

El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*?

Álvaro Adán Vega

Procurador de los tribunales

Doctorando en Derecho y Sociedad.

Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

alvaro.adan.vega@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0003-5468-4807>

Extracto

Con la era de internet han aparecido nuevos bienes y servicios digitales y otros, que antes tenían soporte físico, se han digitalizado. A su vez, se ha instaurado una estructura telemática en las comunicaciones y, con la expansión digital de las redes sociales, ha surgido una nueva manifestación de la personalidad: la identidad digital. Ante este escenario, surge el interrogante sobre cuál debe ser el destino de todos estos bienes, productos y contenidos digitales tras la muerte de su titular. Este artículo pretende ofrecer una solución holística sobre esta materia. Para ello, se articulan diferentes mecanismos sucesorios atendiendo a la distinta naturaleza de los bienes digitales y se analiza el marco normativo aplicable para cada tipo de sistema hereditario. Se estudian los conceptos de la «herencia digital» y del «derecho al testamento digital» y se aborda un estudio crítico de la legislación vigente al respecto. Todo ello desde una perspectiva doctrinal. Finalmente, se pone de manifiesto la necesidad de velar por la memoria *defuncti* y de respetar el derecho a la intimidad pretérita del difunto.

Palabras clave: herencia digital; testamento digital; testamento *online*; patrimonio digital; personalidad virtual; propiedad intelectual *online*; personalidad digital; memoria *defuncti*; intimidad pretérita.

Recibido: 17-04-2024 / Aceptado: 07-05-2024 / Publicado: 03-07-2024

Cómo citar: Adán Vega, Á. (2024). El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 282, 29-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.21565>



The post-mortem fate of digital assets: digital inheritance and testament. Is the privacy of the deceased respected?

Álvaro Adán Vega

Abstract

With the internet age, new digital assets and services have emerged and, others that previously had physical support have been digitised. At the same time, a telematic structure has been established in communications and, with the digital expansion of social networks, a new expression of personality has emerged: digital identity. Faced with this scenario, the question arises as to what should be the fate of all these digital assets, products, and contents after the death of their owner. This article aims to provide a holistic approach to this matter. To this end, different succession mechanisms are articulated, taking into account the different nature of digital assets, and the applicable regulatory framework for each inheritance system type is analysed. The concepts of «digital inheritance» and «digital testament right» are explored, and a critical examination of the current legislation on this matter is undertaken. All this, from a doctrinal perspective. Finally, the need to safeguard the memory of the deceased and to respect the right to the deceased's past privacy is brought to the fore.

Keywords: digital inheritance; digital will; online will; digital estate; virtual personality; online intellectual property; digital personality; memory of the deceased; past privacy.

Received: 17-04-2024 / Accepted: 07-05-2024 / Published: 03-07-2024

Citation: Adán Vega, Á. (2024). El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 282, 29-60. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21565>



Sumario

1. Introducción: La era de la digitalización
 2. La muerte en el mundo digital: Muerte 2.0
 3. Los diferentes tipos de bienes digitales
 4. El patrimonio digital, la identidad virtual y la identidad digital
 5. La sucesión testamentaria del patrimonio digital. ¿Testamento digital?
 6. La sucesión testamentaria de la personalidad virtual o de la propiedad intelectual *online*
 7. La herencia digital. El destino *post mortem* de la personalidad digital
 8. El tratamiento de los datos personales del difunto y el derecho al testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018
 - 8.1. Los datos personales de las personas fallecidas
 - 8.2. El derecho al testamento digital
 9. La memoria *defuncti* y el derecho a la intimidad pretérita
 10. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción: La era de la digitalización

El vertiginoso crecimiento de las tecnologías y de las herramientas de internet ha generado una transformación sin precedentes en la manera en que las personas se relacionan e interactúan con el mundo. Jeff Bezos, fundador de la empresa Amazon, lo ha referido del siguiente modo: «El cambio ha sido extraordinario. Ninguna otra tecnología se ha desarrollado tan deprisa y globalmente como internet. Probablemente sea inédito en la historia de nuestra civilización» (Okdiario, 2021).

Internet se ha convertido en algo mucho más complejo que un medio de comunicación o que una simple fuente de información. La red se ha transformado en un vasto y dinámico mercado en el que es posible comprar y adquirir bienes y servicios de todo tipo. La accesibilidad sin restricciones ha abierto las puertas a un mundo de infinitas posibilidades comerciales en donde las barreras geográficas y horarias han desaparecido. Desde cualquier dispositivo digital conectado a la red, los consumidores pueden explorar una amplia gama de productos y servicios, comparar precios o realizar transacciones con solo unos pocos clics. Los usuarios adquieren productos a través de las plataformas comerciales de los grandes almacenes, que son seguidamente enviados a sus domicilios a través de servicios de mensajería. De hecho, hoy en día es posible adquirir prácticamente cualquier artículo a través de Amazon y recibirlo al día siguiente en la puerta del domicilio. Otras plataformas, como Uber Eats o Just Eat, distribuyen comida rápida a domicilio y prácticamente todos los supermercados ofrecen la opción de hacer la compra de la semana *online*.

La red informática no solo ha facilitado la compra en línea de bienes y productos, sino que ha propiciado que muchos se hayan transformado en bienes digitales. Pensemos, ¿cuántos de nosotros seguimos comprando hoy en día discos de música? ¿Sigue siendo habitual adquirir películas en soporte DVD? Lo cierto es que han surgido numerosas aplicaciones y empresas digitales orientadas a distribuir estos contenidos de forma exclusivamente virtual: en *streaming*. A través de Spotify se puede acceder a un amplio contenido de música y de podcasts digitales. Otras aplicaciones, como Netflix, Disney+ y HBO, ofrecen el acceso a una amplia gama de películas y series. La compra de los libros se produce de forma instantánea mediante su descarga digital a través de un lector de *ebooks*. Incluso algunas empresas, como por ejemplo Audible, han comercializado el suministro de audiolibros: grabaciones de libros leídos en voz alta. La lista de ejemplos podría ser inagotable,

pero la idea es concisa: los artículos que años atrás estarían guardados en una vieja estantería, ahora quedan almacenados en un dispositivo digital y, de entre ellos, más probablemente en un teléfono inteligente (aunque de «teléfono» cada vez van teniendo menos).

Pero este proceso de digitalización también ha abarcado otras esferas importantes para el tráfico jurídico. Los servicios de banca comercial han acercado sus servicios al ciudadano a través de sus páginas web y de sus aplicaciones digitales. En la actualidad, ya no es necesario acudir a una entidad bancaria para comprobar el saldo en cuenta, devolver un recibo, efectuar una transferencia o realizar un pago instantáneo (Bizum); lejos de ello, prácticamente todas las operaciones bancarias se vienen realizando a través de las cuentas digitales. Por otro lado, la aparición de las criptomonedas ha implementado un cambio sin precedentes en el mundo financiero y tecnológico. Estas monedas virtuales (como Bitcoin o Ethereum, entre otras) implican una innovación con múltiples y profundas peculiaridades: son monedas digitales y descentralizadas que ofrecen transacciones seguras sin la necesidad de intermediarios; además, no residen físicamente en ningún lugar, son activos digitales que se almacenan en monederos virtuales (*wallets*) y cuya propiedad queda asegurada mediante unas claves criptográficas que flotan en una red descentralizada conocida como *blockchain*.

Las comunicaciones también han experimentado una profunda metamorfosis. En el epicentro de esta transformación está el correo electrónico, como pionero y principal precursor de la digitalización de las comunicaciones. Los servidores de correo electrónico, como Gmail, Outlook o Yahoo, gestionan el intercambio de mensajes de correo electrónico a través de la red, con una dinámica que se asemeja al correo postal tradicional, pero con la capacidad de enviar mensajes instantáneos a cualquier parte del mundo e incluso adjuntar archivos o documentos. Junto a ello, han irrumpido otras plataformas de mensajería instantánea, como WhatsApp, para comunicarse a través de dispositivos móviles mediante mensajes de texto, voz, imágenes o vídeos.

Las redes sociales, por su parte, además de operar como servicios de mensajería, han ampliado aún más el alcance de las comunicaciones al permitir que las personas puedan compartir contenido de manera instantánea con público de todo el mundo. Estas comunidades virtuales (Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, entre otras) han democratizado la creación y difusión de la información. Son el máximo reflejo de una Web 2.0 en la que los individuos no solo consumen información, sino que generan y distribuyen sus propios contenidos. A través de estas redes sociales, los usuarios comparten textos, fotografías o vídeos, generalmente de sí mismos, con lo que estos espacios de comunicación en línea operan como una suerte de «álbumes públicos» en donde las personas exponen los contenidos audiovisuales que desean compartir con otros usuarios. Se trata de un nuevo paradigma digital, en el que la presencia en línea ha adquirido una relevancia fundamental y ha propiciado el surgimiento de una identidad digital que modela la interacción con el entorno virtual y que trasciende más allá del mundo físico pero que, a su vez, tiene una importante incidencia en la vida real. Una identidad digital que no solo refleja nuestras preferencias y actividades en línea, sino que también influye en nuestra percepción y relación con el mundo real.

2. La muerte en el mundo digital: Muerte 2.0

A consecuencia de las actividades de las personas en internet y de todos los contenidos que almacenan, publican y distribuyen, ha surgido el concepto de la huella digital (Madden *et al.*, 2007), que alude, en términos generales, a la suma de información personal que queda registrada en la web, conformando la identidad digital de una persona, es decir, la representación virtual de la identidad en línea y que se nutre del amplio rastro de contenidos que una persona deja almacenados en la red. La presencia de la huella digital plantea una serie de interrogantes sobre el destino de toda esa información tras el fallecimiento del individuo, toda vez que todos esos datos continuarán vigentes en internet (Adriano Fabre y Hernández Sánchez, 2021, p. 131).

¿Cuál debe ser es el destino de los perfiles en línea del difunto?, ¿han de permanecer accesibles en internet de forma indefinida?, ¿los bienes digitales tienen que transferirse a sus herederos?, ¿quién tiene la autoridad para determinar el destino del perfil de una persona fallecida?, ¿es posible mantenerlos activos o es necesario eliminarlos?, ¿existe el testamento digital?, ¿existe la herencia digital?, ¿las personas legitimadas podrían acceder a los contenidos del difunto? De hecho, según un estudio desarrollado por el Instituto de Internet de la Universidad de Oxford, Facebook corre el riesgo de transformarse en un vasto cementerio digital para finales de este siglo. Se argumenta que, si la tendencia de aumento en el número de usuarios persistiera y las cuentas de los usuarios muertos no se suprimiesen, la plataforma podría acumular alrededor de 4.900 millones de perfiles pertenecientes a usuarios ya fallecidos y, con ello, superar el número de cuentas correspondientes a las personas vivas. No obstante, para que esta cifra superase la cantidad de perfiles de usuarios vivos, sería necesario que el ritmo de crecimiento de usuarios se mantuviera constante (Öhman y Watson, 2019).

En la actualidad, es más fácil almacenar información digital que gestionar su borrado y, por tanto, la información tiende a permanecer *online* de forma indefinida. De hecho, por este motivo surgió la necesidad de contemplar el nuevo derecho al olvido digital. Pero esta misma cuestión también plantea otro enfoque diferente: ¿cómo se deben gestionar los contenidos digitales de una persona después de su muerte? Surge la necesidad de tutelar y regular unos mecanismos de herencia digital que ofrezcan soluciones sobre el destino de los bienes digitales de los difuntos. Sin embargo, ¿tales mecanismos deberían operar de forma indistinta para todo el legado digital del difunto? O bien, ¿se deberían aplicar las disposiciones testamentarias previstas en nuestro derecho civil para todo el patrimonio digital en su conjunto? Es decir, ¿se debe ofrecer idéntica o distinta solución a una cuenta de Instagram con vídeos y fotografías personales que a un lote de Bitcoins con un valor de 30.000 euros? ¿Una cuenta de usuario en CaixaBank merece el mismo tratamiento *post mortem* que una cuenta de correo electrónico en Gmail? Dicho de otro modo? ¿Todo lo digital, por el mero hecho de ser digital, precisa de una regulación sucesoria *ad hoc*? Pues bien, para poder hacer frente a estas cuestiones, deviene preciso aclarar primero algunos conceptos.

3. Los diferentes tipos de bienes digitales

En su conjunto, los bienes digitales se conforman por aquellos productos o servicios intangibles que pueden ser almacenados, distribuidos y consumidos a través de medios electrónicos. Se caracterizan por no tener una forma física tangible y ser accesibles mediante dispositivos digitales. Entre los bienes digitales se encuentra una gran variedad de supuestos: libros electrónicos, música descargable, *software* de programas, vídeos, fotografías, publicaciones en línea, cuentas en redes sociales, criptomonedas, servicios de suscripción, almacenamiento en nube, videojuegos, etc.

El monto de bienes digitales resulta prácticamente inconmensurable. Además, estos abarcan diferentes esferas, desde antiguos bienes físicos (ahora digitalizados), hasta otros elementos que merecen de tutela constitucional, como el correo postal digitalizado (*email*), protegido por el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 CE), o los contenidos audiovisuales publicados en las redes sociales, protegidos por el derecho a la propia imagen (art. 18.3 CE)¹. Siguiendo a Conde Rodríguez (2022, p. 12), podemos tratar de agrupar los bienes digitales de la siguiente manera:

1. Cuentas en línea: se referirían a las cuentas de las plataformas de banca *online*, en *wallets* de criptomonedas, en servicios de pago (como ApplePay, PayPal) o en tiendas virtuales (Amazon, AliExpress), entre otros.
2. Perfiles en redes sociales: incluirían las cuentas en plataformas como Twitter, YouTube, Instagram, Skype, Snapchat, WhatsApp, Facebook, páginas de citas, Strava o Garmin.
3. Cuentas de correo electrónico: aquellos perfiles de las plataformas orientadas a la mensajería digital, como Outlook, Gmail o Yahoo.
4. Software de servicio: aplicaciones destinadas a ofrecer servicios como el almacenamiento en nube (Dropbox, iCloud o Google Drive) u otras herramientas de trabajo o edición (por ejemplo, Open Office o Picsart).
5. Licencias y servicios de transmisión: plataformas como Spotify, Netflix, Amazon Prime, y otros servicios similares, mediante las que se ofrece el acceso a contenidos en streaming² y con suscripción.

¹ La STC 27/2020, de 24 de febrero (Norma CEF NCJ064675), aclaró que el hecho de que un usuario publicara una fotografía en una red social no amparaba que un tercero pudiera disponer de dicha fotografía ni publicarla en otro medio diferente; aunque el usuario la hubiera colgado en un perfil público, mantenía su derecho a la propia imagen, siendo que dicha imagen solo podría ser observada en el muro donde su usuario había decidido publicarla.

² El *streaming* es la tecnología que permite la transmisión continua de contenido multimedia a través de internet, permitiendo la reproducción del contenido en tiempo real y sin necesidad de descarga previa.

6. Datos generados por el uso de internet; *grosso modo* son aquellos que dejan un rastro en internet conocido como huella digital.

Ahora bien, dentro de este grueso de bienes digitales, es posible establecer otro tipo de subdivisión más sencilla y también más práctica a efectos sucesorios. La cuestión es que algunos de estos bienes digitales se integran por elementos de naturaleza personal, mientras que otros tienen un marcado carácter patrimonial (Aguas Valero, 2022, p. 68). De esta afirmación se derivan dos consecuencias: por una parte, sucede que la huella digital, integrada por elementos no tangibles, da lugar a un espectro de personalidad virtual que trasciende la esfera física de la persona; por otra, resulta que puede estar integrada o haber generado un patrimonio digital, diferente al patrimonio analógico tradicional, pero con un claro valor económico. La clasificación de los bienes digitales es una cuestión compleja, pero lo que resulta evidente es que existen bienes digitales con un valor económico, más o menos tangible (por ejemplo, el saldo favorable en una aplicación de pago como PayPal), y otros que, careciendo de un valor económico objetivable, son principalmente de naturaleza personal o sentimental (blogs, perfiles en redes sociales, vídeos o fotos almacenados en la nube, etc.) (Otero Crespo, 2019, pp. 91-93).

Es decir, muchos de estos bienes digitales tienen un valor económico sustancial, como las criptomonedas o los saldos positivos de las cuentas de banca comercial *online*. Pero, por otro lado, hay otros bienes que carecen de contenido patrimonial alguno y que, lejos de ello, tienen un marcado carácter personal: las fotografías publicadas en las redes sociales, los mensajes privados cursados a través de los canales de comunicación, etc. En ambos casos, surge la pregunta sobre cuál ha de ser su destino una vez se produzca la muerte de su titular. Mientras que la sucesión de los bienes con contenido patrimonial puede regirse por las normas civiles de sucesión, la cuestión resulta más controvertida para el caso de los segundos. Y esto se complica aún más si se tiene en cuenta que, en ocasiones, para poder acceder a los bienes con contenido económico será necesario disponer de una cierta información personal indispensable: las cuentas y las contraseñas. Es por ello que surge el debate acerca de cómo conciliar la transmisión hereditaria de los bienes digitales con valor económico y la protección de los bienes digitales de carácter personal, protegidos por la normativa de protección de datos (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 121) o por los derechos de la personalidad contemplados en el artículo 18.1 de la CE. En todo caso, parece que resulta posible atisbar un primer enfoque en la resolución de esta compleja cuestión, relativa a la sucesión hereditaria de los bienes digitales, al menos respecto a aquellos bienes con contenido económico o patrimonial, pues su naturaleza digital no debería de ser un obstáculo para que su tratamiento fuera el mismo que el dispuesto para los bienes físicos o analógicos.

4. El patrimonio digital, la identidad virtual y la identidad digital

Al mismo tiempo, deviene necesario distinguir otra cuestión de importancia terminológica para el tratamiento *post mortem* de los bienes digitales. Se trata de diferenciar, por un

lado, el patrimonio digital y, por otro lado, la identidad o la personalidad virtual o digital. En un sentido estricto, el patrimonio digital se definiría como aquel conjunto de bienes digitales que poseen un contenido económico o patrimonial. El patrimonio digital es el conjunto de todos los activos con valor monetario y que pueda revestir de importancia desde un prisma patrimonial. En palabras de Conde Rodríguez (2022):

Se hace necesario esclarecer que el patrimonio digital y la identidad digital no son lo mismo, de hecho, ni siquiera están amparados por el mismo precepto constitucional. Por un lado, el patrimonio digital, de carácter económico –derecho a la propiedad privada y la herencia– se encuentra en el artículo 33 de la Constitución Española. Por otro lado, la identidad digital, vinculada a la dignidad de la persona, se encuentra amparada por el artículo 10 de la Constitución Española (p. 13).

Como resalta Cámara Lapuente (2019, p. 381), el testamento ordinario sería el medio apropiado para determinar el destino de los activos digitales que integran el patrimonio digital. Sin embargo, ¿qué sucede con la representación virtual de la persona, con esa identidad pública construida a lo largo de su presencia en las redes sociales o conformada a raíz de sus contribuciones en blogs?, ¿la eliminamos por completo?, ¿la conservamos activa durante un periodo de tiempo específico? (Luch Cerdá, 2016, p. 19). Cabe definir la personalidad virtual como una cuestión ajena al patrimonio digital, como el reflejo de la identidad personal de un usuario en la red, la manifestación de sí mismo durante su interacción virtual, el conjunto de textos, vídeos e imágenes que revelan su forma de ser y expresarse, su voluntad de exteriorizarse y de darse a conocer ante la sociedad digital. La personalidad virtual o digital alude a la representación o imagen de una persona en el entorno digital, lo cual incluye su presencia en redes sociales, blogs, foros, plataformas de juego en línea u otros medios de comunicación digital. Esta personalidad digital comprende toda la información generada por las interacciones y las actividades que una persona lleva a cabo en la red con el objetivo de conformar una percepción pública de su identidad en el entorno digital.

Dentro de esta personalidad o identidad digital, una parte de la doctrina ha comenzado a distinguir la personalidad virtual de la personalidad digital, en dos interpretaciones afines pero diferenciadas. Salamanca Rodríguez (2016) opina que la identidad virtual es «algo a caballo entre el nombre comercial y la propiedad intelectual», mientras que la identidad digital es «simplemente nuestra propia identidad usada en internet [...] de hecho la identidad digital y la identidad analógica son una misma cosa» (p. 28). De esta forma, la identidad virtual sería una especie de obra intelectual que persistiría más allá de la muerte y que podría ser transmitida a los herederos. Sin embargo, la identidad digital sería la manifestación de la personalidad en la red, con lo que sería única para el individuo y se debería extinguir con el fallecimiento (p. 29) o mantenerse de forma meramente conmemorativa para el recuerdo del difunto.

La identidad comprende todas las cualidades, habilidades o atributos que distinguen a una persona de otra. Al hablar de la identidad digital, nos referimos a los rasgos característicos con los que alguien se exterioriza en el mundo digital. La identidad virtual, sin embargo,

alude a la producción intelectual de unos contenidos que, a pesar de la autoría de su productor, difieren de la identidad o de la personalidad de su creador. Es decir, aunque la identidad virtual está asociada a la presencia *online*, se refiere a creaciones o producciones independientes a la propia persona del autor. Un ejemplo serían los vídeos de un famoso *youtuber* analizando las virtudes o deficiencias de los diferentes modelos de autocaravanas existentes en el mercado y que, además, podrían producir ciertos rendimientos económicos a raíz del número de visualizaciones o anuncios asociados a su reproducción. De otra parte, un *exemplum* de la personalidad digital podría ser la cuenta de Instagram de un joven de 20 años con fotografías y vídeos suyos, de sus viajes y de sus amigos. La identidad digital es simplemente la identidad del propio individuo en internet.

Lo cierto es que la terminología adoptada no parece la más favorable para esclarecer la cuestión, toda vez que la palabra «digital» significa, según la RAE, «que está ubicado o tiene lugar en línea, generalmente a través de internet», siendo sinónimo de esta misma acepción el término «digital». Es decir, en puridad, las palabras «digital» y «virtual» son sinónimos y, como se verá más adelante, algunas manifestaciones legislativas (como la del «testamento digital») incitan a una cierta confusión conceptual, por lo que no parece deseable que el esfuerzo doctrinal por sentar unas pautas interpretativas en el terreno de la herencia digital introduzca, a su vez, aportaciones que puedan resultar nuevamente confusas por su similitud lingüística. No obstante, aunque los términos no parezcan los más acertados, la distinción sí que parece ser vinculante de cara al tratamiento de ambos tipos de «identidades», por lo que mantendremos dicha distinción.

Así las cosas, la identidad virtual es algo similar a la propiedad intelectual en línea, es la producción artística, científica o literaria que un usuario cuelga o explota a través de internet. Ciertamente, estos elementos se desligan de la identidad personal del usuario y, además, tienen un valor patrimonial propio por los derechos de explotación. Su transmisión *mortis causa* ha quedado regulada a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (en adelante, LPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Cuando una persona fallece, la identidad virtual puede ser transmitida a sus herederos, pero la identidad digital no debería ser transferible, pues, como apunta Conde Rodríguez (2022, p. 17), al coincidir con la personalidad analógica, es personalísima y, por ello, habría de extinguirse con la muerte de la persona.

5. La sucesión testamentaria del patrimonio digital. ¿Testamento digital?

Los bienes digitales con valor patrimonial se deberán incluir en la herencia tradicional. Es preciso tener en cuenta que no existe una herencia digital y otra analógica, sino que ambas son una sola, a pesar de su diferente naturaleza (Otero Crespo, 2019, p. 103). Esto no significa que se deba dejar de tener en cuenta que los bienes digitales y los físicos plantean particula-

ridades diferentes; es más, en el caso de los bienes digitales, resultará esencial contemplar las eventuales dificultades técnicas de su transmisión (Jiménez Lájara, 2016, p. 95), como su existencia, su lugar de almacenamiento o las contraseñas. Ahora bien, lo que debe quedar claro es que no existe una «herencia digital» independiente de la «herencia analógica». En este sentido, el artículo 659 del CC resulta bastante determinante al señalar que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». De hecho, de este precepto se puede inferir claramente que los términos «herencia» y «patrimonio» hacen referencia a un mismo concepto, entendido como el conjunto de los bienes en dos etapas diferentes: durante la vida se denominan «patrimonio» y después de la muerte se conocen como «herencia» (García Goldar, 2019, p. 78). Como señala Martín Pérez (2011), «son transmisibles *mortis causa* todos aquellos bienes y derechos, perfectamente constituidos, que pertenecen de modo definitivo al causante, no tienen carácter personalísimo ni están limitados a la vida del titular, y no están sometidos a ninguna regulación específica en cuanto a su transmisión» (p. 247). Por tanto, todos aquellos bienes digitales con valor patrimonial deberán formar parte de la herencia tras el fallecimiento de su titular.

La sucesión patrimonial *post mortem* se regula en el título III del libro III del Código Civil. Como especifica el artículo 658 del CC, «la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley»; es decir, se prevén dos tipos de sucesiones, la testada y la intestada. La sucesión testada contempla la facultad de una persona para disponer de todos o parte de sus bienes para después de su fallecimiento. La sucesión intestada o legítima regula la sucesión patrimonial de quien fallece sin testamento. En el presente, nos centraremos principalmente en la sucesión testamentaria con el objeto de esclarecer la idea del derecho al testamento digital.

El testamento, en su forma clásica, ha sido considerado por el derecho de sucesiones como la ley sucesoria que regula la distribución legal de los bienes tras el fallecimiento de su titular (Díez Picazo y Gullón Ballesteros, 2006, p. 114). Fundamentalmente, este es el principio adoptado por el Código Civil español al contemplar, en su artículo 667, que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento». La cuestión es que, independientemente de su contenido, el testamento debe cumplir con ciertos requisitos formales *ad validitatem*. Desde este prisma, se pueden distinguir dos tipos de testamentos: los comunes, entre los que se encuentran el testamento ológrafo, abierto y cerrado (art. 676 CC); y los especiales, que son el testamento militar, marítimo o el efectuado en país extranjero (art. 677 CC).

Por tanto, en contraposición a la definición positiva del testamento, no resultaría técnicamente correcto hablar de «testamento digital» o «testamento virtual» si las expresiones «digital» o «virtual» se entienden como el otorgamiento del testamento a través de medios digitales, puesto que tal forma de testamento no está permitida en ninguna de las modalidades contempladas:

1. Para resultar válido, el testamento ológrafo debe realizarse de forma manuscrita, contar con la firma del testador y con la fecha de su otorgamiento. Su auten-

tividad deberá ser acreditada por un notario, ante quien se deberá presentar el testamento en el plazo de 10 días desde que se tuviera conocimiento del fallecimiento. Ciertamente, este tipo de testamento lleva a plantearse si, en la era tecnológica actual, no se podría sustituir la redacción manuscrita por un archivo de vídeo, de audio o un texto redactado con firma digital. Pero lo cierto es que, más allá del debate acerca de su idoneidad o de las posibilidades de falsificación tecnológicas, actualmente el Código Civil no permite esta posibilidad: el testamento ológrafo debe hacerse por escrito, de puño y letra.

2. El testamento abierto puede ser otorgado de forma oral, escrita o mediante cualquier medio técnico ante notario. El hecho de que el artículo 695 del CC incluya la expresión «mediante cualquier medio técnico» incita a sopesar la posibilidad de un testamento *online*. Sin embargo, el texto final del testamento debe ser redactado por el notario y leído en voz alta por este para que el testador manifieste su conformidad y, en su caso, lo firme. En este aspecto sí cabría la alternativa de que el testador entregase al notario sus últimas voluntades en un archivo o soporte digital. Ahora bien, esta opción requiere, en todo caso, de la presencia física del testador en la sede notarial y de la intervención del notario, quien, entre otros aspectos, deberá dar fe de la identidad del testador y de su capacidad para otorgar testamento (696 CC). Por consiguiente, el testamento abierto tampoco podría ser otorgado por medios exclusivamente digitales.
3. La validez del testamento cerrado requiere que sea escrito, de puño y letra, por medios técnicos o en soporte electrónico y que se encuentre firmado manuscrita o digitalmente. Nuevamente, se incluye cierto margen de posibilidad informática en su confección; sin embargo, el testador debe comparecer con dicho testamento sellado y cerrado para su autorización ante un notario, el cual habrá de extender acta de su otorgamiento sobre la propia cubierta del testamento y dar fe de la identidad del testador, quien deberá firmar. Ciertamente, resulta posible la elaboración por medios digitales o su firma digital, aunque en todo caso habrá de estar escrito (con lo que no caben archivos de audio o vídeo). Ahora bien, la autorización notarial del mismo resulta inexcusable, por lo que en modo alguno podría hablarse de testamento *online*.
4. A través del testamento militar, los individuos empleados en el ejército podrán otorgar testamento ante un oficial (con rango mínimo de capitán), ante el capellán o facultativo que le asista, si estuviere enfermo, o ante dos testigos en caso de un peligro próximo de acción de guerra. También se podrá otorgar testamento cerrado ante un comisario de guerra, con funciones de notario, conforme los artículos 706 del CC y siguientes. Dichos testamentos habrán de ser remitidos al Cuartel General y, de este, al Ministerio de Defensa. En caso de fallecimiento, el Ministerio de Defensa lo remitirá al Colegio Notarial del último domicilio del difunto. Por tanto, el testamento militar no puede efectuarse más que oralmente o respetando lo dispuesto para el testamento cerrado.
5. Los testamentos marítimos, que podrán ser abiertos, cerrados u ológrafos, se otorgarán ante el contador o comandante, que los custodiarán haciendo mención de ellos en el diario de navegación. En este caso, el contador o comandante susti-

tuye a la figura del notario, pero su otorgamiento debe respetar lo dispuesto para los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados.

6. Para el caso del testamento hecho en país extranjero, el artículo 732 del CC refiere que «los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen» y, de estos, el artículo 733 del CC solo prohíbe los testamentos mancomunados. Por tanto, y salvo que se otorgue ante un funcionario diplomático o consular de España, la posibilidad de que el testamento fuera otorgado por medios meramente digitales sí podría ser válida, dependiendo del derecho del país en cuestión si con ello se respetaran las formas establecidas. Sin embargo, dicha validez dependería de una legislación diferente a la española, con lo que se debe seguir excluyendo el testamento *online* dentro de nuestro sistema civil.

No obstante, una cosa es que no se pueda otorgar testamento por medios exclusivamente digitales y otra muy diferente es que un testamento no pueda incluir disposiciones relacionadas con el patrimonio digital, siempre que cumpla con las formalidades testamentarias tradicionales. En un sentido literalmente estricto no existe el «testamento digital», pues no se puede testar «digitalmente», pero sí puede hablarse de «testamento digital» cuando se recojan disposiciones relativas a los bienes digitales (Otero Crespo, 2019, pp. 95-97). Es decir, el «testamento digital» puede implicar dos interpretaciones diferentes: aquel testamento que incluya disposiciones referentes a los bienes digitales del testador, que sí es posible, o aquel testimonio efectuado a través de internet, que no lo es. Dicho de otro modo, es válido el testamento digital que disponga sobre los bienes digitales, pero no el testamento en línea como tal (Llopis Benloch, 2016, pp. 46-49). A fin de salvar esta circunstancia, es conveniente introducir el término del «testamento *online*» para diferenciarlo del «testamento digital». De esta forma, cuando se hable del «testamento *online*» se estará haciendo mención a la forma en que se elabora el testamento y no a su contenido (Conde Rodríguez, 2022, p. 24); mientras que el «testamento digital» será el documento legalmente válido por el que una persona otorga ciertas instrucciones hereditarias sobre su patrimonio y su presencia digital (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 124).

Además, es importante tener presente la peculiaridad plurilegislativa del derecho español en el ámbito civil, consagrada constitucionalmente en el artículo 149.1.8 de la CE. Dentro del derecho foral, pueden encontrarse algunas peculiaridades en materia sucesoria, como la posibilidad de establecer pactos sucesorios (comunidades autónomas de Aragón, de Navarra y de Cataluña) o la opción de otorgar testamento de forma mancomunada (comunidades autónomas de Aragón y del País Vasco), pero tampoco se contempla la posibilidad de testar de forma digital ni se incluye mención alguna al testamento digital. No obstante, interesa hacer una especial mención a la norma aprobada por la Comunidad Autónoma de Cataluña, 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. Se trata de la primera ley en introducir una normativa expresa en materia de herencia digital y cuya regulación se centra en regular las últimas voluntades digitales de la persona, es decir, en el destino *post mortem* de lo que hemos catalogado como «personalidad digital», pero no de los bienes digitales con valor patrimonial.

6. La sucesión testamentaria de la personalidad virtual o de la propiedad intelectual *online*

Denominamos «personalidad virtual» al rastro de un usuario en internet, conformado por aportaciones de contenido propio, pero que se desligan en sí mismas de su propia identidad personal. Se trata de todos aquellos contenidos artísticos, científicos, didácticos o de entretenimiento que un usuario produce y cuelga en la web. Si bien los realiza bajo su autoría, no tienen la finalidad primordial de dar a conocer a su autor. En este sentido, la personalidad virtual no es sino el reflejo de la propiedad intelectual en la red digital.

La propiedad intelectual abarca aquellos derechos otorgados a los autores y otros titulares, como artistas, productores u organismos de radiodifusión, en relación con la creación de sus obras y producciones. La LPI distingue entre derechos morales y derechos patrimoniales. En contraposición a los sistemas jurídicos anglosajones, la legislación española ofrece un claro respaldo a los derechos morales, los cuales se reconocen tanto para los autores como para los artistas intérpretes o ejecutantes. Estos derechos son irrenunciables e inalienables, quedan reconocidos lo largo de toda la vida del autor y se transmiten a sus herederos o causahabientes tras su fallecimiento. Entre estos derechos morales, se destaca el derecho al reconocimiento de la autoría de la obra o del nombre del artista en sus interpretaciones o ejecuciones, así como el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra o actuación y a evitar su modificación. Dentro de los derechos de carácter patrimonial, hay que distinguir entre los derechos relacionados con la explotación de la obra o prestación protegida, que a su vez se desglosan en derechos exclusivos y derechos de remuneración, y los derechos compensatorios. Los derechos exclusivos otorgan al titular el poder de permitir o prohibir la explotación de su obra o la prestación protegida por parte del usuario, así como el derecho a solicitar una compensación económica a cambio de la autorización otorgada. Los derechos de remuneración, a diferencia de los derechos exclusivos, no conceden al titular el poder de autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o de la prestación protegida por parte del usuario; sin embargo, sí imponen al usuario la obligación de pagar una cantidad de dinero por los actos de explotación efectuados. Los derechos compensatorios, como el de copia privada, compensan los derechos de propiedad intelectual que no se hayan recibido a causa de las reproducciones de obras o prestaciones protegidas destinadas exclusivamente para el uso privado del copista.

Dentro del entorno virtual, pueden encontrarse múltiples ejemplos de propiedad intelectual *online*: los canales de YouTube que incluyen contenidos originales y únicos que están protegidos por derechos de autor: vídeos, música, gráficos u otros elementos creativos que formen parte de la marca o del contenido del canal. Los sitios web o los blogs en donde se publican contenidos originales y exclusivos protegidos por derecho de autor: artículos, fotografías, ilustraciones, diseño gráfico, etc. Las publicaciones, las imágenes, los vídeos u otros contenidos compartidos en las redes sociales (como Twitter, Instagram, Facebook, TikTok, etc.) podrán estar protegidos por derechos de autor, siempre que sean originales y cumplan con los requisitos de protección de la LPI. En general, serán objeto de propiedad intelectual

todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas referidas en el artículo 10 de la LPI: escritos, discursos, conferencias, composiciones musicales, obras dramáticas, pantomimas, obras audiovisuales, dibujos, fotografías o programas de ordenador, entre otros.

El artículo 15 de la LPI establece que tras la muerte del autor corresponderá a la persona natural o jurídica a quien se lo hubiera confiado como disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos, los derechos consistentes en exigir el reconocimiento de la condición de autor y de exigir el respeto a la integridad de la obra impidiendo cualquier alteración. Las mismas personas tendrán el derecho a decidir acerca del destino de las obras no divulgadas durante la vida del autor y, durante un plazo de 70 años tras el fallecimiento, podrán decidir si divulgar la obra y en qué forma hacerlo. Se trata de derechos morales que se transmiten al designado expresamente por el autor o, en su lugar, a los herederos.

Ahora bien, ¿qué sucede con los derechos de explotación? El artículo 42 de la LPI establece que «los derechos de explotación de la obra se transmiten *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en derecho». En consecuencia, son susceptibles de transmisión a través de un testamento, de un legado o mediante sucesión intestada. Sin embargo, a tenor del artículo 26, los derechos de explotación le corresponden al autor durante toda su vida, pero solo durante 70 años después de su fallecimiento, con lo que aquellos designados herederos o legatarios gozarán de los rendimientos de la obra del causante pero solo durante dicho plazo.

Con base en todo lo anterior, cabe concluir que el contenido patrimonial de la personalidad virtual, consistente en los derechos de explotación y obtención de los rendimientos sobre las creaciones digitales, corre una suerte similar al propio patrimonio digital: es transmisibles *mortis causa* por cualquier medio admitido en derecho. En consecuencia, puede ser objeto de testamento, de legado y también puede ser heredado por sucesión *ab intestato*. Aun así, los derechos de explotación no forman parte, como tal, del patrimonio de una persona (aunque sí los rendimientos económicos generados por aquellos). Dado que los derechos de explotación no forman parte de la mesa hereditaria, no son susceptibles del tercio de legítima (art. 808 CC), gozando de un poder de disposición más amplio que el del propio patrimonio digital.

7. La herencia digital. El destino *post mortem* de la personalidad digital

El patrimonio digital, conformado por los activos digitales con un valor monetario inherente, al tratarse de bienes de naturaleza patrimonial, debe formar parte de la herencia, independientemente de su naturaleza digital (Santos Morón, 2018, p. 416). Nos referimos aquí al sentido tradicional de la herencia, tal y como se regula en la normativa civil. Por consiguiente, deberán incluirse en la masa hereditaria todos los bienes digitales que sean susceptibles de valoración económica: criptomonedas, acciones y participaciones en plataformas de inversión en línea, bienes virtuales dentro de juegos en línea con un mercado secundario activo (objetos virtuales que puedan ser comprados y vendidos), *tokens* no fun-

gibles (NFT) que representen obras de arte digitales, colecciones digitales, contenidos digitales con valor de reventa, etc.

La identidad virtual o todos aquellos elementos digitales objeto de propiedad intelectual no forman parte de la herencia tradicional. Sin embargo, los derechos de explotación se podrán transmitir *mortis causa* por cualquier medio admitido en derecho y tendrán una validez *post mortem* durante un plazo de 70 años para sus herederos o legatarios. Algunos ejemplos serían: sitios web o blogs con contenidos creativos e ingresos de afiliación, las patentes o derechos de autor de productos digitales, las cuentas de redes sociales con grandes seguidores y rendimientos publicitarios, el software o las aplicaciones informáticas, los diseños gráficos, las obras escritas, las composiciones musicales, las obras de arte digital, cortometrajes o *sketchs* humorísticos, los contenidos educativos en línea, las patentes tecnológicas, las experiencias inmersivas virtuales, los nombres de dominio, etc.

Sin embargo, ha surgido la necesidad de contemplar otro tipo de herencia digital, una herencia digital por la que se regule el destino de los bienes sin contenido patrimonial ni susceptibles de protección o explotación intelectual. Las plataformas de redes sociales se han integrado profundamente en la rutina diaria de las personas. Su influencia en la sociedad ha sido tan significativa que ha llegado a compararse con la revolución provocada por la invención de la imprenta en el siglo XV, aunque a una velocidad mucho más rápida. Estas plataformas virtuales facilitan la interacción entre usuarios que comparten información personal, revelan sus intereses particulares y exteriorizan sus rutinas diarias. En la actualidad, el impacto de las redes sociales es innegable, muchos viven sus vidas virtuales con una gran intensidad, compartiendo fotografías, vídeos, acontecimientos y actividades cotidianas. A raíz de esto, ha nacido una nueva personalidad digital que es, en cierto modo, el reflejo de la personalidad física en el mundo virtual, aunque más selecta. Los muros de las redes sociales son como «álbumes digitales» abiertos al público. Revelan la identidad con la que los usuarios quieren darse a conocer ante la sociedad digital. Con la muerte de su titular, surge el interrogante sobre qué hacer con estos perfiles, si mantenerlos o borrarlos, o cómo acceder a ellos para borrarlos, toda vez que estarán protegidos con contraseñas (Durán Rivacoba, 2020, p. 249). La herencia digital es un término que surge de la preocupación por el destino de todos estos elementos digitales que conforman la personalidad digital de una persona después de su muerte. La Ley 10/2017 de Cataluña, que ha sido la primera norma en regular la herencia digital, lo ha justificado así en su preámbulo:

Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado [...]. La legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones. Además, en el ámbito de las interacciones que se producen en las redes sociales a menudo nos encontramos ante derechos de carácter personalísimo que se extinguen con la muerte de la persona. Estas cuestiones y otras relacionadas han comenzado a generar inquietud en la ciudadanía y todo hace prever que esta

inquietud se incrementará a medida que se extienda el uso de las redes sociales y la presencia de las personas en estas redes y, en general, en los entornos digitales.

Dentro del compromiso de las instituciones europeas por establecer un marco con el que salvaguardar los derechos fundamentales en el proceso de transformación digital, manteniendo un orden ético y democrático, el 26 de enero de 2022 fue publicada, por parte de la Comisión Europea, la Declaración de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. En dicha declaración no se contenía ninguna alusión a la «herencia digital». Ahora bien, siguiendo con este proceso de «constitucionalismo digital», el 14 de julio de 2021 el Gobierno de España elaboró la Carta de Derechos Digitales de España. Se trata de un documento sin rango legal o reglamentario y que carece de fuerza normativa. Por tanto, los derechos establecidos en la carta no dejan de ser sino meras sugerencias o directrices para el futuro, sin ninguna vinculación normativa. Sin embargo, supone un impulso en el reconocimiento de los nuevos desafíos que se plantean en el entorno digital.

La Carta de Derechos Digitales de España, construida sobre el pilar de la dignidad personal, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad, tiene como objetivo asegurar que los derechos fundamentales existentes en el mundo analógico sean igualmente protegidos en el ámbito digital; su propósito no radica en la creación de nuevos derechos, sino en la aplicación de los ya reconocidos al espacio virtual para dotarlo de herramientas y garantías de protección. La Carta de Derechos Digitales de España se estructura en 6 capítulos y en total contiene 28 derechos digitales. Entre estos derechos digitales se contempla, en el apartado VII, el derecho a la herencia digital, a la que se dedican tres puntos. En el primer punto, se alude a la sucesión del patrimonio digital: «Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida». En el segundo punto, se establece una distinción importante entre los bienes digitales de naturaleza patrimonial susceptibles de transmisión y aquellos otros elementos digitales afectos a la personalidad del difunto que merecen de defensa, preservación y memoria: «Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido». En el tercer punto se introduce una cuestión de relevancia, la protección de la intimidad, del secreto de sus comunicaciones o de la supresión de la presencia digital: «Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino». De este modo, se contempla un concepto de la herencia digital más amplio que la mera sucesión de los bienes patrimoniales alojados en el ciberespacio, se trata de la idea de proteger la memoria de la personalidad, de la intimidad y del secreto de las comunicaciones digitales del difunto.

Desde un punto de vista estrictamente civil, Javier González Granado (2016) opina que «no existe una herencia digital como un conjunto de relaciones especiales separada de la herencia física» (p. 43). Ciertamente, el testamento notarial podría ser un medio adecuado para recoger las instrucciones *post mortem* acerca de las cuentas de correo electrónico, de los perfiles, del contenido en redes sociales o alojado en los espacios de almacenamiento en la nube. Esto implicaría la transmisión de la propiedad y de la responsabilidad sobre tales activos digitales (Prenafeta, 2014). De hecho, hay quienes opinan que el testamento notarial sería la única forma válida para regir el legado de la «historia digital» de una persona tras su muerte (Muñoz Catalán, 2022, p. 716), incluso aunque tales instrucciones no se recogiesen mediante disposiciones estrictamente testamentarias (García Herrera, 2018, p. 7). Sin embargo, lo cierto es que los contenidos extrapatrimoniales podrían considerarse parte de la sucesión, pero no de la herencia en un sentido estricto, toda vez que en ella no se incluyen los bienes extrapatrimoniales, las relaciones personales exclusivas o los derechos fundamentales, como los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen) o del secreto de las comunicaciones. La exclusión de estos elementos de la herencia en un sentido estricto no impediría la posibilidad de contemplar un derecho a la herencia digital con el que regir el destino de la personalidad digital del difunto.

La Ley 10/2017 de voluntades digitales de Cataluña, en su artículo sexto, ha definido las voluntades digitales *post mortem* como las disposiciones establecidas para que el heredero, el albacea o la persona designada a tal efecto, las ejecute ante los prestadores de servicios digitales en los que el causante tuviera cuentas activas. Contemplan el contenido y el alcance exactos de encargo conferido a una persona para que: comunique a los prestadores de servicios digitales la defunción, solicite la cancelación de las cuentas activas o la ejecución de las cláusulas contractuales contempladas para el caso de defunción de los titulares con entrega, en su caso, de una copia de aquellos archivos digitales. Además, la ley catalana aclara que estas disposiciones pueden ordenarse a través de testamento, de codicilo, de memorias testamentarias o de un documento a inscribir en un registro electrónico de últimas voluntades. Para el supuesto de que el difunto no hubiera previsto sus voluntades digitales, los herederos o el albacea universal podrán ejercitar ciertas acciones. Ahora bien, se precisa expresamente que los encargados de ejecutar dichas voluntades digitales no tendrían, salvo autorización judicial o expresa autorización del causante, derecho de acceso a los contenidos y archivos de las cuentas. Se trata de una importante previsión para salvaguardar la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales del causante, pues una cosa es llevar a cabo las acciones respectivas frente a los proveedores de servicios y otra diferente el derecho a acceder a las conversaciones o contenidos privados del difunto.

El artículo 10 de la ley de voluntades digitales de Cataluña disponía la creación de un registro electrónico de voluntades digitales a fin de inscribir en él los documentos de últimas voluntades digitales. La creación de este registro público tuvo como resultado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de la Abogacía del Estado, en el que se alegaba que el legislador catalán carecía de competencia para su creación, ya que no se trataba de un registro de naturaleza

administrativa, sino civil. Dicho recurso fue resuelto por la STC 7/2019, 17 de enero (Norma CEF NCJ063784), cuya controversia se centró en dilucidar si el registro era de naturaleza administrativa o civil, por cuanto que, a tenor del artículo 149.1.8.º de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva en la ordenación de los registros en materia de relaciones jurídicociviles. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad del registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña, concluyendo que no se trataba de un simple registro administrativo pues, al ordenar el destino del patrimonio digital por medio de los documentos inscritos, se desplegaban efectos jurídico-sustantivos que afectaban a las relaciones privadas *inter partes*, lo cual excedía la competencia ejecutiva del artículo 147 del Estatuto de Autonomía de Cataluña e invadía la competencia estatal dispuesta en el 149.1.8.ª de la CE (FJ 4.º).

8. El tratamiento de los datos personales del difunto y el derecho al testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, promulgada el 24 de octubre de 1995, marcó un hito significativo en la legislación para la protección de datos personales y su libre circulación. Fue propuesta por la Comisión Europea en 1990 en una época en la que internet y los motores de búsqueda aún estaban en sus etapas iniciales y no se podía prever su futuro impacto en la sociedad. A pesar de su amplitud, la aplicabilidad práctica de la directiva en relación con las actividades informáticas presentaba muchas lagunas, al no poder presagiar la rápida evolución y diversidad del uso de datos digitales. Después de 18 años en vigor, resultó evidente que la directiva no podía responder eficazmente al rápido avance digital, por lo que había de ser relegada. Este proceso de reforma culminó con la aprobación del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, conocido como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el 27 de abril de 2016, que derogó la Directiva 95/46/CE. El RGPD, directamente aplicable en todos los Estados miembro desde el 25 de mayo de 2018, introducía importantes innovaciones normativas para fortalecer la protección de los datos personales. Sin embargo, el RGPD no incluye ninguna referencia a la herencia o al testamento digital. Lejos de ello, en los considerandos 27, 158 y 160 se precisa que el RGPD no es de aplicación para la protección de los datos personales de las personas fallecidas.

En el ámbito nacional, la protección de datos personales se reflejó por primera vez en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre el tratamiento automatizado de datos personales. Posteriormente, con la transposición de la Directiva 95/46/CE, se promulgó la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales. Con la aprobación del RGPD, España tuvo que ajustar nuevamente su legislación interna a la normativa de la Unión Europea. Como resultado, el 5 de diciembre de 2018 se aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. La nueva Ley Orgánica 3/2018 pretende reconocer el impacto significativo de internet en la sociedad

y afronta la necesidad de garantizar la protección de los derechos digitales en esta nueva etapa. Dado que el RGPD es de aplicación directa en todos los países miembros, la normativa nacional no puede más que introducir ciertas precisiones respecto a la normativa comunitaria. En esta línea, se introduce una nueva normativa sobre los datos de personas fallecidas con la que, aun excluyendo su tratamiento del ámbito de aplicación de la ley, se permite que ciertas personas puedan solicitar el acceso, la rectificación o la supresión de los datos personales del difunto, siguiendo las propias instrucciones que aquel hubiera dejado establecidas. Además, se aborda la tarea de reconocer una serie de derechos digitales entre los que se contempla un nuevo derecho al testamento digital. No obstante, se puede encontrar un tenue antecedente en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrollaba la Ley Orgánica 15/1999, en cuyo artículo 2.4 se establecía que la normativa no era aplicable respecto a los datos de personas fallecidas, pero precisaba que las personas vinculadas al fallecido podrían dirigirse a los responsables del tratamiento con la finalidad de notificar el óbito y solicitar, en su caso, la cancelación de los datos.

La Ley Orgánica 3/2018 establece una doble regulación (Moralejo Imbernón, 2020). El artículo 3 trata sobre los «datos de las personas fallecidas» y en el artículo 96 se introduce un nuevo «derecho al testamento digital».

8.1. Los datos personales de las personas fallecidas

La regulación de los datos personales de las personas fallecidas se aborda en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, que se estructura en tres apartados. Según su apartado primero:

Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.

Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

La redacción de este párrafo plantea una serie de problemas. El legislador no ha especificado el grado del vínculo (sea de parentesco o de hecho), lo que supone que el grupo de personas potencialmente autorizadas resulte indeterminadamente amplio (Cámara Lapuente, 2019, pp. 423-426). En este aspecto, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) se ha pronunciado indicando que «se trata de una legitimación muy amplia, que va más allá de los herederos que son quienes "suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones" (artículo 661 CC)», y opinando que «dicha amplitud

responde a que dicha intervención no encuentra su fundamento en la sucesión hereditaria, de la que quedarían excluidos los derechos personalísimos que se extinguen por la muerte del causante, sino en la necesidad de proteger su memoria, estableciéndose, por tanto, en beneficio del fallecido» (AEPD, 2019). Ahora bien, esto no es del todo así, pues una cosa es la protección de la memoria *defuncti* frente a terceros y otra muy diferente es el acceso a los datos personales del difunto, lo cual supone una intromisión en su privacidad, máxime cuando el acceso queda a merced de un público tan amplio e indeterminado. La protección de los datos personales no debería incluir nunca el acceso a los datos personales del difunto, precisamente porque con ello se puede afectar a su estima y a su buen recuerdo. Salvo que el causante lo hubiera dispuesto expresamente, nadie debería disponer del derecho de acceder a sus datos personales, que incluyen conversaciones privadas, archivos personales y toda clase de información reservada a la esfera privada y que debe quedar en secreto.

Por otro lado, no se establece un método para resolver los posibles conflictos que pudieran surgir si varios individuos estuvieran legitimados al mismo tiempo, lo cual es una cuestión significativa, ya que podrían llegarse a presentar solicitudes incompatibles entre sí (imagínese que uno solicita la rectificación y otro la eliminación). Tampoco se precisa la cuestión relativa a la excepción de prohibición del causante. La ausencia de especificaciones sobre los requisitos formales deja abierta la posibilidad de considerar la validez de las declaraciones verbales (aunque esto no sea recomendable, debido a la dificultad para probarlas) o incluso la ejecución de instrucciones contradictorias. Además, la disposición del fallecido prohibiendo el acceso podría quedar anulada, según el texto literal de la norma, por el mero hecho de que los herederos solicitaran su acceso bajo el simple pretexto de la posible existencia de datos relevantes para el patrimonio. La normativa no exige que se presente ningún tipo de prueba para invalidar la disposición del fallecido prohibiendo el acceso a sus datos (Otero Crespo, 2019, pp. 115-116).

El apartado segundo, que tampoco está exento de crítica, establece que las personas o las instituciones que el fallecido hubiese designado expresamente también podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso, su rectificación o supresión. Parece entenderse que el hecho de que el causante designe expresamente a una persona o institución no excluye el derecho previsto en el primer apartado respecto las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. Lo lógico sería que, si el causante ya ha concretado a la persona o institución encargada de llevar a cabo sus designios, la tarea recayese exclusivamente sobre aquellos. Por otra parte, se refiere que se establecerán los requisitos y las condiciones para acreditar la validez de tales mandatos y, en su caso, el registro de los mismos a través de real decreto. Sin embargo, seis años después de la promulgación de la ley, el Poder Ejecutivo sigue sin haber ofrecido una regulación al efecto.

El apartado tercero concreta que, en el caso de los menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal. Nuevamente, al emplear la expresión «podrán ejercitarse también» parece incluir a las personas contempladas en el apartado primero (las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o

de hecho), lo cual puede implicar un conflicto entre unos u otros. Además, hay que tener en cuenta que, dependiendo del grado de madurez, el menor podría haber dejado constataadas sus voluntades *post mortem*. Para el fallecimiento de las personas con discapacidad, dichas facultades se podrán ejercitar por las personas designadas para las funciones de apoyo.

Como apunta Otero Crespo, hubiera sido más apropiado considerar en primer lugar la autonomía de la voluntad y luego incluir la regla subsidiaria aplicable (el grupo de personas autorizadas para actuar, en ausencia de instrucciones, frente a los proveedores de servicios) (2019, p. 118).

8.2. El derecho al testamento digital

Mientras que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 abordaba quién tenía legitimidad para solicitar el acceso, la rectificación o la eliminación de los datos personales del fallecido, el artículo 96 se ocupa de los «contenidos digitales» que estuvieran bajo el control de un «proveedor de servicios de la sociedad de la información». Si bien el precepto lleva por rúbrica «derecho al testamento digital», la realidad es que el artículo consagra un derecho de acceso, no a los datos personales del difunto, de lo que se ocupa el artículo 3, sino a los contenidos gestionados por los proveedores de servicios de la sociedad de la información.

El apartado primero de este artículo establece las reglas por las que se debe regular el acceso a los contenidos digitales de las personas fallecidas. A tal efecto, comienza indicando que:

Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

Este apartado comparte la misma imprecisión que el artículo 3; la fórmula empleada respecto a las «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» es extensivamente ambigua y, a su vez, se posiciona en igual rango con los «herederos» sin contemplar ningún tipo de previsión jerárquica entre ellos. En el párrafo segundo se precisa que dicho acceso quedará restringido cuando el difunto lo hubiera dejado expresamente prohibido, salvo para los herederos cuando el acceso tuviera como objeto el caudal relicto. Ahora bien, esta excepción a la prohibición deja abiertas las puertas de los herederos a todos los contenidos digitales sin ningún tipo de control.

En sentido parecido, la redacción resulta algo confusa y deficiente, pues se parte de la premisa de considerar que el causante no hubiera dispuesto instrucción alguna, con lo que de forma inmediata se concede el derecho de acceso a los contenidos digitales a un amplio público: familiares, personas cercanas y herederos. Este acceso solo quedaría restringido si el difunto lo hubiera previsto expresamente. Pero partiendo de esta redacción normativa, podría suceder que aun cuando la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente, cualquier persona pudiera aun así solicitar el acceso a los contenidos ocultando simplemente esta circunstancia, ya que no se contempla el requisito de verificar este extremo en ningún registro (el cual, tampoco existe aún). En este punto, la redacción empleada en el artículo sexto de la Ley 10/2017 de Cataluña resulta más acertado: el criterio utilizado parte de la existencia o de la inexistencia de disposiciones para, según el caso, contemplar consecuencias diferentes. Además, dicho precepto catalán parte de establecer una prohibición de acceso que quedaría inoperante solamente si el causante lo hubiera permitido expresamente. De hecho, en defecto de autorización, las personas a quienes correspondiera ejecutar las voluntades digitales solo podrían tener acceso a los contenidos digitales mediante autorización judicial. Del mismo modo, el Real Decreto 1720/2007, por el que se daba desarrollo reglamentario a la Ley Orgánica 15/1999, ya contemplaba esta circunstancia, también de una forma más acertada, al conceder a los causahabientes el derecho a notificar el óbito o a solicitar la cancelación de los datos personales, pero en ningún caso el acceso a los mismos.

Es decir, resulta preciso hacer tres observaciones. En primer lugar, la amplitud de la autorización contemplada en el artículo 96 a la hora de conceder el acceso a los datos personales del difunto. En segundo lugar, el hecho de que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra legislación no haya dado prioridad a la voluntad de la persona fallecida, refiriendo que puede denegar el acceso a sus datos (Moralejo Imbernón, 2020, p. 251), pero como una excepción o regla subsidiaria frente a la regla general, que es la de conceder el acceso *de facto*. En tercer lugar, que la forma de regular el destino de los contenidos digitales haya sido otorgar un derecho de acceso en lugar de otras medidas menos invasivas, como la solicitud de cancelación.

La segunda regla de acceso establece que «el albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». Con ello, se prevé la posibilidad de que el difunto pueda dejar nombrado un albacea testamentario o una institución para que ejecute sus disposiciones digitales póstumas. La figura del albacea está prevista en los artículos 892 a 911 del Código Civil y consiste en la persona designada por el testador para velar por la correcta ejecución de las disposiciones testamentarias y por la conservación de la masa hereditaria. La inclusión de la figura del albacea testamentario no debería ser motivo de confrontación, pues su finalidad estaría orientada a un trabajo colaborativo junto a los herederos y legatarios para cumplir con las disposiciones del testador digital. Rosales de Salamanca Rodríguez (2016, p. 33) considera que el albacea tiene la misión de transmitir la herencia digital (con contenido patrimonial, cabe suponer) del causante a los

legítimos herederos. Pero también sería factible que, atendiendo a la diferente naturaleza de los bienes digitales, el albacea pudiera gestionar y proteger los bienes digitales de carácter personal y, a la vez, actuar como administrador de los bienes digitales con valor patrimonial para su distribución y transmisión *mortis causa* (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 129). Ahora bien, nuevamente la redacción empleada por el legislador deja bastante que desear: por un lado, no se contemplan específicamente tales funciones y, por otro, se refiere que el albacea o la institución designada «también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». El empleo del adverbio «también» no excluye al resto de personas, sino que simplemente añade o incorpora al albacea o a la institución designada, con lo que se disipa su efectividad. Lo coherente en este sentido es que, si el testador hubiera dejado expresamente designado un albacea para la regulación de sus contenidos digitales, este fuera el único y exclusivo encargado de dar cumplimiento a sus expresas disposiciones.

La siguiente regla dispone que «en caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada». La cuarta y última establece que «en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado». Nuevamente, el empleo del adverbio «también» simplemente añade nuevas figuras a una sucesiva acumulación con la que, lejos de aportar soluciones precisas y concretas, se enreda y entorpece la cuestión.

El apartado segundo del artículo 96 determina que:

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.

Cabe entender que con este apartado el legislador ha pretendido incluir una mención específica a las redes sociales o servicios de comunicación digital equivalentes. La idea recogida es que los legitimados puedan decidir si mantener los perfiles de las redes sociales o eliminarlos, de lo que se puede deducir que en ningún caso cabría su modificación o alteración, ni tampoco su acceso. Este apartado no sería del todo desacertado si no fuera porque las redes sociales son prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que cabe el derecho de acceso, a tenor del artículo 96.1. En todo caso, el hecho de que se introduzca la voluntad del causante de forma subsidiaria es nuevamente digno de crítica.

El apartado tercero indica que «mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica». La Ley Orgánica 3/2018 entró en vigor el 7 de diciembre de 2018. Casi seis años después, dicha regulación reglamentaria brilla por su ausencia. Aunque se estableció que se determinarían los requisitos y condiciones para verificar el registro y la validez de los mandatos e instrucciones mediante real decreto, la labor reglamentaria no se ha afrontado y su omisión resulta inexcusable, pues se precisa de un real decreto que esclarezca las múltiples discordancias suscitadas a raíz del artículo 96 de la LOPD (Otero Crespo, 2019, p. 123).

Además, este apartado alude a la creación de un registro de testamentos digitales, similar al introducido por la ley catalana de voluntades digitales y que fue declarado inconstitucional. La ausencia de un registro de voluntades digitales vacía de eficacia las voluntades digitales póstumas, pues no se cuenta con criterios claros. Resulta imprescindible que se regule acerca de cuestiones básicas como el medio adecuado para plasmar las voluntades digitales póstumas o el nombramiento de los albaceas digitales. Estamos ante una práctica legislativa sumamente reprochable, basada en meros constructos teóricos que adolecen de las medidas reglamentarias necesarias para su adecuada implementación. Resulta crucial que se constituya un registro de últimas voluntades digitales y que se regulen los requisitos y las condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones. Hasta entonces, el «derecho al testamento digital» solo será un brindis al sol.

El último y cuarto apartado del artículo 96 refiere que «lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación». Es decir, se manifiesta que el fallecimiento en una comunidad autónoma con derecho foral propio es la condición determinante de la aplicación de la normativa autonómica propia. No hace falta agudizar mucho el ingenio para percatarse de que el legislador estaba más perdido que un pingüino en medio del desierto. Se equivoca gravemente al establecer la aplicación del derecho foral autonómico por la circunstancia del fallecimiento en un territorio autonómico. Como es conocido, la aplicación del derecho civil común o del derecho foral autonómico se determina por la vecindad civil, así lo establece el artículo 14.1 del CC: «La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil». Por tanto, el lugar del fallecimiento resulta irrelevante a tales efectos. Como apunta Otero Crespo (2020), el legislador debería haber hecho alusión a «los fallecidos con vecindad civil de una comunidad autónoma con Derecho civil propio» (p. 8).

9. La memoria *defuncti* y el derecho a la intimidad pretérita

Compartiendo la opinión de Otero Crespo (2019), «el legislador estatal español, lejos de aportar soluciones técnicas, ha creado normas confusas y caóticas» (p. 129). Los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018 aglomeran una gran cantidad de bienes digitales bajo las ca-

tegorías de «datos de las personas fallecidas» y «contenidos digitales», sin aportar ninguna definición de dichos términos. La realidad es que dentro de estos conceptos tiene cabida una amplia diversidad de cuestiones en las que se entremezclan aspectos sucesorios (los derechos de los herederos para recibir los activos digitales patrimoniales), contractuales (las condiciones de uso de las plataformas digitales) o la protección de la propiedad intelectual (en relación con las obras creativas del difunto almacenadas en las plataformas). Además, con esta regulación se está afectando al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) (Moralejo Imbernón, 2020, pp. 243-244).

Según el marco normativo introducido por los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, a las personas legitimadas (que son bastantes) se les ha concedido el derecho de acceder a los datos y a los contenidos digitales del fallecido. De esta manera, se ha autorizado el acceso a una información que el finado pudo haber mantenido en secreto durante toda su vida y que hubiera deseado que así continuara tras su muerte. Tal acceso podría revelar aspectos íntimos y detalles sensibles de la vida del difunto que, posiblemente, hubiera deseado preservar en el anonimato: desde conversaciones privadas o fotografías personales hasta sus registros de actividad en línea. Sin embargo, el legislador español ha optado por permitir el acceso a dicha información a todas las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o de hecho, así como también a todos sus herederos; en definitiva, a todo el círculo personal y familiar del extinto. Muerta una persona, se sirve a sus allegados un calamitoso «bufé libre» de contenidos íntimos y privados.

En los artículos 197 y siguientes del Código Penal se tipifica el delito de descubrimiento y revelación de secretos, condenando a quienes realicen conductas tendentes a descubrir los secretos e invadir la intimidad de un tercero sin su consentimiento. La AEPD (2018) indica que «cuando accedemos, sin autorización, a información de otras personas, además de estar vulnerando su intimidad, podemos estar cometiendo un delito de descubrimiento y revelación de secretos», y comenta que este delito se produce, por ejemplo, si «accedemos a la cuenta de correo electrónico y al teléfono móvil de otra persona sin su consentimiento para conocer datos, conversaciones y mensajes de carácter absolutamente privado y particular» (p. 4). Curiosamente, el acceso inconsciente a las conversaciones o perfiles privados entre parejas o cónyuges es caldo de cultivo de este delito. Entre otras, la Sentencia 358/15 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Gerona condenó a un hombre por acceder al perfil de la red social de Facebook de su pareja, sin el consentimiento de aquella, a un delito contra la intimidad con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco. Sin embargo, tras su muerte, el entonces condenado hubiera podido curiosear a sus anchas todos los contenidos digitales de su esposa, no solo sin reproche penal, sino además amparado por la actual Ley Orgánica 3/2018.

El RGPD ha excluido, a través de los considerandos 27, 158 y 160, la aplicación de la normativa comunitaria de protección de datos a las personas fallecidas; sin embargo, no se ha impedido su regulación por los Estados miembro. En España, el derecho a la protección de datos quedó reconocido como un derecho fundamental desde la conocida STC 292/2000, de 30 de

noviembre, donde el Tribunal Constitucional explicó que el derecho fundamental a la protección de datos, que nacía de una interpretación conjunta del derecho a la intimidad (reconocido en el artículo 18.1 de la CE) y el de protección frente a la informática (art. 18.4 CE) implicaba una protección más amplia que la de los datos íntimos y que se extendía a todos los datos personales que permitiera la identificación de su titular, aunque no fueran estrictamente íntimos (FJ 6.º).

El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales de la personalidad y se encuentra expresamente reconocido en el artículo 18.1 de la CE. El Tribunal Constitucional ha definido el derecho fundamental a la intimidad como «ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.º [Normacef NCJ064658]) que «garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona y a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida» (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7.º [NormaCEF NCJ041630]). Por otro lado, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la CE, consagra la libertad y el propio secreto de las comunicaciones, estableciendo la prohibición de su interceptación o conocimiento antijurídico. Conforme argumenta la STC 145/2014, de 22 de septiembre (NormaCEF NCJ058764), el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, el cual puede resultar vulnerado tanto por la aprehensión del mensaje durante su transmisión, «como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo» (FJ 4.º). En todo caso, cualquier actividad que constituya una intromisión en el secreto de las comunicaciones (como lo es la lectura de los correos o mensajes electrónicos) implicará, en mayor o menor medida, una injerencia en el derecho a la intimidad; así lo contempla la STC 30/2022, de 7 de marzo (NormaCEF NCJ066018):

A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no solo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado.

El artículo 32 del Código Civil establece que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas». Ciertamente, especifica de manera clara y contundente que la personalidad jurídica se extingue con el fallecimiento. En ese momento, los derechos que son inherentes a la personalidad se extinguen (González Granado, 2016, p. 39). Ahora bien, la invasión de los contenidos digitales de un difunto podría implicar una injerencia en su intimidad. Se trata de una noción del derecho a la intimidad diferente al que la persona tiene durante su vida ya que, al tratarse de un derecho de la personalidad, naturalmente se extingue con el fallecimiento. Sin embargo, resulta posible la defensa de la «intimidad pretérita» del finado (Moralejo Imbernón, 2020, p. 247) como un tipo de tutela *post mortem* que se

contempla no solo respecto a la intimidad, sino de todos los derechos de la personalidad, en la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOPH). El artículo 4 de la LOPH reconoce el «ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida» a quien hubiera designado a tal fin en testamento; en su defecto, al cónyuge, a los descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal durante un plazo máximo de 80 años.

La exposición de motivos de la LOPH justifica que «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento». Se trata de la protección de la personalidad que ya no es, pero que sí fue (que es pretérita), de la tutela del eco eterno de su personalidad.

El objetivo de la defensa de la personalidad pretérita es salvaguardar la memoria del difunto, lo cual implica proteger el recuerdo de sus características o atributos aunque, en un sentido estricto, el difunto no tenga ya derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Las injurias a la reputación del difunto, las palabras que menoscaben sus cualidades o méritos, sin duda alguna afectarían esa memoria *defuncti*. Pero, además, es importante tener en cuenta que también se busca proteger aquellos aspectos de la vida privada que el difunto mantuvo en secreto durante su vida y cuya posible divulgación también podría dañar su memoria o su recuerdo (Ramos Gutiérrez, 2012, pp. 85-86).

Como indica Alonso Pérez, «la memoria *defuncti* es algo vivo, pues, dada por supuesta la extinción de la personalidad por efecto de la muerte, algo de esta se prolonga o supervive». Se trata de una prolongación *post mortem* de la personalidad del fallecido en cuanto a su respeto y protección. Por tanto, levantar el manto sobre todos los contenidos digitales de un difunto supone una injerencia desmedida en el respeto póstumo de su intimidad. El acceso a los datos personales y a los contenidos digitales del finado implica una grave violación de este derecho a la intimidad pretérita. No se puede obviar que todos los elementos digitales, como son los *emails*, los mensajes privados, los rastreos de búsqueda o los registros de compras *online* (entre otros muchos) implican un alto nivel de intimidad y de privacidad. La invasión de tal intimidad y la violación del secreto de dichos contenidos suponen un grave daño para la memoria *defuncti* del fallecido, máxime cuando es todo su círculo cercano el que puede acceder a tales contenidos y, por tanto, descubrir circunstancias que pudieran afectar al buen recuerdo del difunto y que aquel hubiera querido mantener en el anonimato. Pues bien, el legislador español ha optado por conceder el acceso a los datos personales y a los contenidos a «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos». Cosa distinta hubiera sido si, tal y como se contempla en el derecho comparado, este derecho hubiera recaído exclusivamente sobre la persona que el difunto hubiera designado expresamente, supuesto en el que la colisión con el derecho a la intimidad *post mortem* sería mucho menor o prácticamente inapreciable.

Según la normativa catalana, la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales no puede acceder a los contenidos digitales, salvo que el causante lo hubiera dejado expresamente autorizado o salvo autorización judicial. Sin embargo, la LOPD ha establecido una presunción totalmente contraria, concediendo el acceso a los contenidos salvo prohibición expresa, «con la puesta en riesgo y vulnerabilidad del derecho a la privacidad del causante que también merece ser protegido posterior a su fallecimiento» (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 131). Y es que la norma general no puede ser otra que la de no asumir la voluntad del difunto para acceder a los contenidos de sus comunicaciones electrónicas. Acceso que solo podría resultar tolerable cuando el difunto lo hubiera consentido explícitamente, a fin de asegurar el respeto a su intimidad pretérita (Santos Morón, 2018, p. 426).

La solución ofrecida por la red social Facebook parece bastante acertada. El usuario de Facebook puede decidir que su cuenta desaparezca tras su defunción o bien dejar designado un «legado» para que se encargue de gestionar su cuenta «conmemorativa». La conversión de una cuenta a «conmemorativa» implica que aparezca la frase «en memoria de» junto a su nombre de perfil y que sus amigos puedan compartir recuerdos en una «biografía conmemorativa» mientras que el contenido que la persona hubiera compartido en vida permanecería visible e inalterable (Facebook 2024a). El legado encargado de la gestión del perfil conmemorativo no podrá en ningún caso iniciar sesión en la cuenta conmemorativa, eliminar o editar publicaciones pasadas, leer los mensajes o eliminar contactos (Facebook, 2024b). De esta forma, se contempla un mecanismo perfectamente válido para regular el destino *post mortem* de la personalidad digital de un difunto sin violar su intimidad.

El acceso a los activos digitales no solo supone un grave daño para la memoria *defuncti*, sino que resulta completamente innecesario para los fines que aquí interesan: contemplar el destino de su personalidad digital. En defecto de un documento de últimas voluntades digitales, el margen de decisión de las personas legitimadas no debería extenderse más allá de dos opciones bastante simples: la extinción de su personalidad digital en las plataformas digitales o la perpetuación de la misma con el mantenimiento de sus perfiles públicos; pero, en ningún caso, el acceso o la alteración de los mismos. Y, por supuesto, el destino de la personalidad digital debería someterse, en primer lugar, a la voluntad del difunto y, solo en defecto de disposiciones póstumas, someterse a la decisión de las personas legitimadas; pero sin que estas, cabe insistir, contasen con el derecho de acceder a los contenidos privados, personales e íntimos del fallecido, salvo expresa autorización (del difunto o de la autoridad judicial).

10. Conclusiones

El crecimiento de internet ha revolucionado las interacciones humanas, ha facilitado el acceso a un nuevo mercado de servicios digitales y ha propiciado la digitalización de otros bienes y productos. Se han transformado las comunicaciones y la identidad social, surgiendo

un mundo virtual en el que las personas comparten mensajes telemáticamente y construyen su propia personalidad digital. Este escenario plantea múltiples interrogantes acerca de cuál debe ser el destino de los bienes digitales tras la muerte de su titular.

Los bienes digitales abarcan un amplio espectro de posibilidades pero, a efectos de regular su sucesión, lo más práctico es distinguir entre los que tienen valor económico o naturaleza patrimonial y los que no. También es preciso diferenciar entre tres conceptos: el patrimonio digital (conjunto de bienes digitales con valor monetario), la identidad virtual (las obras y producciones publicadas en la red) y la personalidad digital (la manifestación de la propia personalidad exteriorizada a través de los canales de comunicación).

La sucesión del patrimonio digital se regirá por las normas civiles de transmisión hereditaria, al igual que los bienes analógicos. La expresión «testamento digital» será válida mientras se refiera a la inclusión de los bienes digitales en el testamento; sin embargo, no existe un testamento *online* en cuanto a su otorgamiento a través de medios exclusivamente digitales. La personalidad virtual se refiere a la propiedad intelectual en línea, por lo que se regirá por la LPI, la cual establece que los derechos de explotación sobre la propiedad intelectual se transmiten *mortis causa*, por cualquier medio admitido en derecho, durante un plazo de 70 años. El concepto de la herencia digital surge de la necesidad de contemplar el destino de la personalidad digital de las personas. La Ley 10/2017 de Cataluña fue la primera norma en regular la herencia digital. La Carta de los Derechos Digitales de España contempla el derecho a la herencia digital. A diferencia del RGPD, que deja fuera de su regulación los datos personales de las personas fallecidas, la Ley Orgánica 3/2018 trata sobre los datos de las personas fallecidas e incluye un nuevo derecho al testamento digital.

La Ley Orgánica 3/2018 otorga el derecho de acceso sobre los datos personales y los contenidos digitales de las personas fallecidas a favor de un amplio e indeterminado número de familiares, allegados y herederos, que solo quedaría sin efecto en caso de prohibición expresa por parte del difunto. Se trata de una normativa caótica e imprecisa, que parte de una acción sumamente invasiva para la intimidad del difunto y deja su voluntad en segunda posición. Esta invasión de los datos personales y contenidos digitales del finado implica una injerencia en su derecho a la intimidad pretérita, lo cual puede afectar gravemente a su memoria *defuncti*. Además, el acceso a los activos digitales del difunto resulta innecesario para la gestión de su identidad digital. En ausencia de un documento de últimas voluntades digitales, las personas autorizadas solo deberían contar con dos simples opciones: eliminar la presencia digital o mantener los perfiles, pero en ningún caso acceder o alterar su contenido. Por otro lado, el destino de la identidad digital debería estar determinado principalmente por la voluntad del fallecido y, solo subsidiariamente, por las personas legitimadas. El acceso a los datos y contenidos digitales solo habría de ser posible en caso de autorización expresa del difunto o autorización judicial.

Referencias bibliográficas

- Adriano Fabre, A. y Hernández Sánchez, M. L. (2021). Testamento y herencia digital. *Enfoques Jurídicos: Revista Multidisciplinar del CEDEGS*, 4, 120-136. <https://doi.org/10.25009/ej.v0i04.2574>
- AEPD (Agencia Española de Protección de Datos). (2018). Protección de datos y prevención de delitos. <https://www.aepd.es/guias/fichas-proteccion-datos-y-prevencion-de-delitos.pdf>
- AEPD. (2019). Informe Jurídico 010601/2019 (Informe n.º 010601/2019). <https://www.aepd.es/documento/2019-0036.pdf>
- Aguas Valero, G. (2022). El testamento digital. *Revista de Derecho Aragonés*, 28, 65-90.
- Alonso Pérez, M. (2024). Daños causados a la memoria del difunto y su reparación. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>
- Cámara Lapuente, S. (2019). La sucesión mortis causa en el patrimonio digital. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 59. http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMAS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf
- Conde Rodríguez, M. (2022). *El testamento digital y su aplicación práctica* [Proyecto fin de máster, Universidad Loyola Andalucía]. Repositorio Institucional de la Universidad Loyola. https://repositorio.uloyola.es/bitstream/handle/20.500.12412/3291/Mar%c3%adaCondeRodr%c3%adguez_TFM.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil. Volumen VI: Derecho de Familia*. Tecnos.
- Durán Rivacoba, R. (2020). Herencia y testamento digitales. En I. González Pacanowska (Coord.), *Protección de datos personales* (pp. 239-305). Tirant lo Blanch.
- Facebook. (2024a). Qué pasa con tu cuenta de Facebook si falleces. <https://es-es.facebook.com/help/memorialized>
- Facebook. (2024b). Contactos de legado. <https://es-la.facebook.com/help/991335594313139>
- García Goldar, M. (2019). *La liquidación de la herencia en el Código Civil español*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- García Herrera, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, 5, 1-13.
- González Granado, J. (2016). Solo se muere una vez: ¿Herencia digital? En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 39-44). Juristas con futuro. <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/39/53/04aguas.pdf>
- Jiménez Lájara, C. (2016). La herencia digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 93-98). Juristas con futuro.
- Llopis Benlloch, J. C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento ¿Digital?* (ed. especial, pp. 45-52). Desafíos Legales.
- Luch Cerdá, C. (2016). El reto de una muerte digital... digna. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento ¿Digital?* (ed. especial, pp. 16-25). Desafíos Legales.
- Madden, M., Fox, S., Smith, A. y Vitak, J. (2007). Digital Footprints: Online Identity Management and Search in the Age of Transparency. Pew Internet & American Life Project. Pew Research Center. <https://www.pewresearch.org/2007/12/16/digital-footprints-online-identity-management-and-search-in-the-age-of-transparency/>
- Martín Pérez, J. A. (2011). Comentario al artículo 659 del Código Civil. En A. Cañizares

- Laso (Ed.), *Código Civil comentado* (vol. II, p. 217). Thomson Reuters.
- Moralejo Imbernón, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *ADC*, 73(1), 241-281.
- Muñoz Catalán, E. (2022). Testamento digital y evolución histórico-jurídica de las voluntades digitales. En B. Puebla-Martínez, R. Vinader Segura y N. Navarro Sierra (Coords.), *COVID-19, Multiverso de disciplinas: Una mirada desde la salud, la educación y la comunicación* (pp. 701-718). Dykinson.
- Öhman, C. J. y Watson, D. (2019). Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online. *Big Data & Society*, 6(1). <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>
- Okdiario. (2021). Frases de Jeff Bezos en el día de su nacimiento. <https://okdiario.com/curiosidades/frases-jeff-bezos-dia-nacimiento-6688610>
- Ordelin Font, J. L. y Oro Boff, S. (2020). Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 23(1), 119-139.
- Otero Crespo, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales»: La respuesta plurilegis-
- lativa española. *Revista de Derecho Civil*, 6(4), 89-133.
- Otero Crespo, M. (2020). Las disposiciones post mortem sobre el llamado «patrimonio digital»: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español. En *Encontro de Investigadores* (pp. 1-10). Universidade do Minho.
- Prenafeta, J. (2014). Legado digital ante notario. <https://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>
- Ramos Gutiérrez, M. (2012). *La protección de la memoria defuncti* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio documental Gredos. <https://gredos.usal.es/handle/10366/121403>
- Rosales de Salamanca Rodríguez, F. (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 93-98). Juristas con futuro.
- Salamanca Rodríguez, F. R. de (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 26-38). Juristas con futuro.
- Santos Morón, M. J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1), 413-438.

Álvaro Adán Vega. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Ávila y doctorando en el programa de Derecho y Sociedad de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA. Ejerce como procurador de los tribunales y cuenta con 12 años dedicados al ejercicio práctico de la profesión jurídica. Ha colaborado con el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid ocupando los cargos de vocal de mediación y vocal de deontología, participa como asesor de los servicios de consulta y asesoramiento, y ha realizado varias publicaciones en la revista institucional. Ha intervenido como ponente en diversas conferencias académicas, ha sido tutor de prácticas externas del Máster de Acceso a la Procura de diferentes universidades y profesor del actual Máster de Acceso a la Abogacía y a la Procura en la Universidad de Alcalá y en la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0009-0003-5468-4807>