fiducia-sucesoria-en-el-ambito-digital-ufadaa> –fecha de la consulta: 1.2.2018–]).

⁵² *BOE* núm. 39, de 14.2.2019.

⁵³ La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019, ha declarado inconstitucionales el art. 6 –en cuanto a la redacción dada al artículo 411-10.3.b CCCat (“Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales”)–, el art. 8 –en cuanto a la redacción dada al art. 421-24.1 CCCat, en el inciso “y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales”–, y los arts. 10 y 11 y la Disposición final 1ª –relativos al “Registro electrónico de voluntades digitales”– de la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio.

La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019, cuenta con un voto particular de la Magistrada Dra. E. ROCA TRÍAS. En el mismo manifiesta no estar de acuerdo con la sentencia respecto a la calificación como civil del registro electrónico de voluntades digitales y defiende, acertadamente, que debería haberse desestimado el recurso de inconstitucionalidad. El Preámbulo (II, § 7) de la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales aludía expresamente al carácter administrativo del Registro electrónico de voluntades digitales (“...documento de voluntades digitales que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales, un *nuevo instrumento registral de carácter administrativo* que se crea”). Antes de que se dictara la STC, SOLÉ RESINA se había manifestado a favor de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, vid. J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 435-439.

voluntades digitales” el art. 411-10.4 CCCat –que “se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad”–.

Por lo que respecta al testamento, el codicilo y las memorias testamentarias, lo que hoy se califica de “voluntades digitales” ya era un contenido posible de estos negocios jurídicos *mortis causa*, si bien la nueva regulación puede cumplir una función pedagógica, teniendo en cuenta el uso generalizado de entornos digitales. En este sentido, la Ley 10/2017, de 27 de junio, ha añadido un segundo párrafo al art. 421-2.2 CCCat, según el cual: “El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona”. El legislador catalán prevé también que la ejecución de las voluntades digitales del causante se configure como un modo impuesto al heredero o al legatario, o a sus sustitutos (art. 428-1.1, al final, CCCat).

El FD 4 de la STC 7/2019 advierte que “el recurso de inconstitucionalidad no discute que el legislador autonómico, en el marco de la competencia estatutariamente asumida en materia de derecho civil privativo de Cataluña (art. 129 EAC y STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), pueda regular la disposición de las voluntades digitales *mortis causa* mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho civil catalán (testamento, codicilo o memoria testamentaria), como efectivamente lo hace la Ley 10/2017”. Actualmente, además, y aunque con una redacción mejorable⁵⁴, según el art. 96.4 LOPD: “Lo establecido en este artículo en relación con las *personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio* se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”⁵⁵.

- B) Según la ley catalana, *si el causante no ha expresado sus voluntades digitales* (no ha designado específicamente un “albacea digital”), el heredero o el albacea universal –si lo hay–⁵⁶ puede ejecutar las actuaciones enumeradas en el art. 411-10.2 CCCat –a no ser, obviamente, que el causante lo hubiera prohibido expresamente⁵⁷– “de acuerdo con los contratos que el

⁵⁴ En este sentido, llama la atención que el precepto tenga en cuenta exclusivamente el lugar del fallecimiento a efectos de que pueda resultar aplicable un determinado derecho civil autonómico. Al respecto, *vid.* M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 124-125. *Vid.*, también, M. E. GINEBRA MOLINS, “Comentari a l’article 111-3 del Codi civil de Catalunya”, en *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, A. LAMARCA MARQUÈS y A. VAQUER ALOY (Eds.), Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2012, pp. 82-92.

⁵⁵ Este párrafo no existía en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal [PLOPD] (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados [BOCG. CD]*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017); se introdujo durante la tramitación parlamentaria. En este sentido, una enmienda (núm 33) del Grup Parlamentari Vasco (EAJ-PNV) propuso añadir al art. 3 el siguiente párrafo: “4. Lo establecido en este artículo en relación con los datos de personas fallecidas en las Comunidades Autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por éstas dentro de su ámbito de aplicación”. La justificación de la enmienda era “mejora técnica” (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018). Finalmente, sin embargo, este párrafo no se introdujo en el art. 3 y pasó, en términos muy similares, al art. 96.4 definitivamente aprobado: “Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”; así aparecía ya en el Informe de la Ponencia. *Vid. BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-3, 9.10.2018. *Vid.*, también, el Dictamen de la Comisión (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-4, 17.10.2018) y el Proyecto remitido al Senado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado [BOCG. S]*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-4, 17.10.2018).

El mismo Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) –enmienda núm. 65– había propuesto añadir un apartado 5 a la disposición final segunda del Proyecto en el sentido siguiente: “5. El artículo 3 y la disposición adicional séptima [precedente del art. 96 LOPD vigente] se dictan al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución que atribuyen al estado la competencia en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018).

⁵⁶ La redacción que proponía el Anteproyecto se refería, además de al heredero o al albacea universal, al administrador de la herencia (“Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las acciones previstas en las letras a), b) y c) del apartado 2 de este artículo...”). De hecho, el Preámbulo de la Ley 10/2017, de 27 de junio (II, § 6) aún se refiere a éste: “...se regula el régimen de las voluntades digitales en caso de muerte para prever que el testamento, el codicilo o las memorias testamentarias también puedan contener voluntades digitales y designar a la persona encargada de su ejecución. En caso de que no se haya designado a nadie, se establece que el heredero, el albacea o el administrador de la herencia puede ejecutar las voluntades digitales o bien encargar su ejecución a otra persona.”

⁵⁷ *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem...*, *op. loc. cit.*, 2018, p. 169.

causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor” (art. 411-10.5 CCCat). Al respecto, conviene destacar dos cuestiones: por una parte, que, existiendo heredero y albacea universal, no se establece prelación entre ellos; por otra, que, nuevamente, la ley catalana se muestra escrupulosamente respetuosa con los términos del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios online y, de nuevo, da prevalencia a las condiciones pactadas, e incluso a las políticas de los prestadores de servicios, por encima de las voluntades digitales expresadas por el causante. Ello comporta respetar –en principio, a no ser que pudieran considerarse abusivas– las cláusulas de intransmisibilidad.

26. En cualquier caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus “voluntades digitales”, la persona a quien corresponde ejecutarlas (“albacea digital”, heredero o albacea universal) *no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales*, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat). Hay que tener en cuenta que, en algún caso, puede resultar relevante para la gestión de la herencia el hecho de acceder a determinados contenidos; puede ser que de ellos dependa el ejercicio de ciertos derechos frente a terceros, o que se trate de contenidos que tengan, en sí mismos, valor patrimonial.

27. En cuanto a esta regla por defecto de no acceso al “contenido” de las cuentas y archivos digitales, salvo que el causante lo haya establecido o se obtenga autorización judicial, la regulación catalana se asemejaría, *mutatis mutandi*, a lo previsto en las Sección 8 de la RUFADAA, que, en defecto de consentimiento (y siempre que el usuario o un Tribunal no lo hubiera prohibido), únicamente permite acceder al “catálogo de comunicaciones”⁵⁸, y no al “contenido” de los mensajes; en cambio, la Sección 7 RUFADAA permite al proveedor de servicios online revelar “contenido de las comunicaciones electrónicas” del usuario fallecido⁵⁹ “si el usuario consintió a la revelación o el tribunal la ordena”.

28. Por su parte, el art. 84.II de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018 –como anteriormente el art. 40-1.III de la misma Ley de 1978, en la redacción según la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–, en defecto de instrucciones permite a los herederos facultades muy limitadas, sólo en la medida necesaria para administrar y gestionar la herencia o para procurar que los responsables de los datos tomen en cuenta el fallecimiento.

29. De hecho, por lo que respecta a la regulación catalana, aunque el causante haya autorizado el acceso al contenido, en la medida que los arts. 411-10.2 y 411-10.4 CCCat hacen prevalecer, existan o no “voluntades digitales” y persona designada, las condiciones pactadas, es posible que no se consiga acceder al mismo.

30. Por otra parte, 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 competencial⁶⁰, cabe plantear si un prestador de servicios podría escudarse en la protección de los datos

⁵⁸ Con pocos cambios respecto de la UFADAA [Sección 2 (4)], la Sección 2 (4) RUFADAA define “catálogo de comunicaciones electrónicas” como la información que identifica cada persona con la que el usuario ha tenido una comunicación electrónica, la hora y la fecha de la misma, y la dirección electrónica de aquella. Vid. S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?..”, *op. loc. cit.*, 2016; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 60.

⁵⁹ La Sección 2 (6) RUFADAA define qué debe entenderse por “content of an electronic communication” en los términos siguientes: “«Content of an electronic communication» means information concerning the substance or meaning of the communication which: (A) has been sent or received by a user; (B) is in electronic storage by a custodian providing an electronic-communication service to the public or is carried or maintained by a custodian providing a remote-computing service to the public; and (C) is not readily accessible to the public”. Esta definición coincide esencialmente con la utilizada en la UFADAA [Sección 2 (6)]. Vid. S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?..”, *op. loc. cit.*, 2016; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 60.

⁶⁰ Hay que tener en cuenta que Cataluña tiene escasas competencias en materia de protección de datos de carácter personal (li-

personales de terceros –al amparo de la LOPD– para negarse a llevar a cabo las medidas solicitadas por el “albacea digital”, el heredero o el albacea universal; o, incluso, si podrían incurrir en responsabilidad en caso de no hacerlo⁶¹. Y lo mismo cabría plantear desde la perspectiva de la protección de la intimidad/privacidad, especialmente de terceros.

31. Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las “voluntades digitales” corren a cargo del activo hereditario (art. 411-10.7 CCCat).

VI. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los “datos de las personas fallecidas” y el llamado “testamento digital”

32. 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. Además, en las cuentas digitales o en las redes sociales también pueden aparecer reflejados o comprometidos, sin que puedan deslindarse, datos de terceros⁶².

33. En cuanto a los datos referidos a las personas fallecidas, el art. 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tras afirmar que “[E]ste reglamento *no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*”, permitía que “personas vinculadas al fallecido” “por razones familiares o análogas”, se dirigieran a los responsables de los ficheros o tratamientos que contuvieran datos del fallecido con la finalidad de *notificar el óbito y solicitar* “cuando hubiere lugar a ello”, la *cancelación* de los datos.

34. Con posterioridad, la aprobación del RGPD ha llevado al legislador español a intentar adaptar su legislación a la nueva normativa comunitaria; ello ha culminado con la aprobación de la LOPD⁶³. Por lo que respecta a las personas fallecidas el considerando 27 del RGPD establece que “[E]l presente Reglamento *no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas*”. Sin embargo, el mismo considerando 27 añade: “[L]os *Estados miembros* son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

35. En este contexto, la LOPD, 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 LOPD), permite que “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos [del fallecido⁶⁴]” –a no ser que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así resulte de

mitadas 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 del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006. Además, el Estado español tiene competencia exclusiva en materia de régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21ª 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).

⁶¹ Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 235.

⁶² Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 235.

⁶³ 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] (BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-I, 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 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). Vid. Preámbulo (III, § 5) y art. 1 LOPD. Sobre el Proyecto, cuyo tenor, por lo que aquí interesa, era bastante distinto del texto definitivamente aprobado, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “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 ser traspuesto a través de una ley nacional. Vid. E. GIL GONZÁLEZ, “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 27.9.2017.

⁶⁴ Debe entenderse que alude a los herederos del fallecido, no de “las personas vinculadas al fallecido por razones fami-

la ley— o “las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente” puedan “solicitar el acceso” a los mismos, así como su “rectificación o supresión”, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido (art. 3 y Preámbulo V, § 3, LOPD).

36. Por otra parte, desde la perspectiva del acceso a los “contenidos” digitales *de*⁶⁵ las personas fallecidas gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, y en términos muy similares a los del art. 3 LOPD, el art. 96 LOPD alude al mal llamado “testamento digital”⁶⁶; expresión, esta última, con la que se quiera aludir a la posibilidad de prever el acceso *post mortem* a contenidos digitales gestionados por terceros.

37. Los términos de los art. 3 y 96 LOPD son prácticamente paralelos —con pocas diferencias—, el primero en relación a los datos personales de las personas fallecidas, y el segundo en cuanto a los “contenidos” digitales del fallecido/causante gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información⁶⁷. A continuación, tomaré como referencia especialmente el art. 96 LOPD, destacando paralelismos y diferencias respecto del art. 3 LOPD.

38. Según el art. 96 LOPD, las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”, así como “sus herederos”—del fallecido—⁶⁸ podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de “acceder” a dichos contenidos⁶⁹ e impartirles las instrucciones

liares 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. *Vid.* notas 68 y 77.

⁶⁵ Aunque, literalmente, el art. 96 LOPD utiliza la preposición “sobre” (“acceso a contenidos... *sobre* personas fallecidas”), parecería que debe tratarse de contenidos “de” personas fallecidas. La rúbrica de la DA 7ª PLOPD —que constituye el precedente del art. 96 LOPD— 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. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017, p. 40*).

⁶⁶ *Vid.* nota 28. Durante la tramitación del Proyecto (PLOPD) el Grupo Parlamentario Socialista (enmiendas núm. 312 y 317 [*vid.*, también, la justificación de la enmienda núm. 246]) propuso suprimir la Disposición adicional 7ª PLOPD (enmienda núm. 317) y añadir un artículo (el art. 92, según la numeración del Proyecto), rubricado ya, con poca fortuna, “Derecho al testamento digital” (enmienda núm. 312) en el nuevo título X dedicado a “Garantía de los Derechos digitales” (*vid.* enmienda núm. 298). El texto del art. 92 que proponía la enmienda núm. 312 era el siguiente (*vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018*): “Derecho al testamento digital.- El acceso a datos personales y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) *Las personas vinculadas a la persona fallecida por razones familiares o análogas* o cualquiera de sus herederos podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos datos y contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas anteriormente referidas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.- b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.- c) 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.- d) 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.- e) Las personas legitimadas en los apartados anteriores decidirán y comunicarán al responsable del servicio el mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes.- Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los citados 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.”

⁶⁷ En cuanto al Proyecto, la DA 7ª PLOPD —precedente del art. 96 LOPD— había sido tachada de reiterativa respecto de lo previsto en el art. 3 del mismo PLOPD —que constituye el precedente del art. 3 LPDP—. *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem...*, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 166-167. Se refería también a este carácter reiterativo la justificación de la enmienda núm. 173, firmada por C. CAMPUZANO (Diputado del *Partit Demòcrata Europeu Català*, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto). *Vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018*.

⁶⁸ Al igual que en relación al art. 3 LOPD (*vid.* nota 64), debe entenderse que el art. 96.1 LOPD alude a los herederos del fallecido, no de “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”.

⁶⁹ El Grupo Parlamentario Unidos Podemos / *En Comú Podem* / En Marea (GPPD) presentó una enmienda (núm. 30) en

que estimen oportunas sobre su “utilización, destino o supresión” (art. 96.1.a.I LOPD) –o al responsable o encargado del tratamiento de datos personales al objeto de solicitar el “acceso” a los mismos⁷⁰ y, en su caso, su “rectificación o supresión”⁷¹ (art. 3.1.I LOPD)–. “Como excepción”, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante –o a los datos del causante (art. 3.1.II LOPD)–, ni solicitar su modificación o eliminación –o la rectificación o supresión de los datos personales (art. 3.1.II LOPD)–, cuando la persona fallecida “lo hubiese prohibido expresamente” o así lo establezca una ley⁷²; dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto (art. 96.1.a LOPD) –o al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante (art. 3.1.II LOPD)–⁷³.

39. “También” podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el “acceso” a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones el “albacea testamentario” así como aquella “persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente” para ello (art. 96.1.b LOPD)⁷⁴. Por lo que respecta al acceso a los datos personales del fallecido, el art. 3.2 LOPD no se refiere al “albacea testamentario”, lo cual parecería dar a entender que éste no estaría legitimado si no ha sido expresamente designado para ello⁷⁵. En cualquier caso, nótese, que el hecho de haber designado expresamente personas o instituciones –conforme a los arts. 3.2 y 96.1.b LOPD– no excluye la legitimación que otorgan a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” y a los “herederos” los arts. 3.1 y 96.1.a LOPD.

40. 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”⁷⁶. Y extendía la legitimación –“también”– al “albacea testamentario” y a “la persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente” (art. 3.1 y 3 y DA 7ª.I.a y b PLOPD, en relación, respectivamente,

el Senado que pretendía añadir una excepción en relación a las comunicaciones electrónicas; así, el art. 96.1 hubiera quedado: “El acceso a contenidos, *exceptuando las comunicaciones electrónicas*, gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas”. Como motivación a esta enmienda indicaban: “El derecho a la protección de datos personales, así como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española que, a pesar de estar estrechamente ligados entre sí, se regulan como derechos independientes. Por lo anterior, es importante diferenciar entre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) y contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.). El respeto a la intimidad y secreto de las comunicaciones no solo es un derecho fundamental en sí mismo, sino que está en muchos casos relacionado con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos que no se extingue con el fallecimiento de la persona. Por este motivo, y puesto que toda comunicación exige para ser tal una, por lo menos, bilateralidad, se hace necesario proteger también la intimidad de terceros implicados en dichas comunicaciones, y con más motivo si los mismos se encontrasen vivos” (BOCG. S, XII Legislatura, Núm. 298, 14.11.2018). En la Comisión de Justicia, la Sra. CÁNOVAS ESSARD manifestó que: “Con la enmienda de adición número 30, al artículo 96.1, queremos establecer una excepción al acceso de los contenidos, en el sentido de que queden restringidas las comunicaciones electrónicas para proteger la intimidad de otra persona afectada con la comunicación del difunto, esté o no fallecida” (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, núm. 374, 15.11.2018, p. 4).

⁷⁰ Por lo que respecta a los datos personales, se ocupa del “derecho de acceso del afectado” el art. 13 LOPD, el cual, 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”. Al respecto, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 437-438.

⁷¹ Los derechos de rectificación y supresión se encuentran regulados, respectivamente, en los arts. 14 y 15 LOPD, los cuales, en cuanto al ejercicio de estos derechos, remiten, a su vez, a los arts. 17 y 18 RGPD.

⁷² 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. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018).

⁷³ Estos incisos finales no constaban ni en el art. 3 ni en la DA 7ª PLOPD. Si aparecían ya, en cambio, en los arts. 3.1.II y 96.1.a.II según el Informe de la Ponencia. *Vid.* BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-3, 9.10.2018.

⁷⁴ El art. 96.1.b LOPD coincide con la DA 7ª.I.b PLOPD.

⁷⁵ 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 LOPD en relación al acceso a los contenidos, pero no en el art. 3.2 LOPD en relación al acceso a los datos personales del fallecido.

⁷⁶ *Vid.* EM, IV, § 3, PLOPD.

a los datos personales y a los contenidos gestionados prestadores de servicios). Durante la tramitación parlamentaria, al añadir las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” –sin precisión alguna al respecto–, se ampliaron en exceso las categorías de personas legitimadas⁷⁷.

41. Por otra parte, y además, en caso de personas fallecidas menores de edad, según la LOPD, estas facultades podrán ejercerse *también* por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal (arts. 3.3.I y 96.1.c LOPD)⁷⁸; 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– (arts. 3.3.II y 96.1.d LOPD)⁷⁹.

42. De acuerdo con el art. 96.2 LOPD, todas las personas legitimadas según el art. 96.1 LOPD podrán decidir acerca del “mantenimiento o eliminación” de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. 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 LOPD).

⁷⁷ La referencia a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” se añadió durante la tramitación parlamentaria tanto en el art. 3 LOPD como en el art. 96.1.a LOPD; ni el art. 3 ni tampoco la DA 7ª.I.a PLOPD se referían a ellas (*vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017*). En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista propuso suprimir el art. 3 PLOPD (enmienda núm. 250) y añadir una nueva Disposición adicional 2ª bis (enmienda núm. 316), que incorporaba ya una referencia a “Las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas”; así, el texto propuesto era el siguiente: “1. Las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, o cualquiera de 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.- Como excepción, los herederos 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.- 2. El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión. 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.- 3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.- En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.”

El hecho de que, durante la tramitación parlamentaria, se añadiera, tanto en el texto definitivo del art. 3 LOPD, como en el del art. 96.1.a LOPD, 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 LOPD– por influencia o mimetismo con lo previsto en el art. 2.4 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (“personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas”); sin embargo, en este último precepto las facultades que se atribuyen son mucho más limitadas, únicamente dirigidas *notificar el óbito y solicitar*, “cuando hubiere lugar a ello”, la *cancelación* de los datos. El art. 3 LOPD 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 LOPD 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 de un alcance mucho más limitada (LBAP). 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://apdcatt.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”.

⁷⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, el art. 3.3.I y la DA 7ª.I.c PLOPD.

⁷⁹ *Vid.*, en sentido similar, el art. 3.3.II y la DA 7ª.I.d PLOPD.

43. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los “mandatos”⁸⁰ e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos (art. 3.2.II LOPD), que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica (art. 96.3 LOPD).

44. Por lo que respecta a los datos personales, el art. 74.g LOPDP (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”.

45. La LOPD parte, así, tanto en relación a los datos de las personas fallecidas, como a sus “contenidos” digitales, de la legitimación de “acceso” como regla, salvo prohibición expresa del fallecido o establecida en una ley. Parte, además, de una legitimación muy amplia en cuanto a facultades, y a favor de un gran número de personas, entre las que, además, no prevé prelación alguna, a diferencia de lo que establecen 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)⁸¹, catalana (art. 411-10 CCCat)⁸² y portuguesa (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto)⁸³, o incluso la legislación española sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4 LOPDH)⁸⁴. En este sentido, en caso de persona expresamente designada, parecería lógico excluir, por lo menos, a las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho* –a no ser que se considerara la posibilidad (por la que yo abogaré) de eliminar directamente la referencia a las mismas de los arts. 3 y 96 LOPD–. 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 mucho, convendría restringir a herederos y/o albaceas. 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 francesa⁸⁵.

46. 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 (poder acceder y, además, decidir sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos digitales o bien la rectificación o supresión de los datos personales), además de resultar excesivo, puede plantear problemas desde un punto de vista práctico. En este sentido desde la perspectiva del contenido digital integrado en la herencia, el hecho de que, por ejemplo, se reconozca

⁸⁰ Cfr., sin embargo, art. 1732.3º CC y art. 622-33.I.c CCCat, que consideran extinguido el mandato por fallecimiento del mandante. Esto mismo puede reprocharse al art. 3.2.II LOPD.

⁸¹ El art. 85.II Ley 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”

⁸² 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.

⁸³ Según el art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, los derechos sobre los datos personales de las personas fallecidas, son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para este fin o, en su defecto, por los herederos.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Vid. el art. 85.II Ley nº 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* nº 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 nº 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: 1º 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 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; 2º 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.”

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 LOPD), puede resultar conflictivo, pues puede dar lugar a decisiones contradictorias⁸⁶. Y ello también puede plantearse en relación a la legitimación para acceder, rectificar y suprimir datos personales de las personas fallecidas prevista en el art. 3 LOPD⁸⁷.

47. Además, puede entenderse fácilmente que la regulación prevista en el art. 96 LOPD, de acceso por defecto, vulnera las expectativas de privacidad del usuario medio de internet, que puede verse obligado a manifestar expresamente su voluntad en contra para evitarlo⁸⁸. Pero es que incluso pueden quedar en entredicho y al descubierto datos y contenidos relativos a terceros. Ciertamente, resultaría preferible partir, por lo menos, 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 sentido⁸⁹, tal y como establecen, en cuanto a los contenidos, el art. 411-10.5 CCCat o, respecto de los contenidos de las comunicaciones electrónicas, la Sección 7 RUFADAA.

48. Por otra parte, la LOPD no contiene ninguna regla que haga prevalecer la voluntad del causante por encima de las condiciones generales de los prestadores de servicios, en la línea de lo previsto en el art. 85.I, al final, de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática (en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018) o de lo que resulta de la Sección 4 RUFADAA⁹⁰. Teniendo en cuenta que, en este ámbito, el consentimiento contractual suele prestarse entre partes claramente desiguales, puede resultar aconsejable y útil prever una regla de este estilo.

49. En fin, por lo que respecta a los “datos personales” de las personas fallecidas, la LOPD, parece más una ley de desprotección de datos, que de protección; y lo mismo cabe afirmar en relación a los “contenidos digitales”.

⁸⁶ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 423; F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance...”, *op. loc. cit.* 2019, p. 1185; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 78; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 123.

⁸⁷ En relación al art. 3 LOPD, OTERO CRESPO destaca que la LOPD no prevé cómo resolver los potenciales conflictos en caso de concurrencia de varios legitimados (M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 114-115).

⁸⁸ SANTOS MORÓN lo había denunciado 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. M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438). Con el texto finalmente aprobado, esta crítica resulta aún más oportuna. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 387.

⁸⁹ Vid. M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 386. Tal y como indica OTERO CRESPO, “[E]n cierto modo se invierte la norma esperable, prevaleciendo el derecho de acceso por parte de familiares, personas vinculadas y herederos sobre el derecho a la protección de la intimidad o privacidad de la persona y aquellos con quienes se haya comunicado digitalmente” (M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 120).

⁹⁰ En relación al PLOPD, SANTOS MORÓN echa en falta una regla de este tipo (M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438).