

## CUESTIONES ACTUALES

# El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales

**NIEVES MORALEJO IMBERNÓN**  
Profesora Titular de Derecho civil  
(Acreditada C. U.)  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la novedosa regulación del testamento digital, entendido como el documento de últimas voluntades que nos permite dejar instrucciones sobre el destino de nuestros contenidos digitales en caso de fallecimiento. En Cataluña, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales, fue la primera que abordó esta cuestión en nuestro país, si bien con soluciones diferentes a la posterior LOPD no solo respecto de las personas que deben considerarse legitimadas para actuar frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para ejecutar las instrucciones del causante, sino también respecto de la forma de las propias instrucciones o las actuaciones que se pueden llevar a cabo en relación con los contenidos digitales del causante.*

### PALABRAS CLAVES

*Protección post mortem de los datos personales. Contenidos digitales. Testamento digital. Prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

## The digital will in the new Act 3/2018, of December 5, on the protection of personal data and guarantee of digital rights

### ABSTRACT

*The Act 3/2018, of 5 December, on the protection of personal data and guarantee of digital rights (LOPD) has introduced within the Spanish Legal system the new regulation on the digital testament, which should be understood as the document of last digital wills according to which we can leave certain instructions about what to do with our digital assets once we had died. In Catalonia, the Law 10/2017, of 27 of June, of digital wills, was the first one in Spain that dealt with this issue, although it came up with very different solutions regarding questions as those who can be considered entitled to address the Internet Service Providers in order to execute the instructions dictated by the deceased person, the type of document in which the instructions should be written on and the kind of actions that can be carried out.*

### KEYWORDS

*Personal data post mortem protection, Digital Assets, Digital Testament, Internet Service Providers (ISP).*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Antecedentes legales en nuestro ordenamiento jurídico.*—III. *La doble regulación de la nueva LOPD 2018.*—IV. *La protección post mortem de los datos personales de las personas fallecidas.*—V. *El denominado testamento digital: el artículo 96 LOPD:* 5.1 Los contenidos digitales: tipos. 5.2 Los legitimados para acceder a los contenidos digitales de la persona fallecida *ex artículo 96 LOPD.* 5.3 El derecho de acceso a los contenidos y el derecho a impartir instrucciones sobre utilización, destino y supresión. 5.4 El caso especial de los perfiles en redes sociales (art. 96.2 LOPD). 5.5 La cuestión formal: ¿existe el testamento digital como instrumento para la herencia digital?—VI. *Conclusiones.* Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el que versa este artículo constituye lo que los anglosajones denominan un *hot topic* o, como diríamos en castellano, un asunto de «rabiosa actualidad», por dos razones diferentes<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El tema de este artículo fue objeto de una ponencia presentada en mayo de 2019 en el *Seminario de profesores* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universi-

De un lado, porque la reciente Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), aborda por primera vez en nuestro país –al menos a nivel de legislación estatal– la cuestión del llamado «testamento digital». A él se dedica el artículo 96, incluido dentro del Título X, sobre la «Garantía de los derechos digitales», junto con otros como el conocido «derecho al olvido en búsquedas a Internet» (art. 93).

La segunda es porque este mismo año la prensa se ha hecho eco de un estudio llevado a cabo por el «Instituto de Internet» de la Universidad de Oxford (Reino Unido), que ha predicho que *Facebook* corre el riesgo de convertirse –en un futuro no muy lejano– en un auténtico «cementerio digital». Según los datos de este informe, de seguir creciendo al ritmo actual el número de usuarios de esta plataforma, los perfiles de personas fallecidas podrían llegar a alcanzar los 4.900 millones a finales del siglo XXI. Concretamente, se estima que, hacia el año 2070, habrían superado ya al número de usuarios vivos<sup>2</sup>.

¿Es a esto a lo que se refiere el concepto de «testamento o herencia digital»? No exactamente. La herencia o el testamento digital no se ciñe de modo exclusivo, aunque también los incluya, a los perfiles de usuarios en redes sociales, sino en general a los llamados «contenidos digitales», noción que abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en Internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (*ebooks*, archivos musicales o audiovisuales, fotografías), sus criptomonedas (*bitcoins*), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros.

El artículo 96 LOPD engloba todos estos elementos dentro de la genérica noción de «contenidos digitales», de la que ninguna definición se ofrece en el texto de este precepto.

La variedad de componentes que, según se ha comentado, podrían ser reconducibles a este concepto, explica la complejidad de la materia que se aborda, en la que se entremezclan «aspectos sucesorios» (derecho de los herederos a recibir los bienes del causante), «contractuales» (condiciones de uso de estas plataformas, intransmisibilidad de algunas de las relaciones jurídicas que el cau-

---

dad Rey Juan Carlos de Madrid, organizado por los profesores Rafael Sánchez Aristi y Álvaro Marco de la Hoz. Agradezco a los organizadores del seminario, así como el resto de profesores del Área de Derecho civil de esta Facultad, las acertadas observaciones que me hicieron durante el transcurso de mi intervención.

<sup>2</sup> <https://www.europapress.es/portaltic/socialmedia/noticia-facebook-corre-riesgo-convertirse-cementerio-digital-finales-siglo-20190501105123.html>

sante tuviera concertadas con terceros), de «protección de la propiedad intelectual» (respecto de aquellas creaciones intelectuales de la persona fallecida que estuvieran alojadas en archivos digitales en plataformas gestionadas por prestadores de servicios de la sociedad de la información), así como la «defensa de derechos fundamentales como la intimidad» (art. 18.1 CE) o el «secreto de las comunicaciones» (art. 18.3 CE)<sup>3</sup>.

## II. ANTECEDENTES LEGALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La regulación del testamento digital es novedosa dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ningún texto legal hasta ahora, al menos en lo que respecta al Derecho común, podíamos encontrar una referencia similar.

Sí existía un antecedente, si bien limitado a los «datos» de las personas fallecidas, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En su artículo 2.4 se indicaba que esta normativa «no» sería de aplicación a los datos referidos a las personas fallecidas, pero a continuación se precisaba que quienes se hallaren vinculados a ellas «por razones familiares o análogas» podían «dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo» y solicitarles «cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

La LO 15/1999, de 13 de diciembre, ha sido derogada expresamente –no así su Reglamento de desarrollo– por la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales, por la que se pretende depurar y adecuar nuestro ordenamiento nacional a la regulación introducida por el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Este Reglamento europeo [con «eficacia directa» en nuestro país, como sucede en general con esta clase de normas] excluye también expresamente de su ámbito de regulación la protección de

<sup>3</sup> En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 2.

los datos de las personas fallecidas. Así se afirma en su considerando 27, si bien a continuación se prevé como salvedad que «[l]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas a la protección de datos personales de estas».

Así lo ha hecho nuestro legislador en la nueva LOPD, que recoge dos preceptos en paralelo, cuya duplicidad ya ha sido objeto de crítica por parte de los primeros comentaristas de la nueva ley, que sostienen que introduce cierta confusión en lo que respecta al deslinde de su respectivo contenido<sup>4</sup>.

Me refiero a los artículos 3 y 96 LOPD, sobre la protección de datos personales de las personas fallecidas y el llamado «testamento digital», que paso a examinar en los epígrafes que siguen.

### III. LA DOBLE REGULACIÓN DE LA NUEVA LOPD 2018

La LOPD 2018 dedica, en efecto, dos artículos a la defensa o destino *post mortem* de los datos personales y de los contenidos digitales de las personas fallecidas, que contemplan idénticas previsiones en cuanto a la «legitimación» que se reconoce a ciertos sujetos para adoptar disposiciones respecto de aquellos, si bien con un ámbito material muy distinto.

Según la primera de estas normas, apartado primero, «[l]as personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión».

Este precepto constituye una excepción a la regla general contemplada en el artículo 2 del mismo texto legal, que excluye –en principio– de su ámbito de aplicación «los tratamientos de datos de personas fallecidas», para matizar a renglón seguido que esto será «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3».

Las personas legitimadas para solicitar el «acceso», la «rectificación» o la «supresión» de los datos del fallecido al responsable o encargado del tratamiento automatizado serán aquellas que tengan vinculación familiar o relación de hecho con él, así como sus herederos. No obstante, estos sujetos no podrán ejercer tales derechos cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo estableciera una disposición legal. Prohibición que, sin embargo, no podría impedir el acceso de los herederos a aquellos «datos de carácter patrimonial» del causante, que fueran necesarios

<sup>4</sup> CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 2.

para llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia (v. gr., IBAN o claves de acceso a las cuentas bancarias).

Junto a las anteriores, la norma prevé también el ejercicio de tales derechos por aquellas personas o instituciones a las que el fallecido hubiera designado expresamente para ello.

En último término, este artículo 3 dedica un tercer apartado al supuesto de fallecimiento de menores y personas con discapacidad, para las cuales la ley prevé un número aún mayor de legitimados para ejercer los derechos de acceso, rectificación o supresión, respecto de los datos del menor o de la persona con discapacidad que hubiera fallecido.

El artículo 96 LOPD se ocupa, por su parte, del denominado «testamento digital», al que se configura como un «derecho digital» de los ciudadanos, en virtud del cual determinados sujetos podrán acceder a los «contenidos» digitales de las personas fallecidas que estuvieran siendo «gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información».

El elenco de legitimados coincide básicamente con el que el artículo 3 contempla para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos personales del fallecido. No en vano, muchos de estos contenidos digitales serán también datos personales (v. gr., fotografías que tenga almacenadas en alguno de estos servidores gestionados por los prestadores, los datos que se hayan introducido en el formulario que las plataformas sociales obligan a cumplimentar antes de abrir un perfil, etcétera), aunque la primera noción es más amplia que la segunda, como veremos más adelante.

Los derechos que se les permite ejercer en este último caso (la solicitud de acceso y la impartición de instrucciones sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos) y, lo que es más importante aún, el objeto sobre el que recaen tales derechos (esos contenidos digitales) son diferentes. Ello hace preciso el deslinde entre ambas normas.

#### IV. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

La protección *post mortem* de los datos personales de las personas fallecidas está contemplada, como se ha señalado, en el artículo 3 LOPD.

La primera cuestión que llama la atención de esta nueva regulación es la amplitud de los derechos que se reconoce a los legitima-

dos para esta defensa, dado que se trata del mismo abanico de prerrogativas del que disponía en vida el propio titular de los datos.

Me refiero a los conocidos derechos *ARCO* o, lo que es lo mismo, el derecho de acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos personales que se hallen recogidos en los ficheros.

El Reglamento de 2007, en el que ya se contemplaba una mención a esta cuestión, solo preveía la posibilidad de solicitar la «cancelación» de los datos personales de los fallecidos, pero nunca el «acceso» a ellos. Ahora, en cambio, se permite tal acceso, salvo que el titular de los datos hubiera manifestado en vida su oposición o así lo establezca la ley.

Esta ampliación de los derechos que se reconocen a ciertos legitimados podría conducir a una vulneración de la intimidad de la persona fallecida. Evidentemente, no hablamos del mismo derecho de intimidad que tenía en vida, pues al tratarse de una facultad ligada a su personalidad se extingue lógicamente con su muerte, pero sí de la defensa o protección de la «intimidad pretérita» del difunto (art. 32 CC).

Esta defensa *post mortem* se reconoce expresamente –no solo en lo que se refiere a la intimidad, sino también a su honor o imagen– en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dentro de su artículo 4.

La cuestión que surge, sin embargo, es ¿constituyen nuestros datos personales una parte de nuestra intimidad?

Lo primero que tendríamos que aclarar, antes de dar una respuesta a esta cuestión, es la propia noción de «datos personales», que no podemos hallar en la vigente LOPD, pero sí encontramos en el artículo 3 de la derogada Ley 15/1999, en el que se califica como tales «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha concretado esta genérica definición para concluir que deben comprenderse dentro de ella el nombre, el número de teléfono [cuando se asocie al titular o a datos identificativos adicionales como puede ser la dirección y esta se almacene con el número]<sup>5</sup>, el número del documento nacional de identidad [ya sea

<sup>5</sup> AEPD Informe 285/2006, en relación con una consulta planteada en un caso de atención telefónica a los usuarios de taxi, en el que las llamadas telefónicas recibidas por la consultante quedaban almacenadas en una base de datos asociada (disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/>)

vinculado a otros datos personales o por sí solo]<sup>6</sup>, las fotos de una persona o incluso la dirección IP de su conexión a Internet<sup>7</sup>.

Como ha explicado el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, «... el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de datos personales sean o no íntimos cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado, porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza para el individuo» (FJ. 6)<sup>8</sup>.

Algunos de estos datos personales, más estrechamente vinculados con nuestra intimidad (ideología, salud, preferencias sexuales, creencias religiosas), forman parte indudablemente de esa esfera más íntima o reservada que todos poseemos, a la que no permitimos un acceso general. No obstante, más allá de este ámbito más sensible, el resto de nuestros datos personales conforman también el ámbito de nuestra privacidad. No en vano, el propio artículo 18.4 de nuestra Constitución, que –en este punto, fue muy avanzada para su tiempo– ya dispone que «[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En este sentido, la doctrina suele referirse a la protección a la «privacidad» del individuo como una noción distinta (y más amplia) a la de su «intimidad». Dentro de la primera encajarían los

<sup>6</sup> Como explica PIÑAR MAÑAS, 2010, pp. 204-205, en un primer momento la AEPD consideró que el número del DNI debía ir asociado a otro dato personal para entrar dentro de la órbita de la Ley (Resolución de 20 de abril de 2005, dictada en el procedimiento E/00561/2004). No obstante, posteriormente rectificó su posición en el Informe 0334/2008.

<sup>7</sup> AEPD Informe 005/2016, en el que se cita como antecedente el Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales, adoptado por el Grupo de autoridades de protección de datos creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, el 20 de junio de 2007 (*vid.* Informe 005/2016 en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2016-0005.pdf>)

<sup>8</sup> *BOE*, núm. 4, de 4 de enero de 2001.

datos personales no estrictamente relacionados con esos aspectos más sensibles o reservados de nuestra persona, que se incluirían – en cambio– dentro de nuestro derecho a la intimidad<sup>9</sup>.

Esta distinción entre los «datos personales en general» y los «datos personales íntimos» aparece también en el Reglamento (UE) 2016/679, que define como datos personales «toda información sobre una persona física, identificada o identificable (“el interesado”))» y, a continuación, señala que «se considerará persona física identificable toda persona física cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea, o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona» [art. 4.1)]. Junto a ello, el artículo 7 alude a aquellos «datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física». Este último precepto prohíbe su tratamiento, a menos que concurren ciertas condiciones, entre ellas, el consentimiento explícito del interesado.

Aclarado esto, la LOPD ha ido más lejos –como antes decíamos– que otros ordenamientos jurídicos a la hora reconocer prerrogativas sobre los datos personales de las personas fallecidas a ciertos sujetos legitimados.

Si, en efecto, la legitimación para ejercerlos descansara únicamente –como sucede en el Derecho comparado– en la «persona que el fallecido hubiera designado a tal efecto», no se plantearía ningún problema de colisión con el derecho a la intimidad pretérita de este individuo. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido consagrar una legitimación muy amplia que incluye a cualquier persona vinculada con el fallecido «por razones familiares o de hecho». Piénsese en lo inadecuado –y lesivo– que podría resultar que cualquier pariente de la persona fallecida pudiera solicitar a una red social o a una organización determinada el acceso a los datos personales que hubieran sido facilitados por aquella para abrir su perfil o acceder a la membresía de esa organización.

El Reglamento español de protección de datos de 2007 fue mucho más restrictivo en la regulación de esta cuestión: la legitimación era igual de amplia, pero el «acceso» a los datos personales

<sup>9</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital* 4474/2018, p. 1.

del fallecido no estaba permitido. Y, coherentemente, la AEPD declaró que las personas legitimadas y los herederos de la persona fallecida no podían ejercer con carácter general este derecho de acceso, salvo para conocer los datos patrimoniales necesarios para organizar la sucesión del fallecido (v. gr., a efectos de conocer el saldo de cuentas en el caso de banca *online*) o defender su honor e intimidad pretéritas.

En su Informe «Ejercicio del derecho de acceso por los herederos del afectado», la AEPD realiza las siguientes afirmaciones: «los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio en su nombre de una acción amparada por la Ley Orgánica 1/1982 o en cuanto dicho acceso se produzca en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso consagrado por el artículo 15 LOPD». Así, «sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código civil»<sup>10</sup>.

Respecto de la legitimación para el ejercicio de derechos sobre los datos personales de los fallecidos, el artículo 2.4 del Reglamento de Protección de Datos de 2007 mencionaba a «las personas vinculadas al fallecido “por razones familiares o análogas”». Esta amplia legitimación se hallaba justificada –creemos– por la «ratio» que perseguía el derecho de cancelación que, a renglón seguido, se les reconocía. A saber, velar por la «exactitud» de los datos recogidos en los ficheros automatizados, lo que corrobora el hecho de que el legitimado debía aportar justificación del óbito del titular de los datos, esto es, el correspondiente certificado de defunción<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> *Memoria de la AEPD* (año 2002), pp. 313-314. Disponible en <https://www.aepd.es/media/memorias/memoria-AEPD-2002.pdf>

<sup>11</sup> Así lo apunta también SERRANO PÉREZ, 2010, pp. 1228-1229, que señala –en relación con el artículo 2.4 del Reglamento de 2007– que «[n]o se trata del ejercicio de los derechos de una persona por parte de un tercero, sino más bien de la adecuación de los datos a la situación del afectado, que han de reflejar de forma veraz y exacta». En definitiva, se trata de una consecuencia de «la aplicación de los principios de calidad de los datos, que se lleva a cabo con la supresión de los mismos, si esto fuera posible y no lo impidieran

En el marco del nuevo artículo 3 LOPD, el enfoque ha variado sustancialmente. Los legitimados pueden también «acceder» –como se ha dicho– a los datos personales del fallecido. Así pues, no se trata ya solo de velar por el principio de exactitud de los ficheros en los que consten, sino también de permitir a determinados sujetos (los que la ley presume más cercanos al fallecido) el acceso a esta información.

Si esto es así, cabe realizar dos observaciones. La primera es una crítica referida a la amplitud de la legitimación contemplada en este precepto de la LOPD, cuando lo que la norma prevé a continuación es que esos sujetos puedan acceder a los datos del difunto. La segunda tiene que ver con la circunstancia de que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra legislación no ha primado la voluntad de la persona fallecida, sino que se ha limitado a establecer que esta pueda negar el acceso a sus datos enervando la presunción de legitimación contemplada en este artículo 3.

Al igual que el artículo 2.4 del Reglamento de 2007, los derechos que se reconocen en la nueva ley se ponen en mano de las personas vinculadas al fallecido «por razones familiares o de hecho», así como de sus «herederos».

Obsérvese que, del mismo modo que su precedente, el actual artículo 3 LOPD sigue sin concretar el grado de parentesco que permitiría ejercer estos derechos y, además, se modifica la alusión a las «razones análogas» por una mención a las relaciones «de hecho» con la persona fallecida, que en el fondo creo que es lo mismo –a saber, la pareja de hecho–.

Si en el marco del artículo 2.4 del Reglamento de 2007, esta cuestión no revestía ninguna importancia (pues, llegado el caso, los legitimados solo podían solicitar la cancelación de los datos presentando el certificado de defunción), en cambio, en el nuevo artículo 3 LOPD (con la garantía del acceso que en él se prevé) esta amplia legitimación no estaría justificada desde el punto de vista de la protección del derecho a la intimidad o privacidad pretéritas del fallecido. En este punto, la solución adoptada en el Proyecto de LOPD era más adecuada, pues la legitimación reposaba exclusivamente en los herederos del titular de los datos<sup>12</sup>.

Respecto de la segunda observación, la nueva LOPD parte –en efecto– de una suerte de presunción de consentimiento del fallecido para que estas personas puedan acceder a sus datos. Sólo «si el causante se hubiera opuesto en vida» [entiendo que comunicándo-

---

otras circunstancias contempladas en la norma». En el mismo sentido, GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 4.

<sup>12</sup> Sobre este proyecto, *vid.* SOLÉ RESINA, *ADC*, 2018, pp. 426-427.

lo al correspondiente responsable del tratamiento] o, en los casos en los que la «ley lo prohibiera expresamente», podría denegárseles el acceso<sup>13</sup>. La regla, se apunta con razón, debería ser justo la inversa: solo las personas designadas por el causante o, en su caso, sus herederos a los efectos de realizar las operaciones de determinación de la masa partible, deberían estar legitimados.

Así lo ha dispuesto, por ejemplo, el legislador francés en la también reciente Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, que modifica en este punto la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, archivos y libertades, donde ha preferido reconocer prioridad a la voluntad del causante, que puede designar a la persona que él quiera para ejecutar sus instrucciones sobre la «conservación, cancelación y comunicación» de sus datos personales, una vez que haya fallecido. A falta de designación, serán exclusivamente los «herederos» quienes podrán solicitar la ejecución de esas directrices. En defecto de instrucciones, esos mismos herederos estarán legitimados para ejercitar tales derechos, pero solo «en la medida necesaria para la organización y regulación de la sucesión del difunto»<sup>14</sup>.

La solución acogida por nuestra LOPD 2018 (amplitud de personas legitimadas, presunción de consentimiento del causante al acceso por estas a sus datos personales) podría explicarse –como apunta Cámara Lapuente– por el paralelismo que el legislador ha querido trazar con otros textos legislativos como la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La primera de estas normas reconoce la legitimación para la defensa del honor, imagen e intimidad pretéritas del causante a la «persona designada por este en testamento» y, «en su defecto o habiendo fallecido esta», al «cónyuge», «ascendientes», «descendientes» o «hermanos del fallecido», que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4).

La LO 2/1984, que regula el derecho que tienen las personas físicas o jurídicas a rectificar el contenido de una información

<sup>13</sup> Un ejemplo de esta clase de prohibición cabe extraer 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, cuyo artículo 18.4 impide el acceso a la información de las personas fallecidas «cuando afecte a su intimidad».

<sup>14</sup> Artículo 63 Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, que introduce nuevo artículo 40-1 en la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978.

inexacta difundida en un medio de comunicación que les perjudique, reconoce –por su parte– la legitimación para su ejercicio al perjudicado aludido o a sus representantes y, si hubiera fallecido, «a sus herederos y representantes de estos» (art. 2).

En último término, la Ley 41/2002 prevé en su artículo 18.4 lo siguiente: «Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo 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».

De la lectura de estos preceptos resulta que la ley contempla una legitimación amplia que evita circunscribir –salvo en el segundo caso– a los «herederos» de la persona fallecida, en el bien entendido de que las cuestiones involucradas en el ejercicio *post mortem* de estos derechos quedan al margen de la transmisión hereditaria.

En los dos primeros casos, el reconocimiento de esta legitimación está relacionado con la defensa *post mortem* de la intimidad, la propia imagen y el honor del fallecido frente a las lesiones de sus derechos de la personalidad (personalidad pretérita, eso sí). Esto es, la defensa de la *memoria defuncti*. En cambio, en el tercer supuesto se trataría de permitir el acceso a los datos de la historia clínica de la persona fallecida a sus familiares, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acreditara [esta regulación prevalecía frente a la regla general de la antigua LOPD, que prohibía el acceso a los datos personales de la persona fallecida, salvo en el caso de sus herederos y a efectos de poder llevar a cabo la apertura de la sucesión y las consiguientes operaciones particionales o de la defensa a su honor, intimidad o propia imagen, como antes se explicó].

Nada que ver, por tanto, con la cuestión regulada en el artículo 3 LOPD que, aunque tampoco está relacionada con el Derecho sucesorio, podría conducir –paradójicamente– a que las personas que tuvieran un parentesco lejano con el fallecido pudieran acceder a sus datos personales, siendo precisamente ellas quienes infligieran una lesión a su derecho a la intimidad pretérita<sup>15</sup>.

Por esta razón, parece preferible la solución por la que se ha decantado el legislador francés de hacer primar la voluntad del causante a la hora de designar a la persona que puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación o cancelación de sus datos personales una vez fallecido y, solo en defecto de designación, señalar a los

<sup>15</sup> Vid. en este sentido CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 3.

herederos como segundo grupo de depositarios de esta confianza y a los solos efectos de obtener la información necesaria para la partición de la herencia del causante o defender su personalidad pretérita.

## V. EL DENOMINADO TESTAMENTO DIGITAL: EL ARTÍCULO 96 LOPD

El artículo 96 LOPD lleva por título el «Derecho al testamento digital» y se incluye en el texto de la nueva LOPD, dentro del Título X sobre «Garantías de los derechos digitales».

Antes de realizar cualquier otra consideración sobre los términos del nuevo precepto, cabe apuntar lo erróneo de esta denominación y ello desde varios puntos de vista.

En primer lugar, porque la noción de «testamento» designa un acto de disposición de los bienes de una persona para después de su muerte (art. 667 CC) y nuestro Código civil exige que este sea otorgado con unas determinadas formalidades (arts. 676 y ss CC), entre las que no se encuentra la posibilidad de realizar un testamento por vía digital u *online* [aunque haya empresas que lo oferten, como veremos en otro momento].

En segundo lugar, porque los «contenidos» digitales a los que se refiere la norma del artículo 96 LOPD no siempre constituyen bienes «transmisibles» que puedan ser objeto de una sucesión *mortis causa*, lo que alejaría esta regulación del ámbito del Derecho hereditario [que solo abarca aquellos bienes y derechos que lo sean].

Por último, porque el precepto no solo se refiere a las instrucciones que el causante haya podido dar en relación con el destino de sus contenidos digitales [*vid.* art. 96.1.b)], que sería lo que constituiría propiamente un «testamento digital» (o documento de últimas voluntades digitales), sino que señala también el elenco de legitimados que podrían dirigirse como «interlocutores» (no herederos) —en defecto de tales instrucciones— a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para comunicarles lo que hay que hacer con los contenidos digitales del causante.

Hechas estas salvedades, paso a examinar lo dispuesto en este precepto.

### 5.1 LOS CONTENIDOS DIGITALES: TIPOS

Si en el ámbito del artículo 3 LOPD se abordaba la cuestión de quién podía considerarse legitimado para acceder, rectificar y can-

celar los «datos personales» relativos a las personas fallecidas (los llamados derechos *ARCO*), el artículo 96 LOPD se refiere a los llamados «contenidos digitales» de esas mismas personas, que se hallen bajo el poder y gestión de un «prestador de servicios de la sociedad de la información».

Esta última aclaración nos sirve como arranque o punto de partida, ya que los contenidos digitales a los que se refiere la norma no son aquellos que el fallecido conservara en soporte físico como el disco duro de su ordenador o en un *pen drive*. Si así fuera, serían las reglas de la sucesión ordinaria las que determinarían la titularidad de esos archivos, que debería recaer en principio sobre la persona que hubiera recibido en la sucesión la propiedad de ese medio tangible (a saber, el heredero o el legatario)<sup>16</sup>.

Así pues, la norma alude exclusivamente a aquellos contenidos digitales que estén siendo gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información y, como resulta de su primer apartado, se trata de determinar quién tiene acceso a ellos y qué clase de destino les podría dar.

Pero, ¿qué son los «contenidos» digitales?

La primera aproximación que cabe hacer, simplemente por comparación con lo dispuesto en el artículo 3 LOPD, es que se trata de algo distinto o de algo más que los datos personales del fallecido.

En efecto, se ha considerado que integrarían este concepto (la Ley francesa los denomina «bienes digitales», aunque su regulación esté centrada básicamente en los datos personales del causante) cosas tan dispares como:

- Perfiles en redes sociales o profesionales como *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn* o *Instagram*.
- Cuentas de correo electrónico como *Gmail* o *Yahoo*.
- Archivos de audio o vídeo alojados en servicios de alojamiento en la nube (como *Dropbox*).
- Relaciones con proveedores de servicios en línea de archivos de música o audio con los que el fallecido tuviera relación contractual, como es el caso de *Spotify* o *Netflix*.
- Operaciones de comercio electrónico cuando el objeto de esa transacción estuviera pendiente de entrega (v. gr., un pedido en *Amazon*).
- Cuentas corrientes en banca *online*.
- Saldos de criptomonedas.
- Servicios de pagos en línea como *PayPal*.

<sup>16</sup> En este sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 10 de julio de 2014, p. 3.

La variedad de situaciones que pueden hallarse incluidas dentro del ámbito de este precepto pone de relieve la complejidad de la materia a tratar, pues –como ya se avanzó– en ella pueden estar involucradas cuestiones de diversa naturaleza (v. gr. sucesorias y contractuales).

Un ejemplo de cómo se interrelacionan muchos estos elementos lo facilita la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018, que enfrentó a unos padres con la red social *Facebook*. Su hija de 15 años había fallecido en un accidente ocurrido en el metro de Berlín y los padres albergaban ciertas dudas sobre las circunstancias del accidente, temiendo que pudiera haber sido –en realidad– un suicidio. Por esta razón, solicitaron a *Facebook* el acceso al perfil social de su hija, a lo que la plataforma se negó alegando –entre otros argumentos– el carácter reservado de las comunicaciones. El tribunal de primera instancia dio la razón a los padres, al considerar que la relación contractual con *Facebook* se había transmitido a los herederos de la fallecida. En cambio, el tribunal de apelación dio lugar al recurso con base en la necesidad de preservar el secreto de las comunicaciones. En último término, el Tribunal Supremo alemán consideró –como había hecho el tribunal de primera instancia– que estábamos ante una cuestión de Derecho hereditario y que la posición contractual de la hija –que, además, era menor de edad– se había transmitido *mortis causa* a los padres. Por esta razón, declaró la nulidad de la condición general contenida en el contrato de adhesión redactado por *Facebook* [que imponía la intransmisibilidad de la relación jurídica] con base en el argumento de que no superaba el llamado «control de contenido»<sup>17</sup>.

Qué duda cabe que, en un caso en el que se estuvieran investigando las especiales circunstancias de la muerte de una persona, cabría acceder a su perfil en las redes sociales previa orden judicial. Esto ha sucedido recientemente cuando, tras la desaparición de una estudiante española que disfrutaba de una Beca-*Erasmus* en París, sus amigas declararon a la gendarmería francesa que la chica llevaba varios meses colocando en su «muro» de *Facebook* mensajes en los que afirmaba que no estaba a gusto en la ciudad porque se sentía perseguida<sup>18</sup>.

## 5.2 LOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LOS DERECHOS SOBRE LOS CONTENIDOS DIGITALES DE LA PERSONA FALLECIDA EX ARTÍCULO 96 LOPD

Al igual que el artículo 3 LOPD sobre la protección de los «datos personales» de las personas fallecidas, el artículo 96

<sup>17</sup> Vid. [https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-facebook-justicia-alemana-falla-favor-acceso-unos-padres-facebook-hija-muerta-201807121710\\_noticia.html](https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-facebook-justicia-alemana-falla-favor-acceso-unos-padres-facebook-hija-muerta-201807121710_noticia.html)

<sup>18</sup> Vid. [https://www.elconfidencial.com/espana/2019-05-08/mensaje-erasmus-desaparecida-paris-facebook\\_1987282/](https://www.elconfidencial.com/espana/2019-05-08/mensaje-erasmus-desaparecida-paris-facebook_1987282/)

LOPD contempla una amplia legitimación para el acceso a los «contenidos digitales» de dichas personas que estuvieran siendo gestionados por algún prestador de servicios de la sociedad de la información.

Esta legitimación recae sobre quienes se hallaren vinculados al fallecido por «razones familiares» o «de hecho», así como sobre sus «herederos».

Si en el marco del artículo 3 LOPD, que se limitaba a reconocer el derecho de acceso a los datos personales, ya resultaba chocante el abanico tan amplio de legitimados, todavía lo es más dentro de una norma en la que tales personas podrían acceder en general a los «contenidos digitales» del fallecido, lo que incluye –como sabemos– no solo sus datos personales, sino también sus cuentas de correo electrónico o las comunicaciones que aquel hubiera mantenido con terceros a través de su cuenta de *Facebook*.

Nuestra ley ha invertido la regla general que acogen otros textos legislativos, según la cual lo primero es la voluntad del causante (que podrá designar a una persona *ad hoc* para que se dirija a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información) y, solo en defecto de esta, podrán actuar los sujetos legitimados por la ley [herederos, normalmente].

Esta es la solución por la que se decanta el legislador catalán en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. En su artículo 6, que introduce un nuevo artículo 411-10 en el Código civil de Cataluña, se prevé que el causante pueda expresar sus voluntades digitales antes de fallecer y designar a una persona para ejecutarlas, que actuará ante los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de que no hubiera realizado tal designación, corresponderá al «heredero» o «albacea universal» la ejecución de tales voluntades. Y, si estas no se hubieran otorgado, serán también los herederos o el albacea universal quienes podrán adoptar ciertas disposiciones en relación con las cuentas activas del causante en los términos que prevé el propio precepto (cfr. apartado 5)<sup>19</sup>.

En contraste con esta regulación, el artículo 96.1.a) LOPD contempla una «presunción de consentimiento» de la persona fallecida para que sus parientes o pareja de hecho [en la interpretación que he ofrecido anteriormente de la expresión «relaciones de hecho»] accedan a sus «contenidos digitales», cuando señala que «[c]omo excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos

<sup>19</sup> Vid. *Infra*, epígrafe siguiente, más en detalle las soluciones adoptadas por el legislador catalán en este caso.

del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente o así lo establezca la ley». Esto es, solo cuando el causante se hubiera opuesto en vida sería posible privarles de esa legitimación. El precepto concluye también indicando –como hacía el artículo 3 LOPD– que incluso «[d]icha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto».

Obsérvese que el artículo 96 LOPD no precisa que estas personas sean quienes estén llamados a suceder al causante y, por tanto, a recibir por la vía de una transmisión *mortis causa* los contenidos digitales de este.

Esta última advertencia es importante, ya que si bien en el marco del artículo 3 LOPD tratábamos el tema del destino que había de darse a los datos de las personas fallecidas, que son «activos» –por así decirlo– «intransmisibles», los contenidos digitales a los que se refiere el artículo 96 LOPD pueden serlo o no. Aquellos que verdaderamente lo sean (*v. gr.* archivos alojados en una nube, generados por la persona fallecida o descargados de algún servicio) deberán integrarse en el caudal relicto. Y, si esto es así, ¿tiene sentido que las personas vinculadas al fallecido por razones «familiares» o «de hecho» puedan impartir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información las «instrucciones que estimen oportunas» sobre su «supresión»?<sup>20</sup>

Dentro del artículo 3 LOPD esta última previsión tenía más sentido [no así el «acceso», como ya expliqué], pues se trataba únicamente de permitir a los allegados del fallecido «cancelar» los datos que –sobre él– figurasen en un fichero automatizado, previa acreditación del hecho de su defunción («principio de actualización de los ficheros»). Pero, si de esta «esfera personal» referida a los datos, pasamos a la «patrimonial» de los archivos/contenidos digitales transmisibles que poseen valor económico, ¿cabría defender esta misma solución? Nótese que solo si la persona fallecida hubiera tenido la precaución de prohibirlo expresamente o la ley así lo previera podría impedírseles el acceso a los contenidos y negárseles asimismo legitimación para impartir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información instrucciones sobre su utilización, destino o supresión.

Todo ello, además, con la indudable dificultad añadida de que el grado de parentesco no se concreta y de que tales legitimados

---

<sup>20</sup> Desde luego, que si un legitimado por ley dictara a un prestador de servicios de la sociedad de la información la instrucción de suprimir o cancelar un archivo que podría haber integrado el caudal relicto del causante responderá frente a los herederos. No obstante, se debe insistir en la falta de precisión con la que ha operado la LOPD al regular estas cuestiones.

parecen estarlo al mismo nivel, sin que nuestro legislador haya considerado necesario establecer una jerarquización entre todos ellos. En definitiva, que el que primero que se comunique con el prestador y le imparta instrucciones relativas a los contenidos digitales del causante, será considerado «interlocutor legítimo» a los efectos del artículo 96 LOPD incluso aunque no se tratara del pariente vivo más próximo al fallecido.

Respecto de la norma contenida en el artículo 3 LOPD, el precepto que nos ocupa contempla además una segunda regla de legitimación que no cabe hallar en el anterior y que confirma que las cuestiones que se abordan aquí son diferentes [art. 96.1.b) LOPD]. Me refiero a la mención al «albacea» testamentario entre los sujetos que «también» pueden dar cumplimiento a las instrucciones del causante sobre la utilización, destino o supresión de sus contenidos digitales, si este las hubiera formulado en vida<sup>21</sup>.

Con la referencia al «albacea» entramos ya de lleno en el ámbito sucesorio, pues se trata de la persona designada por el testador para la ejecución de sus últimas voluntades (cfr. art. 892 CC), que –por lo que se deduce de esta norma– pueden ser también sus últimas «voluntades digitales». Junto al albacea testamentario, este mismo apartado del artículo 96 LOPD permite alternativamente al testador encomendar la ejecución de sus voluntades [ahora exclusivamente «digitales»] a «aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello» que «también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones».

Si el causante se hubiera limitado a designar en testamento un albacea, este estará legitimado para ejecutar sus instrucciones también en relación con su «herencia digital». No obstante, es posible que se haya decantado por nombrar a la vez o exclusivamente un ejecutor de sus últimas voluntades digitales (el llamado «albacea digital» o «albacea 2.0»), que en principio ya no precisaría ser nombrado en testamento, según parece deducirse de la norma en examen<sup>22</sup>.

Se apunta que el recurso a una u otra figura va a depender, sobre todo, de la edad de la persona que otorgue esas voluntades digitales. Una persona joven evitará hacer testamento, pero puede considerar muy atractivo dictar unas instrucciones sobre el destino

<sup>21</sup> Como advierte GARCÍA HERRERA, *La Ley Digital 14697/2018*, p. 3, del tenor literal del precepto se infiere que, incluso mediando dicha designación, el resto de legitimados podrán seguir actuando. Sólo si el testador quisiera privarles de estas facultades, debería incluir en testamento una prohibición expresa.

<sup>22</sup> Critica esta expresión, que considera incorrecta al no poder existir albacea sin testamento, DE ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, 2016, p. 33.

de sus bienes digitales para el caso de su muerte, nombrando a una persona o institución para que las ejecute<sup>23</sup>.

En relación con la forma de designación de este ejecutor digital, la LOPD se limita a señalar que habrá de ser expresa y que deberá hacerse constar la finalidad del nombramiento (persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente «para ello»). Habrá que esperar, pues, a la aprobación del Real Decreto al que se refiere el artículo 96.3 LOPD para conocer con qué formalidades y condiciones deberá procederse a esta designación.

Además de los dos grupos de legitimados anteriores, la norma –como también hacía el artículo 3– se refiere a los supuestos especiales de las personas fallecidas que fueran menores de edad o que tuvieran una discapacidad.

Respecto de los menores [supuesto contemplado en el literal c) del apartado 1], el artículo 96.2.c) LOPD señala que estas facultades podrán ejercitarse «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.

De conformidad con este apartado, por tanto, en el caso de los menores la legitimación de los representantes legales se añade a la que poseen las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, lo cual resulta bastante difícil de entender y más aún de articular, pues en ningún momento se establece una jerarquización entre todos ellos.

Lo mismo sucede en el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, en relación con las cuales el artículo 96.2.d) LOPD dispone que estas facultades podrán ejercerse «también» «por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado».

### 5.3 EL DERECHO DE ACCESO A LOS CONTENIDOS Y EL DERECHO A IMPARTIR INSTRUCCIONES SOBRE UTILIZACIÓN, DESTINO Y SUPRESIÓN

El presente epígrafe se centra en el tipo de usos o disposiciones que pueden darse a los contenidos digitales que la persona fallecida

<sup>23</sup> En una entrevista, el cofundador de una de estas *start-ups* que empiezan a ofertar servicios de gestión del patrimonio digital, apuntaba que sus clientes eran básicamente mujeres españolas de entre 35 a 45 años, así como el mercado latinoamericano. En este último caso, la demanda provenía –a su modo de ver– de la falta de tabúes en Latinoamérica respecto del tema de la muerte (*vid.* <https://www.youtube.com/watch?v=XrbSPDFug6k>).

deja tras de sí, a efectos de poder ofrecerle lo que la doctrina francesa denomina una «muerte digital»<sup>24</sup>.

El apartado 1 del artículo 96 LOPD emplea, en este sentido, una técnica de redacción algo confusa, pues el criterio que debería haberse empleado para estructurar el régimen jurídico de la «herencia digital» tendría que haber sido, como en la Ley 10/2017 del Parlamento de Cataluña, de las voluntades digitales, el de la «existencia o no» de instrucciones de la persona fallecida acerca de la utilización de sus contenidos digitales tras su muerte.

Con todo, en la letra a) se parte –parece– de la premisa de que la persona fallecida «no ha dejado tales instrucciones», pues se permite a quienes tengan un vínculo de parentesco o de hecho con él dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para solicitarles el «acceso» a los contenidos e impartirles las «instrucciones» que estimen oportunas [ellos] sobre su «utilización», «destino» o «supresión». Sólo si el causante lo hubiera prohibido expresamente cabría denegarles el acceso, así como la legitimación para dictar instrucciones al prestador de servicios.

En otro apartado me he referido a lo impropio de esta amplia legitimación y ahora corresponde hacer hincapié en lo inadecuados que resultan también los derechos que se reconocen a estas personas, en defecto de instrucciones del causante.

En primer lugar, estos legitimados tienen el derecho a «acceder» a los contenidos digitales. Un acceso «sin restricciones» (más que las que puedan provenir de la voluntad en contra de la persona fallecida, manifestada de forma expresa), que carece de precedentes en los textos legislativos de otros sistemas jurídicos<sup>25</sup>.

En este sentido, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, prevé en su artículo 6 que «[s]i el causante no lo ha establecido de otro modo en sus

<sup>24</sup> VENNIN, «Comment organiser sa mort numérique, qu'advient-il de nos données après notre décès?» (<https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advient-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>)

<sup>25</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* de 2014 (revisada en 2015 y vigente en la práctica totalidad de los estados) prevé que la persona designada por el causante (*fiduciario*) pueda gestionar sus archivos informáticos, pero le impide –en cambio– el acceso a comunicaciones electrónicas como correos, mensajes y cuentas en redes sociales, salvo que el causante lo hubiera autorizado en testamento, *trust*, poder u otro archivo. Aun así, ante la posibilidad de que se hallare igualmente involucrada la intimidad de terceros y, en general, el secreto de las comunicaciones, la ley americana establece que el fiduciario solo podrá tener acceso a la lista de mensajes enviados y recibidos, lo que incluye la dirección de correo electrónico del interlocutor de la persona fallecida, pero no el contenido mismo del mensaje (es el llamado «catálogo de las comunicaciones»). La *Section 8* dispone, en efecto, lo siguiente: «Unless the user prohibited disclosure of digital assets or the court directs otherwise, a custodian shall disclose to the personal representative of the estate of a deceased user a catalogue of electronic communications, of the user...».

voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas «no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales», salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial» (art. 411-10.6 del Código civil de Cataluña)<sup>26</sup>. Del mismo modo, el precepto establece que los herederos, albacea universal o la persona legitimada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales en caso de muerte, solo puedan solicitar al prestador de servicios de la sociedad de la información que les entregue una copia de los archivos digitales que se encuentren en sus servidores «si procede», lo que debe ser entendido en el sentido de que exista previa autorización del causante o de que sean estos los beneficiarios *mortis causa* de tales archivos (art. 411.10.2 del Código civil de Cataluña).

Nuestro artículo 96 LOPD no contempla semejantes limitaciones, aunque indudablemente cabe entenderlas implícitas en la referencia que hace el precepto a los casos en que «así lo establezca la ley», como excepción a la regla general de acceso (cfr. arts. 18.3 CE y 197 CP)<sup>27</sup>. No obstante, una mayor precisión en este sentido hubiera sido deseable e incluso necesaria para evitar cualquier confusión al respecto.

En segundo lugar, también ante la ausencia de instrucciones concretas, los legitimados –continúa el artículo 96 LOPD– podrán impartir al prestador de servicios de la sociedad de la información las instrucciones que estimen oportunas sobre la «utilización», «destino» o «supresión» de los contenidos alojados en sus servidores.

En relación con este segundo aspecto, los términos del precepto son todavía más difíciles de interpretar (más bien de asumir), pues la norma podría entrar claramente en conflicto con el Derecho sucesorio. En ella no se dispone –en efecto– que los contenidos digitales deban ser «transmitidos» a esas personas, pues no se trata de los «herederos» del causante sino de simples «interlocutores» del prestador de servicios. De acuerdo con esto, ¿*quid* si lo que decide el primo del causante [persona obviamente vinculada a él «por razones familiares»] es que se suprima un archivo digital que posee un valor económico y que, siendo transmisible, debería haberse incluido en la herencia del causante?

Como los primeros comentaristas de estas disposiciones –en su mayoría, notarios– han puesto de manifiesto, no existe una «herencia digital» distinta de la «herencia analógica», dado que el artículo 659 CC establece que «[l]a herencia comprende todos

<sup>26</sup> Este precepto modifica el artículo 411-10 del capítulo I del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña, sobre *Voluntades digitales en caso de muerte*.

<sup>27</sup> Estos preceptos se refieren al secreto de las comunicaciones. El primero lo consagra como un derecho fundamental y el segundo recoge su protección penal.

los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»<sup>28</sup>. Teniendo en cuenta este dato, la solución de nuestra LOPD resulta bastante sorprendente, sobre todo si se la compara con la adoptada por el legislador catalán.

En efecto, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, prevé que –en defecto de instrucciones del causante– las personas legitimadas [que además son exclusivamente el heredero o el albacea universal, como ya vimos] puedan: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción. b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas [«no» los «archivos» como señala, en cambio, la LOPD] y 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. Sólo «si procede», esto es, si el causante así lo hubiera autorizado o lo pidieran los herederos, podrán estos sujetos obtener una copia de los archivos digitales alojados por el prestador<sup>29</sup>.

Probablemente, en el artículo 96 LOPD los derechos de acceso, así como de impartir a los prestadores de servicios instrucciones acerca del uso, destino o supresión de los contenidos digitales se hayan previsto pensando en un caso particular, como es el de las redes sociales, respecto de las cuales la práctica ha ido avanzando soluciones como la de permitir a los allegados del titular del perfil la supresión de este o, como alternativa, su conversión en un perfil conmemorativo que permitirá a sus amigos poner mensajes de condolencia y recuerdo en honor del fallecido.

Pero, al margen de este supuesto particular, que además ya está contemplado expresamente en otro apartado del artículo 96 (el número 2), no tiene sentido que los parientes o pareja de hecho a los que se refiere el apartado 1 puedan, en ausencia de instrucciones concretas del causante, adoptar todas estas disposiciones sobre sus contenidos digitales.

«Si el causante hubiera dejado instrucciones», corresponderá al albacea testamentario así como a aquella persona o institución al que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, solici-

<sup>28</sup> En este sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 10 julio 2014, p. 2. GARCÍA HERRERA, *La Ley Digital* 9284/2017, p. 3, alega como argumento lo dispuesto en el artículo 3 CC, según el cual las normas deben interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

<sup>29</sup> La misma solución restrictiva prevé la Ley francesa núm. 2016-1321, para una República digital, que –en ausencia de instrucciones del causante– legitima a los herederos para «recevoir communication des biens numériques our des donnés s'apparentant à des souvenirs de famille, transmisibles aux héritiers».

tar el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a esos mandatos [recordemos que el precepto indica que estos se hallan «también» legitimados, por lo que no parece que en este supuesto se excluya la legitimación de los parientes y de la persona ligada al fallecido por una relación de hecho].

Como en el caso anterior, hay que distinguir nítidamente estas personas de las que pueden recibir los contenidos digitales, que no son otros que los herederos. Esta cuestión es importante porque –en la práctica– han proliferado nuevas empresas que se encargan de gestionar la herencia o legado digital y que, a menudo, reciben el mandato del causante de hacer llegar los archivos a determinadas personas cuando se produzca su fallecimiento.

En este último caso, estaríamos ante una de esas «instituciones» a las que alude el artículo 96.1.b) LOPD. El problema es que esa concreta encomienda toparía con el obstáculo insalvable de los formalismos que nuestra ley establece para la sucesión *mortis causa* (que no pueden ser obviados, aunque hablemos de «activos digitales»).

De hecho, algunas de estas empresas ya aclaran en sus páginas *web* que los servicios de legado digital que prestan no evitan a sus clientes la firma ante notario de sus «voluntades digitales», ofreciendo entre sus servicios la preparación de toda la documentación necesaria para el otorgamiento de ese testamento notarial<sup>30</sup>.

El artículo 96.3 LOPD remite a un desarrollo reglamentario posterior la concreción de la forma que deberán adoptar estas instrucciones, por lo que tendremos que esperar a que se publique este texto para averiguar los requisitos documentales que finalmente exige nuestro Derecho.

En una reciente publicación *online*, anterior a la LOPD 2018, algunos notarios ya denunciaban un cierto intrusismo de estas empresas u operadores que estaban surgiendo en el mercado y recordaban con vehemencia la necesidad de que estos nuevos servicios no quedasen al margen de la ley<sup>31</sup>. La herencia es solo una –insisten– y el testamento solo puede ser notarial, aunque algunas de estas voces hayan propiciado una colaboración entre el notariado y estas nuevas empresas [que también han tomado iniciativas al respecto, como antes señalé], en virtud de la cual los fedatarios públicos aportarían su asesoramiento jurídico, el juicio sobre la capacidad del otorgante y –por supuesto– la fe pública, mientras

<sup>30</sup> <https://tellmebye.com/legados#Precios> (última consulta: 2 julio 2019).

<sup>31</sup> Vid. AA. VV, *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016 (pp. 1-108).

que esas otras empresas se encargarían –en cambio– de la custodia de los archivos digitales del causante<sup>32</sup>.

#### 5.4 EL CASO ESPECIAL DE LOS PERFILES EN REDES SOCIALES (ART. 96.2 LOPD)

A los perfiles en redes sociales se dedica de manera especial el apartado 2 del artículo 96 LOPD, que dispone lo siguiente:

«Las personas legitimadas en el apartado anterior 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, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.»

Las redes sociales surgieron a finales de los años 90 –la primera fue la red *SixDegrees.com*–. Actualmente, la que ostenta el liderazgo es la red social *Facebook*, que fue creada en 2004 para poner en contacto a los estudiantes de la Universidad de Harvard (de hecho, era preciso tener una dirección de correo electrónico de esta Universidad para poder ser usuario de la plataforma), aunque posteriormente se amplió a otras instituciones educativas (otras Universidades de la llamada *Ivy League* y centros de enseñanza secundaria) y, finalmente, a todos los usuarios potenciales de Internet<sup>33</sup>.

En el caso de las redes sociales debemos hablar tanto de la protección de datos personales (el usuario ha de proporcionarlos al rellenar el formulario de suscripción) como de los contenidos digitales, que son esos vídeos, fotografías, archivos o comunicaciones con terceros, que el usuario tiene colgados en su «muro».

El apartado en examen enlaza con el anterior en la cuestión de las personas legitimadas para solicitar determinadas actuaciones sobre el perfil de la persona fallecida, que serán las mismas que en los dos casos ya examinados (arts. 3 y 96.1 LOPD).

Al igual que en los supuestos anteriores, aunque quizá aquí de forma más explícita, la norma parte de dos hipótesis distintas: 1) Que el causante haya dejado instrucciones acerca de qué hacer con su perfil en la red social ó 2) Que no lo haya hecho.

<sup>32</sup> LLOPIS BENLLOCH, 2016, p. 46.

<sup>33</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ-MERLO, *Revista española de protección de datos*, 2008, p. 234.

Frente a las instrucciones del artículo 96.1 LOPD, que podemos considerar «generales» en cuanto referidas a «todos» los contenidos digitales del causante, el artículo 96.2 LOPD se refiere más bien a «instrucciones particulares», esto es, mandatos dirigidos a un prestador en concreto de servicios de la sociedad de la información que tiene alojados contenidos digitales del causante (el gestor de la red social).

Cuando el causante haya dejado esas instrucciones particulares, las personas legitimadas estarán obligadas a ejecutarlas, dando las órdenes correspondientes al administrador de la plataforma. En cambio, si no las hubiera dado, estas mismas personas podrán acordar el «mantenimiento» o «eliminación» del perfil del fallecido en los términos que señala el precepto en examen.

A la vista de esta regulación, la primera cuestión que se plantea tiene que ver, de nuevo, con las interferencias del Derecho sucesorio en esta materia. En el «muro» del usuario puede haber contenidos digitales que deban integrarse en la herencia del fallecido y que no parece lógico que puedan «eliminar» personas relacionadas con él por simples vínculos de parentesco, como prevé el precepto.

El segundo tema de interés estriba en determinar los posibles límites a las actuaciones de los legitimados en relación con el perfil, ya que el artículo 96.2 LOPD menciona el «mantenimiento» o la «supresión», pero no el «acceso», que debe quedar descartado salvo que se obtenga una orden judicial que lo autorice o el propio causante hubiera dado su consentimiento en vida (expresa o tácitamente, como –por ejemplo– si hubiera comunicado a esas personas sus claves de acceso)<sup>34</sup>. Así se prevé, también, en las «políticas de uso» de la mayoría de estos servicios, que prohíben a terceros «acceder» al perfil del usuario, si bien esta regla no podrá impedir a los herederos que soliciten y obtengan la información necesaria para organizar la sucesión del causante o el ejercicio de acciones en defensa de su honor, intimidad o propia imagen.

En efecto, si nos fijamos en la red social *Facebook*, la plataforma ofrece varias posibilidades en caso de fallecimiento de los usuarios que forman parte de su comunidad virtual<sup>35</sup>. La primera es que sus «familiares directos verificados» puedan solicitar que se elimine su cuenta. La segunda es que los «familiares» o «amigos cercanos» puedan pedir que la cuenta se convierta en «conmemo-

<sup>34</sup> Por eso resulta llamativa la solución por la que se decantó el *Bundesgerichtshof* en su Sentencia de 12 de julio de 2008, antes mencionada, en la que consideró que la cuenta de *Facebook* de una chica de 15 años debía incluirse dentro de su herencia (y, por tanto, proporcionó acceso a sus padres), del mismo modo en que lo estarían sus cartas o diarios personales.

<sup>35</sup> <https://es-la.facebook.com/help/requestmemorialization> (última consulta: 2 de julio de 2019).

rativa», salvo que el fallecido hubiera solicitado su eliminación. Estas cuentas conmemorativas presentan unas especiales características respecto de las cuentas ordinarias: en ellas aparecerán las palabras «en memoria», junto al nombre de la persona; los amigos podrán compartir recuerdos del fallecido; el contenido de la cuenta que se hubiera compartido con los amigos sigue visible para aquellos con los que se compartió, pero en cambio no aparece en espacios públicos (como las sugerencias de «Personas que quizá conozcas» o recordatorios de cumpleaños y anuncios); nadie puede iniciar una sesión en la cuenta conmemorativa y no se pueden modificar salvo a través del llamado «contacto de legado». En efecto, como tercera posibilidad *Facebook* permite a sus usuarios designar un «contacto de legado», que es una especie de gestor póstumo del perfil social del fallecido. Las actividades que tiene permitidas el contacto de legado son: hacer una publicación fijada en el perfil del fallecido (por ejemplo, compartir un último mensaje en nombre de este), actualizar la foto de perfil y la foto de portada, solicitar la eliminación de la cuenta, descargar una copia de lo que el fallecido tenía en la cuenta (pero solo si él mismo hubiera activado esa función) o aceptar nuevas solicitudes de amistad. En cambio, las cosas que el contacto de legado no tiene permitidas son: iniciar sesión en la cuenta, leer los mensajes, eliminar personas de la lista de amigos o enviar nuevas solicitudes de amistad y, por supuesto, suplantar la identidad del fallecido mandando mensajes en su nombre<sup>36</sup>.

En *Twitter* se prevé únicamente la posibilidad de eliminar la cuenta del fallecido. Las personas que pueden hacerlo son aquellas que actúen en representación de este o que sean «familiares directos comprobados» del fallecido<sup>37</sup>. En la página *web* de la plataforma se recoge un formulario de solicitud *online*, en el que hay que incluir los datos del fallecido y hacer constar la relación que el solicitante mantenía con él (las posibilidades que ofrece la barra desplegable son: «Miembro de la familia/tutor legal/representante/otros»). Una vez que la plataforma recibe la solicitud de supresión de la cuenta, se pone en contacto con el solicitante para que le facilite información sobre el fallecido, proporcione copia de su DNI (el del solicitante) y un certificado de defunción del usuario. Como indica también la «política de privacidad» de la plataforma, «[e]n

<sup>36</sup> BENACH Y PUEYO, *Revista de biblioteconomía i documentació*, 2013, p. 74, cuentan la anécdota del artista Rafael Bartolozzi, cuyos amigos recibieron el 22 de marzo de 2009 un correo electrónico con un título en el que se podía leer «Rafael Bartolozzi ha muerto».

<sup>37</sup> <https://help.twitter.com/es/managing-your-account/contact-twitter-about-a-deceased-family-members-account> (última consulta: 2 julio 2019).

ningún caso podemos proporcionar acceso a la cuenta a otra persona, independientemente de su relación con el fallecido».

Esta misma (y única) posibilidad de eliminación del perfil la ofrece también la red profesional *LinkedIn*, que recoge en su página *web* el siguiente aviso: «Lamentablemente, puede suceder que te encuentres con el perfil de un colega, compañero de clase o ser querido que ha muerto. Si esto sucede, podemos cerrar la cuenta de esa persona y retirar su perfil por ti. Necesitaremos que nos proporciones lo siguiente: 1. El nombre del miembro. 2. La URL a su perfil de *LinkedIn*. 3. Su relación con él. 4. La dirección de correo electrónico del miembro. 5. Fecha de fallecimiento. 6. Enlace al obituario o esquela. 7. Última empresa donde trabajó». La legitimación para instar esta actuación es amplia. En el formulario *online* que ha de completarse se especifica que puede tratarse de un «familiar directo» (cónyuge, padre/madre, hermano o hijo), «otro familiar» (abuelo, tío, tía o primo), «no familiar» (amigo, compañero de trabajo o de clase) u «otro». El solicitante tiene que aportar el correo electrónico del fallecido, hacer constar la fecha de fallecimiento y adjuntar un enlace a la esquela o artículo o noticia al respecto<sup>38</sup>.

En último término, la plataforma *Instagram* contempla también en su «política de uso» la doble posibilidad de eliminar la cuenta o de convertirla en conmemorativa<sup>39</sup>. La eliminación de la cuenta solo pueden solicitarla los «familiares directos verificados», que deberán comunicar a la plataforma el acta de nacimiento del fallecido, su acta de defunción y una prueba, según la legislación legal, de que se es representante o heredero del fallecido. En el formulario para la cancelación de la cuenta, el certificado de nacimiento o el de defunción hacen prueba de que el solicitante es familiar directo del fallecido. En cuanto a la conversión de la cuenta en conmemorativa, la plataforma establece también ciertas condiciones. En el formulario se permite la solicitud instada por «familiar» o «amigo» [por tanto, aquí también la legitimación es más amplia que la que se prevé para pedir la cancelación de la cuenta], que deberá adjuntar una prueba del fallecimiento a través de «nota necrológica o noticia». La cuenta conmemorativa tiene unas normas de utilización que incluyen: 1. La prohibición de apertura de sesiones. 2. El perfil no parece diferente a una cuenta normal [en *Facebook*, sí]. 3. Las publicaciones que hubiera compartido el usuario (fotos y vídeos incluidos) permanecerán en *Instagram* y la

<sup>38</sup> <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/6107/fallecimiento-de-un-miembro-de-linkedin-eliminacion-de-su-perfil?lang=es> (última consulta: 2 julio 2019).

<sup>39</sup> <https://es-la.facebook.com/help/instagram/264154560391256> (última consulta: 2 de julio de 2019).

audiencia con la que se compartieron podrá verlas. 4. Las cuentas conmemorativas no aparecen en espacios públicos como la sección «Explorar» de los usuarios. Esta última prohibición, que también veíamos que recoge *Facebook* en sus condiciones de uso, persigue «evitar que aparezcan en *Instagram* referencias a las cuentas conmemorativas que puedan entristecer a los amigos o familiares de esa persona». Finalmente, *Instagram* prohíbe –como también hacía *Facebook*– que se introduzcan modificaciones en las publicaciones o en la información de la cuenta (fotos, comentarios, configuración de la privacidad de su perfil, foto del perfil, los seguidores o las personas a las que sigue actualmente).

Vistas las cláusulas contractuales de estas cuatro redes sociales, habrá que determinar en qué medida son compatibles con las disposiciones del nuevo artículo 96.2 LOPD y, si no lo son, cuáles deben prevalecer.

La Ley 10/2017, del Parlamento de Cataluña, se decanta por un «principio general de respeto» a estas «políticas de uso» que el usuario habrá tenido que aceptar para poder abrir un perfil y utilizar los servicios de la plataforma y ello tanto si el causante hubiera expresado, como si no, sus voluntades digitales. En cambio, la LOPD se limita a señalar que los legitimados 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 dejado instrucciones al efecto.

Los puntos de fricción con la nueva normativa pueden provenir de tres consideraciones distintas. En primer lugar, el elenco de legitimados que pueden convertirse en «interlocutores» de las plataformas sociales, que es más amplio en las «políticas de uso» de estas plataformas, como terminamos de ver, que en la propia LOPD. En segundo lugar, la clase de instrucciones que pueden dar tales legitimados a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y el modo en que deben cumplirse. En último término, la forma que han de adoptar estas instrucciones, pues el artículo 96.3 LOPD remite en general a un desarrollo reglamentario posterior en el que se regulará esta cuestión mientras que las plataformas sociales se limitan a tener a disposición de sus usuarios un mero formulario *online*, repleto de condiciones generales que el usuario solo puede aceptar o rechazar<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> En Francia, la Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, dispone que las instrucciones particulares relativas al tratamiento de datos de carácter personal de una persona fallecida deben ser objeto de un consentimiento expreso que no puede resultar de la sola aprobación por aquella de las *condiciones de utilización* del responsable del tratamiento de esos datos (art. 2, que otorga nueva redacción al art. 40. II, de la Ley de 6 de enero de 1978).

Comenzado por la primera cuestión, existe un punto de partida claro: la relación contractual entre plataforma y usuario, en sí misma considerada, resulta intransmisible *mortis causa* a sus herederos<sup>41</sup>. Pueden serlo los archivos, las fotos o los documentos que tenga albergados en el «muro», pero no el vínculo negocial en sí. Si el titular del perfil, ya fallecido, hubiera designado expresamente al sujeto encargado de dictar instrucciones al prestador de servicios, solo este deberá ser considerado interlocutor válido frente a la plataforma. De hecho, en las «políticas de uso» de la mayoría de ellas se prevé expresamente la figura de este gestor póstumo del perfil (el llamado «contacto de legado»).

En defecto de designación expresa, entiendo que las plataformas deberán ajustar sus condiciones de uso a la circunstancia de que la LOPD no autoriza a cualquier persona relacionada con el sujeto fallecido para solicitar la eliminación de su perfil. Como sabemos, solo quienes lo estén «por razones familiares o de hecho» podrían decidir acerca del mantenimiento o eliminación de aquel. Con todo, la norma parece estar pensando en redes sociales de una naturaleza determinada (más «sociales», valga la redundancia, esto es, destinadas a favorecer los contactos personales entre individuos, al margen del ámbito laboral). En cambio, en el caso de redes sociales de corte «profesional», cuyo objetivo es facilitar contactos dentro del mundo laboral (el conocido como *networking*, recurriendo de nuevo a un término anglosajón), podría tener sentido una legitimación más amplia, similar a la que prevé la conocida red *LinkedIn*.

En segundo lugar, hay que mencionar la cuestión de las actuaciones permitidas a estos legitimados, en defecto de instrucciones concretas del causante. Como ya he señalado, se trata exclusivamente de decidir acerca del «mantenimiento» o «eliminación» de los perfiles de personas fallecidas, no de «acceder» a su contenido, lo cual no deja de ser un avance en comparación con las soluciones adoptadas en los artículos 3 y 96.1 LOPD. En relación con este aspecto, también puede producirse alguna fricción con las condiciones generales de las plataformas, en aquellos casos en que estas no prevén el «mantenimiento» del perfil [a través de la vía de la llamada cuenta conmemorativa a la que antes me he referido], sino únicamente su «supresión» (es el caso de *Twitter* o *LinkedIn*). En este punto, la norma del artículo 96.2 LOPD ha de considerarse puramente dispositiva, pues no parece lógico obligar a estas plata-

<sup>41</sup> En el mismo sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 17 julio 2014, p. 1. Recordemos que a una solución contraria llegó el *Bundesgerichtshof* en su Sentencia de 12 de julio de 2008, en la que probablemente pesó la condición de menor de edad que tenía la fallecida titular del perfil en la red social.

formas a conservar o mantener el perfil de sus usuarios fallecidos, si no lo consideran oportuno (v. gr. en el supuesto de una red profesional, tal solución no casaría bien con su finalidad).

En relación con esto, este mismo precepto obliga al responsable del servicio a que proceda «sin dilación» a la supresión del perfil, si así se le hubiera pedido por la persona legitimada para ello. Probablemente con esta medida se quiera evitar prolongar el dolor de los familiares de los fallecidos, que seguirían encontrándose con referencias a su ser querido cada vez que navegaran por la red<sup>42</sup>. Por esta razón, no sería admisible una estipulación general, como la que contemplan algunas de estas redes sociales en sus «condiciones de uso», según la cual la plataforma debe considerarse legitimada para seguir poniendo a disposición del público aquellas fotografías y contenidos que el usuario hubiera compartido en su perfil. Con todo, esta eliminación siempre se encontraría con el límite de la pervivencia de los contenidos del fallecido en los «muros» o perfiles de otros usuarios, a los que aquel hubiera permitido el acceso. No obstante, incluso en estos casos sería posible que los familiares del fallecido ejercieran una defensa *post mortem* de sus datos personales [v. gr. a través del derecho de «cancelación»], pues el TJUE ya ha advertido que las personas físicas que dispongan en su página *web* de estos elementos deben ser consideradas responsables del tratamiento de datos personales a los efectos de la normativa europea<sup>43</sup>.

En último término, también puede constituir un punto de fricción entre las condiciones de uso de las plataformas que gestionan redes sociales y la nueva regulación del artículo 96.2 LOPD el tema de la «forma» que han de adoptar las instrucciones que deje la persona fallecida sobre el destino de sus «bienes digitales». En efecto, como hemos visto, estas plataformas se limitan a tener a disposición de sus usuarios un formulario *online* en el que estos pueden dejar constancia de las actuaciones que quieren que sean realizadas en su perfil tras su fallecimiento. No obstante, el men-

---

<sup>42</sup> Los familiares de las personas fallecidas ejercitan a menudo el derecho de olvido en Internet (art. 93 LOPD) con esta misma finalidad. Así, en una entrevista realizada a la CEO de una de estas empresas de gestión póstuma de la herencia digital (*iconfidential*) declaraba que uno de sus primeros clientes había sido una señora que había perdido a su hija. La hija había estado desaparecida unas semanas, su foto salió en los medios de comunicación y, cuando la encontraron muerta, todas las noticias seguían en Internet al teclear su nombre (<https://www.elmundo.es/cronica/2016/04/10/5707fb88268e3e4a2a8b46ab.html>).

<sup>43</sup> STJUE 6 noviembre 2003 (asunto 101-01). El TJUE considera que no puede reconducirse a la excepción contemplada en el artículo 3 de la Directiva 95/96 (tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas) «un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas» (apartado 47).

cionado precepto de la nueva Ley señala, en su apartado 3, que «[m]ediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos». ¿Cabe entender que, también en el caso de las «instrucciones particulares», dirigidas a un prestador concreto de servicios de la sociedad de la información que gestione una red social, deberán cumplirse determinadas formalidades? Entiendo que no tendría que ser así. Aunque la LOPD no establece ninguna distinción, estos requisitos de forma deben quedar limitados –en mi opinión– a las «instrucciones generales» que el causante haya dejado sobre su herencia digital globalmente considerada.

Al margen de estas reflexiones está también el tema de las limitaciones que han de imponerse a la nueva regulación y que proceden de las disposiciones del Derecho sucesorio. Así, en lo que se refiere a la supresión del perfil, ya puse de manifiesto en líneas anteriores las incongruencias y dificultades que esta prerrogativa conlleva cuando pueda afectar a contenidos digitales con un valor económico y de carácter transmisible. La LOPD parece estar pensando únicamente en los datos personales de esas personas fallecidas, pero en el «muro» de *Facebook* puede haber otros muchos elementos que queden integrados en la herencia del fallecido. Piénsese, por ejemplo, en fotografías que el usuario hubiera compartido, que naturalmente sus herederos podrán reclamar y que no parece de recibo pensar que puedan ser borradas a simple petición de los legitimados *ex* artículo 96.3 LOPD, que no tengan la condición de tales.

Del mismo modo deberán atenerse a la normativa de Derecho sucesorio las condiciones generales de uso de estas plataformas. De este modo, si los contenidos digitales fueran transmisibles (archivos de música o vídeo, fotografías) será nula cualquier condición general en la que la plataforma declare su intransmisibilidad *post mortem*<sup>44</sup>.

De conformidad con lo anterior, resultan llamativas las previsiones contenidas en el artículo 411-10 del Código civil de Cataluña, introducido por la Ley 10/2017, en las que se consagra una

<sup>44</sup> En la Ley francesa núm. 2016-1321, para una República digital, aunque referida a la gestión de los «datos» personales de la persona fallecida, se prevé que los herederos puedan solicitar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información comunicación de los «“bienes digitales” o datos» que sean transmisibles. Estas disposiciones no podrán ser contradichas por las condiciones generales de uso de las plataformas, como también indica ese mismo texto legal en los siguientes términos: «*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*».

suerte de respeto incondicional por las políticas establecidas por los prestadores de servicios digitales [en condiciones generales, de manera habitual] para el caso de fallecimiento de los titulares de cuentas activas [vid. apartados 2.c) y 5]<sup>45</sup>. En determinados supuestos, tales políticas podrían ser claramente contrarias a Derecho como es el caso de la ya mencionada intransmisibilidad de los archivos o que la plataforma establezca que la titularidad de estos le corresponde en caso de fallecimiento del usuario.

## 5.5 LA CUESTIÓN FORMAL: ¿EXISTE EL TESTAMENTO DIGITAL COMO INSTRUMENTO PARA LA HERENCIA DIGITAL?

La cuestión formal, esto es, cómo han de plasmarse las voluntades digitales del difunto es uno de los asuntos que más controversias ha suscitado desde que fuera publicada la Ley 3/2018, máxime al haber surgido en la práctica –como ya se ha señalado– nuevas empresas que facilitan servicios de gestión *post mortem* del legado digital de las personas fallecidas.

Antes de entrar en esta materia, conviene aclarar cuál es el contenido que cabe atribuir a esas «voluntades digitales» o «testamento digital» en el marco de los textos legales que se vienen manejando a lo largo de este trabajo.

La Ley catalana 10/2017 ciñe, en principio, las instrucciones que puede dar el causante sobre sus cuentas activas, a tres actuaciones concretas que menciona el nuevo artículo 411-10.2 del Código civil de Cataluña, a saber: 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.

---

<sup>45</sup> El artículo 411-10.2.c) señala que el causante puede disponer en sus voluntades digitales, entre otras actuaciones, que la persona designada solicite «a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores». El apartado 5 de este precepto señala que si el causante no hubiera expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea universal, en su caso, pueden «ejecutar las actuaciones de las letras a, b, y c del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor».

Estas actuaciones parecen limitarse a una mera «interlocución» con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pero no a la fijación del destino *mortis causa* de esos archivos<sup>46</sup>. En efecto, salvo la última alusión a la «entrega» de una «copia» de los archivos digitales, y aun así puede ser dudosa esta interpretación, no existe en estas disposiciones ni asomo de mención a la sucesión hereditaria de estos bienes digitales. Quizá el legislador catalán quisiera evitar con ello la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley, como luego terminó sucediendo. Por cierto que no en razón de la invasión de competencias por parte de esta Comunidad Autónoma en lo que respecta a la regulación sustantiva de la sucesión hereditaria, pero sí del registro que la ley preveía para la inscripción constitutiva de tales disposiciones. En efecto, solo considerando que el documento de últimas voluntades «no» es, en realidad, un vehículo para la sucesión hereditaria puede concluirse que el registro al que tal documento debe acceder tiene un carácter meramente administrativo y, por tanto, no se produce una vulneración del artículo 149.1.8.º CE *in fine*.

A favor de la interpretación de que el documento de voluntades digitales previsto en la ley catalana puede conllevar una auténtica transmisión hereditaria de esta clase de activos cabe alegar que el propio precepto admite que el causante pueda incluir en sus instrucciones «alguna» o «algunas» de las mencionadas actuaciones [letras a) a c)] esto es, no se trata de un *numerus clausus* de posibles contenidos de las voluntades póstumas del causante<sup>47</sup>. Por otro lado, la propia Ley prevé a continuación que estas disposiciones se ordenen –a elección del causante– a través de unos instrumentos concretos, que ya tienen una clara reminiscencia «sucesoria», como son: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias; b) Si la persona no hubiera otorgado disposiciones de última

<sup>46</sup> En el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de la Ley, promovido por el Presidente del Gobierno ante la decisión del legislador catalán de crear un registro electrónico de voluntades digitales, la letrada del Parlamento de la Generalidad defendió el carácter administrativo de tal registro (y, por tanto, la competencia de la Generalidad para establecerlo) con base en que su objeto es «dejar constancia de la manifestación de voluntad expresada por el titular de una cuenta digital acerca de la persona designada y, en su caso, delimitadora del alcance de su actuación para que proceda a cancelar las cuentas digitales del titular fallecido, si este ha sido su deseo». En cambio, el Tribunal Constitucional sostiene en su Sentencia de 17 de enero de 2019 que se trata de un registro jurídico al que acceden, para su validez, los documentos de voluntades digitales que contienen «la decisión sobre el destino que tras la muerte desea dar la persona a su patrimonio digital, manifestada al margen de los instrumentos jurídicos ordenadores de las últimas voluntades conforme al derecho civil aplicable en Cataluña (testamento, codicilo o memoria testamentaria)...» (*vid. Infra* más en detalle). A favor de que se trata de disposiciones que se limitan a designar a un interlocutor con los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no de un vehículo de transmisiones *mortis causa*, *vid.* también SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 431.

<sup>47</sup> En el mismo sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 28 febrero 2017, p. 3.

voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. Esto es, el legislador catalán permite que las voluntades digitales se plasmen testamentariamente (testamento, codicilo o memorias testamentarias, según el Derecho catalán) o, alternativamente, por medio de otro documento administrativo que debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de voluntades digitales que se crea *ad hoc* en la nueva ley.

El artículo 96 LOPD no es mucho más concreto en el punto de los contenidos del llamado «testamento digital», aunque desde el momento en que se refiere a la posibilidad de que el causante haya dejado «mandatos» o «instrucciones» sobre sus contenidos digitales, resulta evidente que si bien –entre estas directrices– podremos encontrar algunas que ciertamente serán ajenas a una transmisión *mortis causa* (v. gr., la cancelación de su perfil o la apertura de una cuenta conmemorativa), otras –en cambio– constituirán claramente disposiciones de Derecho sucesorio [las que justificarían, por ejemplo, la alusión que el artículo 96.1.b) LOPD realiza a la posibilidad que tienen las personas encargadas de ejecutar sus instrucciones de solicitar el «acceso» a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a ellas].

Aclarado esto, nos hallamos ante una cuestión –la de la forma de tales instrucciones– que puede dar lugar a muchos problemas en la práctica, pues aquellos contenidos digitales que deban ser incluidos en el caudal relicto, en razón de su carácter transmisible, deberían ser objeto de una disposición testamentaria que cumpliera con las exigencias formales que establece nuestro Derecho común<sup>48</sup>.

La herencia solo es una. No obstante, la bondad del instrumento testamentario para convertirse también en cauce de la «herencia digital» ha sido puesta en entredicho por nuestra doctrina por varias razones. Existe, para empezar, un primer obstáculo basado en el hecho de que el causante tendría que hacer constar en ese testamento sus claves de acceso a las plataformas y servicios en los que se encuentren alojados estos contenidos. A continuación, estas claves de acceso deberían ponerse en manos exclusivamente de aquellos herederos a los que se hubiera transmitido este patrimonio digital, so pena de frustrar tal transmisión. No obstante, según lo que establece nuestro Reglamento Notarial, «todos» los herederos sin distinción tienen derecho a acceder (e incluso obtener una copia) del testamento (art. 226). En segundo lugar, también se ha afirmado que este no constituye un instrumento idóneo para la ordenación de la herencia digital, ya que el cambio constante de

<sup>48</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital* 9284/2016, p. 6.

claves por parte del usuario obligaría a este a modificarlo varias veces a lo largo de su vida<sup>49</sup>.

Pues bien, los notarios que han tenido la ocasión de abordar este problema consideran que las memorias testamentarias o documentos anexos al testamento podrían ser un instrumento válido para dar solución a ambos problemas, al modo en que hemos visto que hace el Derecho catalán<sup>50</sup>. En cambio, insisten en que no debería prescindirse de la intervención del notario para la identificación del otorgante y el juicio sobre su capacidad, el asesoramiento jurídico y la fe pública que deben rodear el otorgamiento de un acto de este tipo. Incluso denuncian el intrusismo profesional en que incurren algunas de esas nuevas empresas (no todas, como antes se explicó), que permiten la custodia de esas voluntades digitales de la persona y gestionan su patrimonio digital tras su muerte.

El Real Decreto que habrá de regular *ex* artículo 96.3 LOPD establecerá los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones dictados por el causante en relación con sus bienes digitales resolverá definitivamente esta cuestión.

Algunos autores han manifestado su parecer favorable a que tales instrucciones [incluso aunque no albergaran disposiciones puramente testamentarias] se realicen en documento público notarial, aproximación que comparto plenamente. En primer lugar, en razón de la trascendencia que tienen los derechos en juego (derechos fundamentales) y, por otro lado, porque los destinatarios de tales instrucciones van a modalizar, suprimir o compartir sus funciones con los herederos, lo que hace deseable que esta modalización se revista de la misma forma jurídica y garantías que las del nombramiento de aquellos<sup>51</sup>. De este modo, se unificaría además la forma de designación de los instituidos con dichas facultades, con la forma en que se nombran también a los albaceas testamentarios, por lo que no habría duda sobre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación. Siguiendo este mismo argumento, el

<sup>49</sup> LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 11 marzo 2015. Como explica GARCÍA HERRERA, *La Ley digital* 9284/2016, p. 6, haciéndose eco de un estudio realizado por la Compañía Británica Skrill, especializada en comercio electrónico, publicado en «The Telegraph», la media del número de contraseñas utilizadas por un usuario normal de internet supera el de 10.

<sup>50</sup> PENAFRETA RODRÍGUEZ, «Legado digital ante notario» (<http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>), pp. 1-8. En el mismo sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 11 marzo 2015, pp. 3-4; A juicio, en cambio, de GONZÁLEZ GRANADO, 2016, p. 42, el problema no quedaría solucionado de esta manera, ya que según el artículo 226 RN, los herederos tendrían derecho a obtener copia de ambos documentos. Por eso, en su opinión «la clave estaría no tanto en esa duplicidad documental como en la introducción de una cláusula especial a instancia del testador que prohíba obtener copia de la disposición testamentaria en la que se revelen las claves de acceso a cualquier persona que no sea el encargado de gestionarlas».

<sup>51</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital* 4474/2018, p. 7.

Registro al que se refiere el artículo 96,3 LOPD, debería coincidir con el Registro General de Actos de Última Voluntad<sup>52</sup>. En cualquier caso, insisto en que tales formalidades solo deberían aplicarse a las «instrucciones generales».

Pues bien, ni una ni otra solución han sido adoptadas por la Ley 10/2017, del Parlamento de Cataluña, que permite el otorgamiento de un mero documento de voluntades digitales, que habrá de inscribirse en un registro *ad hoc*, cuya creación –ya sabemos– prevé la propia ley en sus artículos 6, 8, 10 y 11 y en su Disposición Adicional Primera.

Estos preceptos han sido declarados inconstitucionales por la STC 7/2019, de 17 de enero, al estimarse que invaden la competencia exclusiva del Estado en la regulación de los Registros públicos (art. 149.1.8.ª CE, *in fine*)<sup>53</sup>. El tema controvertido en este pronunciamiento no fue –como ya se avanzó– la competencia de la Generalidad desde un punto de vista sustantivo, sino el carácter jurídico o meramente administrativo que debía atribuirse al Registro electrónico de voluntades digitales al que se refería la nueva ley.

El Tribunal Constitucional concluyó que se trataba de un registro público de Derecho privado, en el cual debían inscribirse «para su validez» los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad. Al tratarse de un registro civil, su ordenación era competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8.ª CE, *in fine*. Además, el Tribunal Constitucional señaló que «el hecho de que, con posterioridad a la normativa impugnada, el legislador estatal haya regulado en los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, las reglas de acceso de los legitimados a los archivos digitales de personas fallecidas, con la expresa mención de que «en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio se estará a lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación» (art. 96.4), no permite sanar la carencia de competencia autonómica para aprobar los preceptos legales impugnados» (la cursiva es mía). La razón es que «esta salvedad nunca podrá entenderse referida a la ordenación de los registros e instrumentos públicos a que se refiere el artículo 149.1.8 CE» (F. J. 4.º).

<sup>52</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 7. *Contra*, MORATALLA ESCUDERO, «La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital», p. 1 (<https://elderecho.com/moratalla-escudero>) se muestra favorable a la creación de un registro *ad hoc* de herencias y legados digitales, accesible por los causahabientes y el resto de interesados, a través de los notarios. Este autor utiliza como símil el servicio ofertado por la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), constituida en 2002 por el Consejo General del Notariado, para que los ciudadanos obtengan de las Notarías, vía Internet, los certificados de últimas voluntades.

<sup>53</sup> *BOE*, núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

En efecto, el artículo 96 finaliza su tenor con un último apartado en el que se indica que «[l]o 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».

## VI. CONCLUSIONES

En este estudio se ha abordado la novedosa regulación introducida por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en la que se contemplan sendos preceptos relativos a los datos personales de las personas fallecidas y el derecho al testamento digital (art. 3 y 96).

La primera de estas normas se hallaba ya prevista, si bien en términos muy diferentes, en el antiguo artículo 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de datos de carácter personal.

Los resultados de las modificaciones que, en esta disposición, ha introducido la nueva LO 3/2018 no pueden calificarse sino como desafortunados. La legitimación para instar actuaciones respecto de los datos de la persona fallecida es la misma que antes: quienes se hallaren vinculadas a ella por «razones familiares» o «análogas», a la que se ha sumado ahora una mención también a los herederos de ese sujeto. No obstante, lo que resulta llamativo es el elenco de derechos que se reconoce a estos sujetos, que coincide básicamente con los que la persona fallecida tenía en vida (acceso, rectificación y supresión), pero que quedan notablemente ampliados –sin ninguna justificación y con riesgo de lesión a la intimidad pretérita del causante– respecto de los que preveía el artículo 2.4 del Reglamento de 2007 (la mera cancelación de los datos).

El derecho al testamento digital, del artículo 96 LOPD 2018, sí constituye una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aunque el legislador catalán había regulado ya esta misma cuestión en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Como hemos sostenido a lo largo de este estudio, el precepto tampoco resulta adecuado por varias razones.

En primer lugar, por la propia denominación que se otorga a este derecho. El llamado testamento digital regulado en este artículo 96 LOPD no es tal. No hay testamento *on line* y las empresas que lo ofertan en Internet no dejan de ser meras intermediarias que

ponen a sus clientes en contacto con el fedatario público correspondiente después de prestarles cierto asesoramiento jurídico. Pero es que, además, si uno lee atentamente el tenor literal de este precepto enseguida descubre que, en realidad, este no se limita a regular las llamadas «últimas voluntades digitales del causante», sino que –como primera cuestión– se refiere al elenco de legitimados que pueden dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para solicitar el acceso a los contenidos digitales del causante e impartirles (ellos) las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Desde un último punto de vista, el término «testamento digital» también resulta incorrecto, pues muchos de los archivos o bienes digitales del causante son, en realidad, «intransmisibles» (empezando por los propios perfiles de las redes sociales a los que se refiere de manera expresa el artículo 96.2).

Al margen de la cuestión terminológica, el precepto merece también un reproche –como el anterior– desde la perspectiva de la amplitud de los legitimados para impartir instrucciones a los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre los archivos digitales del causante [que vienen a coincidir quienes podían ordenar actuaciones en relación con sus datos personales en el marco del artículo 3 LOPD], máxime si a continuación se examina el también extenso abanico de instrucciones que estos pueden dar. En concreto, sobre la «utilización, destino o supresión» de esos archivos. Es cierto que la norma menciona que tales sujetos quedan privados de legitimación cuando «así lo establezca una ley». No obstante, hubiera sido preferible la solución adoptada por la Ley 10/2017, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, que –por un lado– concede legitimación para ejecutar las voluntades digitales del causante exclusivamente al heredero o albacea universal o a la persona designada para ello. Y, por otro, circunscribe el tipo de actuaciones que estos legitimados pueden instar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la comunicación de la defunción, la cancelación de las cuentas activas y, solo si «procede», podrán pedir que se les entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores [lo que ha de entenderse en el sentido de que el causante hubiera dado su autorización]. El *acceso* a los contenidos de las cuentas y archivos se hace depender también del consentimiento del causante o de la existencia de una autorización judicial (art. 6.2 y 6).

El nuevo artículo 96 plantea también la no menos espinosa cuestión de hasta qué punto las condiciones generales de uso de las plataformas que gestionan redes sociales deben atenerse a las pres-

cripciones que introduce el nuevo artículo 96.2 LOPD, tanto en lo que se refiere a lo que se puede hacer con estos perfiles como respecto de quiénes han de considerarse legitimados para hacerlo, pues las previsiones de la ley distan de las soluciones que los gestores de estas plataformas tienen previstas para estos casos. Pero lo que realmente preocupa, en este último ámbito, son aquellas condiciones generales que consagran la intransmisibilidad de los archivos alojados en sus redes o que directamente disponen su apropiación por el gestor de la plataforma en caso de fallecimiento del titular, que deben considerarse contrarias a Derecho.

En último término, el artículo 96 deja pendiente una cuestión que no deja de tener importancia a juzgar por el reciente fallo del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de enero, en el que se ha declarado la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales del Parlamento de Cataluña. En concreto, aquellos referidos al nuevo Registro electrónico de voluntades digitales.

La forma de las voluntades digitales, de las instrucciones que el causante deja acerca del destino de sus activos digitales, será una cuestión que resuelva el Reglamento de desarrollo de la ley. Si el documento de instrucciones constituye en realidad un acto de últimas voluntades digitales, este deberá cumplir los requisitos formales de los testamentos pues no hay una herencia digital distinta de la analógica.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENACH, Ernest y PUEYO, Miquel: «Web 2.0, identitat digital. La vida, el temps, la mort, la memoria i la identitat». *Revista de biblioteconomia i documentació*, 2013, núm. 57, pp. 71-80.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación». Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 24 de enero de 2019. *El Notario del Siglo XXI*. Revista 84, pp. 1-8.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La disposición sucesoria del patrimonio digital». *La Ley digital* 9284/2017, pp. 1-10.
- «El tratamiento de datos de personas fallecidas». *La Ley digital* 4474/2018, pp. 1-13.
- «Disposición *mortis causa* del patrimonio digital». *La Ley digital* 14697/2018, pp. 1-5.
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier: «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 39-44.

- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «La transmisión hereditaria de archivos digitales». *Blog* 10 julio 2014 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>], pp. 1-3.
- «La transmisibilidad por causa de muerte en el mundo digital». *Blog* 17 julio 2014 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/118/73/la-transmisibilidad-por-causa-de-muerte-en-el-mundo-digital>], pp. 1-4.
- «El Notario, el testamento online y el heredero digital». *Blog* 11 marzo 2015 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-online-y-el-heredero-digital>], pp. 1-5.
- «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 45-52.
- «Análisis del Anteproyecto sobre herencia digital en Cataluña-I». *Blog* 28 febrero 2017 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/1414/73/analisis-del-anteproyecto-sobre-herencia-digital-en-cataluna-ii>], pp. 1-4.
- MORATALLA ESCUDERO, José Ramón: «La herencia y la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital» [<https://elderecho.com/moratalla-escudero>], pp. 1-6.
- PRENAFETA RODRÍGUEZ, Javier: «Legado digital ante notario», [<http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>], pp. 1-8.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: «Comentario del artículo 3 LOPD», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. A. Troncoso Reigada). Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco: «Testamento digital», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 26-38.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes: «Comentario de los artículos 16 y 17», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. A. Troncoso Reigada). Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Las voluntades digitales: marco normativo actual». *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 418-440.
- VELA SÁNCHEZ-MERLO, Cayetana: «La privacidad de los datos en las redes sociales», en *Revista española de protección de datos*, núm. 5, julio-diciembre 2008, pp. 231-27.
- VENNIN, Ariane: «Comment organiser sa mort numérique, qu'advient-il de nos données après notre décès?» (<https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advient-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>).